UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

FACULDADE DE DIREITO "PROF. JACY DE ASSIS"

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

CARLOS HENRIQUE COTTA D'ÂNGELO

A POLÍCIA JUDICIÁRIA BRASILEIRA NO SÉCULO XXI:

Entre o Eficientismo *ex parte príncipis* e o Garantismo *ex parte populi*.

UBERLÂNDIA

2019

CARLOS HENRIQUE COTTA D´ÂNGELO

A POLÍCIA JUDICIÁRIA BRASILEIRA NO SÉCULO XXI:

Entre o Eficientismo *ex parte principis* e o Garantismo *ex parte populi*.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

UBERLÂNDIA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

D811
2019

D´Ângelo, Carlos Henrique Cotta, 1975-
A Polícia Judiciária brasileira no século XXI [recurso eletrônico] : Entre o Eficientismo *ex parte principis* e o Garantismo *ex parte populi* / Carlos Henrique Cotta D´Ângelo. - 2019.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: http://doi.org/10.14393/ufu.di.2024.5190
Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Borges, Alexandre Walmott, 1970-, (Orient.). II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

André Carlos Francisco
Bibliotecário Documentalista - CRB-6/3408

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ATA DE DEFESA

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 122, PPGDI				
Data:	Cinco de abril de dois mil e dezenove	Hora de início:	10:00	Hora de encerramento:	12:00
Matrícula do Discente:	11712DIR003				
Nome do Discente:	Carlos Henrique Cotta D'angelo				
Título do Trabalho:	POLÍCIA JUDICIÁRIA BRASILEIRA NO SÉCULO XXI. ENTRE O EFICIENTISMO 'EX PARTIS PRINCIPIS' E O GARANTISMO 'EX PARTE POPULI'				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Tutela Jurídica e Políticas Públicas				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Efetividade e Devolução de Conceitos Sociais				

Reuniu-se na sala 309, bloco 3D, Campus Santa Mônica, da Universidade Federal de Uberlândia, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Moacir Henrique Júnior - UEMG/Frutal; Ricardo Padovini Pleti Ferreira - UFU; Alexandre Walmott Borges - UFU - orientador(a) do(a) candidato(a).

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Alexandre Walmott Borges, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(às) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o(a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.

Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Walmott Borges**, **Presidente**, em 05/04/2019, às 11:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Padovini Pleti Ferreira**, **Professor(a) do**

Magistério Superior, em 05/04/2019, às 11:25, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

Documento assinado eletronicamente por **Moacir Henrique Júnior**, **Usuário Externo**, em 05/04/2019, às 11:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1147033** e o código CRC **BB44E5DE**.

Referência: Processo nº 23117.029010/2019-33 SEI nº 1147033

RESUMO

O debate sobre a segurança pública ganhou um enorme destaque no Brasil nos últimos anos. Os crescentes índices de criminalidade e o preocupante aparato bélico e tecnológico apresentado pelas organizações criminosas tem suscitado um constante embate entre os que acreditam ser necessário um recrudescimento da repressão estatal (expansionismo do Direito Penal) e os que intendem que o momento é de fortalecimento do movimento garantista (minimalismo penal) como forma de interromper a escalada da violência. Entre os direitos fundamentais, mais uma vez a balança oscila entre a segurança – *ex parte principi* – e a liberdade – *ex parte populi*. Para alguns, o sistema todo está em crise. No meio da discussão encontra-se a Polícia Judiciaria brasileira que procura a cada dia se reinventar frente às constantes cobranças para ser agente de promoção do controle social punitivo e ainda exercer o papel de primeira garantidora dos direitos fundamentais no sistema de justiça criminal. No exercício de seu mister, a polícia judiciaria brasileira no século XXI deve começar a rever o seu principal instrumento de investigação que é o inquérito policial. Superar concepções anacrónicas sobre este instituto e incitar debates que possam valorizar o inquérito policial como instrumento garantista a serviço de um sistema de justiça criminal democrático e republicano parece ser o início.

Palavras-chave: segurança pública, direitos fundamentais, policia judiciária, investigação criminal

ABSTRACT

The debate on public security has gained a great prominence in Brazil in recent years. The increasing crime rates and the worrying military and technological apparatus presented by criminal organizations have provoked a constant clash between those who believe that a re-enactment of state repression (expansionism of Criminal Law) is necessary and those who intend that the moment is to strengthen the movement guarantor (criminal minimalism) as a way to stop the escalation of violence. Among fundamental rights, once again the balance oscillates between security - *ex parte principis* - and freedom - *ex parte populi*. For some, the whole system is in crisis. In the middle of the discussion is the Brazilian Judicial Police, which seeks every day to reinvent itself in the face of constant charges to be an agent for the promotion of punitive social control also to play the role of first guarantor of fundamental rights in the criminal justice system. In the exercise of its mandate, the Brazilian judicial police in the 21st century should begin to review its main investigative tool, which is the police investigation. Overcoming anachronistic conceptions about this institute and inciting debates that could value the police investigation as a guarantor instrument in the service of a democratic and republican criminal justice system seems to be the beginning.

Keywords: public security, fundamental rights, judicial police, criminal investigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 7
CAPÍTULO 1. POLÍCIA: MUITO MAIS QUE UM SÓ CONCEITO 14
1.1 Os primórdios da Polícia 14
1.1.1 O Poder de Polícia 14
1.1.2 A Polícia de segurança pública 16
1.2 As Polícias em Tempos Modernos 16
1.2.1 Marco histórico 19
1.2.2 Tipologia de polícias 20
1.3 A Polícia no Brasil 20
1.3.1 Da colônia à atualidade 20
1.3.2 A polícia brasileira na Constituição de 1988 25
1.4 A Segurança Pública nas Constituições Brasileiras 31
1.5 O papel dos órgãos elencados no artigo 144 da Constituição Federal de 1988.....33
1.5.1 Regulamentação: Sistema Único de Segurança Pública – SUSP Lei 3.675/18..... 35
1.6 Garantia da Lei e da Ordem Lei Complementar 97/1999 e Dec. Nº .897/2001..... 36
1.7 Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República – GSI.....39
1.8 Inteligência da Polícia Militar - PM2..... 40
1.9 Grupo Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO..... 43
CAPÍTULO 2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA, POLÍCIA JUDICIÁRIA: UMA SÓ MARCHA EVOLUTIVA 47
2.1 Ausente democracia, inexistente Direitos Fundamentais..... 47
2.2 Direito fundamental à segurança pública..... 49
2.2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais..... 49
2.2.2 Teorias justificadoras dos direitos fundamentais..... 51
2.2.3 O positivismo jurídico e o jusnaturalismo..... 52

2.2.4 As escolas ou gerações de direitos fundamentais..... 56
2.2.5 A segurança pública e a ordem do Estado..... 58
2.2.6 A segurança pública como direito fundamental 60
2.2.7 O direito à segurança pública: razão primeira de existir do Estado... 63
2.2.8. Sem segurança perece o Direito, sem o Direito fenece o Estado..... 65
2.3 A polícia judiciária no estado de direito e seus princípios fundamentais.....66
2.4 A Polícia Judiciária moderna e sua dupla função: proteger (eficiência) e garantir garantismo).....70
2.5 O controle da Polícia Judiciária no Brasil.....74
CAPÍTULO 3. GARANTISMO PENAL E POLÍCIA JUDICIÁRIA NO BRASIL 79
3.1 Crise do Direito Penal..... 79
3.2 Expansionismo/emergencialismo X garantismo/minimalismo..... 82
3.3 Garantismo e Democracia..... 85
3.4 Investigação Criminal e respeito a direitos: *ex parte principis vs ex parte populi*.....89
3.5 Garantismo Penal e a Investigação Criminal.....91
3.5.1 Modelos de investigação criminal.....93
3.5.2 O modelo brasileiro na Constituição Federal de 1988..... 97
3.6 O Inquérito policial frente aos mandamentos garantistas.....98
3.6.1 O inquérito policial na doutrina clássica..... 98
3.6.2 Atos decisórios de polícia judiciária, como decorrentes híbridos dos atos processuais penais e administrativos.....99
3.6.3 A questão da prova na fase pré-processual.....104
3.6.4 Defesa e contraditório no Inquérito Policial.....106
3.6.5 Duração do inquérito policial – instrumento de cognição sumária?..... 107
CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 110
REFERÊNCIAS..... 113

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, embora enfoque institutos eminentemente jurídicos, tem um caráter interdisciplinar — promovendo um diálogo entre a sociologia jurídico-penal, o direito penal e processual penal, o direito constitucional, a filosofia e a história — para, calcado na racionalmente garantista, tentar contribuir para a identificação do aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal, não apenas sob o ponto de vista da efetividade e eficácia técnica, mas, sobretudo, de uma eficácia jurídica que assegura os direitos fundamentais.

A discussão aqui proposta calha na área de concentração de pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais — já que busca enfrentar um tema diretamente ligado aos direitos fundamentais na esfera do direito punitivo do Estado.

Registra-se, ainda, o enquadramento do trabalho à linha de pesquisa "Tutela Jurídica e Políticas Públicas". Ao pretender um estudo sobre a forma de atuação do Estado na persecução penal, estar-se-á discutido, a um só tempo, a legitimidade de atuação do poder estatal e o limite dessa atuação frente aos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Vale dizer, a discussão passará pela jusfundamentação do próprio Estado Democrático do Direito enquanto entidade supressora e mantenedora de Direitos.

O objetivo geral desta pesquisa é, portanto, volvendo os olhos para a investigação criminal como fase do processo penal e a Polícia Judiciária brasileira como instituição devotada a realizar essa investigação criminal, rever o modelo de persecução penal sob a perspectiva de sistema de justiça criminal mínimo e garantista de um Estado democrático de direito em contraste aos influxos eficientistas da atualidade (direito penal máximo, direito penal do inimigo, tolerância zero, movimento da lei e da ordem, etc.).

A formulação do problema buscou enfrentar o seguinte questionamento principal: em face do paradigma garantista de investigação criminal implementado pela Carta da República de 1988, a polícia judiciária é capaz de ser eficaz no enfrentamento à criminalidade (afinal foi elencada dentre os órgãos do Estado dedicados a este mister no artigo 144 do texto constitucional de 1988) e, ao mesmo tempo, consegue ser instrumento de proteção e garantia dos direitos fundamentais na função que lhe cabe no sistema de justiça criminal?

Como questionamentos derivados têm-se: o modelo de investigação criminal previsto na Constituição Federal de 1988, que tem na polícia judiciária, a instituição devotada à missão e, no procedimento do inquérito policial como instrumento revelou-se

inaplicável hodiernamente?

Como respostas possíveis ao problema central têm-se: sim, à polícia judiciária é dado exercer a dupla função de agente de contenção da criminalidade e garantidor dos direitos fundamentais. Ou, ao contrário: não, a polícia judiciária deve verificar qual das atividades lhe é mais cara e buscar ser eficaz na missão pretendida.

Das hipóteses ao problema central já surgem luzes sobre o problema secundário. Se é possível a Polícia Judiciária exercer seu duplo mister constitucional, o modelo previsto está em crise[1] somente aparentemente[2]. Acaso a hipótese seja de que a polícia judiciária deve buscar uma ou outra atividade precípua, o atual modelo de investigação criminal havido no Brasil enseja reformas principalmente ao disciplinar o papel a ser exercido pela polícia judiciária.

A motivação da presente pesquisa surge em grande parte da atuação do autor como Delegado de Polícia Federal por mais de 16 anos. Nesses período foram muitas as experiências vividas e muitos os questionamentos aflorados. Logo de início um aparente dilema: deve a Polícia Judiciária agir para prender os criminosos e contribuir com a redução dos alarmantes números da criminalidade ou deve este tipo de polícia dedicar-se com extremada isenção a apuração dos fatos criminosos em estrita observância dos cânones de um Estado Democrático de Direito? Ambas as missões seriam, de fato, incompatíveis?

O tema é dos mais atuais vez que a segurança pública está na pauta diária da mídia mundial e nacional assim como nas discussões acadêmicas. Com gravidade, também a agenda dos políticos se dedica ao tema[3]. Urge, pois, a discussão do tema com

---

[1] Não são poucos os autores que defendem a propalada "crise do inquérito policial brasileiro". Sobre este ponto deita grande parte das preocupações dessa pesquisa. "Atualmente existe um consenso: o IP está em crise. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução. Por outro lado, os advogados insurgem-se, com muita propriedade, da forma inquisitiva como a polícia comanda as investigações, negando um mínimo de contraditório e direito de defesa, ainda que assegurados no art. 5º, LV da CF, mas desconhecidos em muitas delegacias brasileiras. No meio policial, ainda domina o equivocado entendimento de que a CF é que deve ser interpretada restritivamente, para adapta-se ao modelo previsto no CPP (de 1941), e não ao contrário, com o CPP adaptando-se à nova ordem constitucional. " (LOPES JR, 2003, p.1).

[2] A chamada crise do Inquérito Policial alardeado por alguns autores será tratada amiudadamente nesse trabalho. Os pontos indicados por doutrinadores como sendo representativos de um instrumento ineficiente de investigação criminal serão tratados caso a caso. Afinal, o alegado "consenso" sobre a crise do inquérito policial não parece existir como se verá.

[3] O Presidente da República eleito no pleito de outubro de 2018 não escondeu, em momento algum, sua plataforma de governo com indicativos de ser defensor do movimento da lei da ordem. Em seus primeiros 100 dias de mandato, de forma emblemática, flexibilizou as regras de aquisição e posse de armas de fogo Decreto 9.685/2019. Na mesma linha, em 19 de fevereiro de 2019, o Presidente Jair Messias Bolsonaro

foco na realidade, na atualidade da vida social. A discussão não pode ser mais meramente filosófica, há que se ter atenção a soluções objetivas e factíveis.

O referencial teórico principal da pesquisa é o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, máxime, na obra "Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal". Trata-se de uma teoria que pretende assegurar o exercício pleno das liberdades, ao mesmo tempo em que postula garantir a segurança jurídica daquele que transgrida a norma penal.

O garantismo, como modelo teórico e normativo deslegitimador, sustenta que um sistema penal somente está justificado se minimiza a violência arbitrária na sociedade e a violência da intervenção punitiva, fim este que é atingido mediante a observância de garantias penais e processuais penais de um direito penal mínimo.

O método de pesquisa utilizado neste trabalho foi o dedutivo. Como metodologia procedimental, fez-se opção pela pesquisa bibliográfica, compulsando fontes primárias e secundárias tais como: Constituição Federal, leis complementares, doutrina, jurisprudência, revistas jurídicas, trabalhos de conclusão e sites especializados.

Como método auxiliar fez-se ainda uma pesquisa de cunho historiográfico que buscou recordar a origem da polícia no mundo de forma geral e no Brasil de forma especial. Neste momento, registrou-se ainda a íntima ligação entre a gênese da polícia e do próprio Estado.

O trabalho desenvolver-se-á em 3 capítulos acrescido de uma conclusão final. No primeiro capítulo, discutir-se-á as origens do termo polícia e o surgimento das polícias de segurança pública no mundo e no Brasil. No segundo capitulo, enfrentar-se-á a questão da marcha evolutiva que permite identificar nos direitos fundamentais, na democracia e na polícia judiciária uma gênese comum na história ocidental moderna. No terceiro, dar-se-á a discussão acerca do garantismo penal e seus reflexos na polícia judiciária do século XXI no Brasil.

Reconhecendo-se que "o garantismo encontra sua antítese no direto penal máximo e no utilitarismo processual, ambos tão em voga ultimamente" (LOPES JUNIOR, 2003, p.23), eis pois a questão: deve a Polícia Judiciária da atual quadra se render aos influxos do eficientismo – *ex parte principis* – ou deve volver esforços para garantir direitos fundamentais mesmo àqueles que comentem crime – *ex parte Populi*?

A reposta não é simples e exige uma incursão na história do próprio Estado, uma análise do papel da Polícia no contexto da segurança pública e de avaliação dos cânones

assinou, para ser enviado ao Congresso Nacional, o chamado "pacote Moro anticrime" com uma série de medidas de repercussão no direito penal e processual penal.

garantistas que foram, pelo menos formalmente, agasalhados na Carta da República de 1988.

Nos albores da vida societária já restava claro aos seres humanos que se desejassem a paz e a harmonia deveriam promover e efetivar mecanismos assecuratórios para tanto. *Si vis pacem, para bellum*[4]. Daí a relevância de se enfrentar de início os registros históricos e as teorias de formação do Estado.

A compreensão acerca da forma primeva do Estado, que permitiu a evolução para os Estados Nacionais como concebidos atualmente, é tarefa hercúlea que ainda não apresenta consenso. Todavia, a retórica do contratualismo é assaz relevante para uma construção lógica acerca dos motivos que levaram os homens a constituírem sociedade que foram a gênese do Estado moderno.

> Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. (BECCARIA, 1999, p.27)

No desenvolvimento intelectual humanista do século XVII, encontra-se a revolução do pensamento que proporcionou profundas transformações políticas, sociais, econômicas e culturais. O homem deixou de ser objeto e foi guindado à centralidade do pensamento racional. Nesse torvelinho de transformações, a liberdade ganha força. Todavia, a verdadeira liberdade depende de outro fenômeno: a criação e o fortalecimento do Estado moderno. É ele quem garantirá a segurança dos indivíduos. Os ideais democráticos, os direitos humanos fundamentais e a polícia de Estado e não de governo nascem nesse contexto.

Logo, se constata que a polícia e o Estado são indissociáveis. Ao pretender a formação do Estado, o indivíduo tinha como móvel precípuo a segurança. A garantir-lhe a segurança: a polícia.

> O Direito à segurança pública sempre esteve presente na história da humanidade, tanto nas fases de tribos, cidades, impérios, reinos e sociedade como no Estado moderno, pelo fornecimento de proteção ao povo para a garantia da paz e tranquilidade da convivência social, especialmente o direto de propriedade e da incolumidade pessoal, por meio da atuação da polícia ou guarda similar, (SANTINI, 2004, p.76).

[4] Brocardo latino cuja origem se desconhece e tem como significado: "Se quer paz, prepare-se para a guerra."

Fica, pois, posta desde início a aparente dicotomia *ex parte principis* versus *ex parte populi* quando se trata de segurança pública. A segurança existe para que todos tenham liberdade. Para se garantir a segurança deve o Estado tolher a liberdade.

Para se evitar a precipitada afirmação de que o pêndulo deve sempre tender à proteção da liberdade, vez que esta representa um direito fundamental de primeira geração, registre-se que "em qualquer análise de geração ou onda de direitos não se pode prescindir da inclusão e atenção do direito à segurança pública, pela importância para a vida em sociedade (SANTIN, 2004, p.78). Vale dizer: a segurança pública também é direito fundamental sem o qual os demais direitos fundamentais não encontram condições para se realizarem.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fez-se uma inovação ao se incluir no texto magno pela primeira vez o termo "segurança pública". Dizendo ser a "segurança pública" dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, o constituinte nacional revelou a intensão de separar conceitos que historicamente se confundiam no ordenamento brasileiro tais como "segurança nacional", "segurança interna" e "segurança de Estado" como se todos representassem sinonímia com "segurança pública".

Identificando "que o poder político detém uma instituição organizada e armada para a imposição da obrigação de obediência às normas pelo indivíduo, prevenção e repressão ao crime e conservação da ordem pública, por meio da violência legal (SANTINI, 2004, p.76), o constituinte de 1988 tratou de definir os órgãos de Estado devotados à segurança pública de forma taxativa: a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, as Polícias Civis, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares.

O sistema de defesa social e a manutenção da ordem previstos na Carta de 1988 parecem, à primeira vista, ideais. Indicam ainda serem consentâneos com os demais princípios constitucionais que definem e organizam o sistema de justiça criminal no Brasil. Todavia, como é forte a pressão popular sobre as questões afetas à (in) segurança pública, pululam no ambiente político, acadêmico e forense, teses alternativas apresentadas a todo o momento, prometendo a panaceia que resolverá todos os problemas de justiça criminal no país.

A todo momento são apresentadas à sociedade incrementos – muitos *contra legem* – que prometem "sanar a crise de segurança pública". Esses incrementos, como se verá, tumultuam o sistema de justiça criminal e, em regra, geram insegurança jurídica e afrontam os primados garantistas. O constante emprego das Forças Armadas nas questões

de segurança pública, a forte atuação das Polícias Militares em investigações criminais – desvirtuando o papel constitucional deste tipo de polícia, a atuação de grupos coordenados pelo Ministério Público (GAECOS), exercendo diretamente as atividades de investigação criminal em clara confusão entre investigador, acusador e fiscal da lei, são alguns exemplos desta crescente onda de eficientismo penal que em linhas abaixo serão tratadas. Fica a indagação: no enfrentamento à criminalidade vale tudo? Vale solapar inclusive direitos fundamentais?

É de se notar esse dualismo entre garantismo e eficientismo acomete mais fortemente a Polícia Judiciária brasileira do século XXI. Lastreando seu mister em vetusta norma que conta com mais de setenta anos de vigência (CPP) obtemperando seu agir com as novas regras constitucionais, a Polícia Judiciária brasileira se reinventa a cada dia. O paradigma garantista na investigação criminal no Brasil - opção clara do legislador constituinte – expõem uma ambiguidade dos discursos que resulta em uma frequente incoerência no exercício das atividades de persecução penal, notadamente no âmbito da investigação policial que, ora se vê obrigada a prestigiar garantias em detrimento da eficiência, ora solapa garantias para alcançar maior produtividade em sua tarefa de "protagonizar" o controle social punitivo. A própria posição geográfica da Polícia Judiciária no texto constitucional fomenta essa discussão. A Polícia Judiciária está inserida no capítulo da segurança pública, logo é de se concluir que deve manter o foco na eficiência de combate ao crime. Diferentemente ocorreria se estivesse topograficamente inserido no capítolo das funções essenciais da justiça.

Todavia, como se procurará revelar, a cada dia o papel deste tipo de polícia no Brasil se aproxima mais de garantidor de direitos fundamentais. É da lavra do Ministro do STF, Celso de Melo, em seu voto no HC 84548/SP: "é o delegado o primeiro garantidor da legalidade e da justiça" Ora, como ser eficiente e garantidor no enfrentamento à criminalidade? Essa conjugação é possível? Antônio Scarance Fernandes (2002, p.22) parece captar o momento que se vive quando afirma que o processo penal:

> Reflete em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantais fundamentais e para preservar a sua liberdade.

Para não se incorrer numa falácia garantista no processo penal a fase de investigação criminal não pode ser olvidada. Não se pode pretender legitimar e cercar de

garantias somente a parcela da justiça penal que é exercida sob o manto do processo penal em sentido estrito, enquanto se deixa a descoberto uma série de medidas e ações de polícia sem o controle inerente a um Estado democrático. É neste ponto que cabe rever o papel da polícia judiciaria no sistema de justiça criminal inaugurado em 1988. A revisão passa, necessariamente, pela superação da definição anacrônica que graça no país acerca do que seja o inquérito policial e suas características.

A cantilena reducionista que afirma ser o inquérito policial procedimento administrativo dispensável e servível ao titular da ação penal sem gerar nulidades há que ser superada. Atualmente há que se reconhecer o inquérito policial como instrumento garantista que, presidido por delegado de polícia, presta-se a elucidação da verdade com indicação de autoria, materialidade e circunstâncias do crime, independentemente do interesse de quem acusa. É ainda procedimento híbrido – administrativo e processual – que se revela a cada dia mais imprescindível à instrução processual penal – face à complexidade cada vez maior dos crimes - e cujas nulidades por ventura havidas contaminam o processo penal. Acrescida a essas características, a crescente evolução da atuação da defesa – ainda que mitigada – nesta fase da persecução penal, ter-se-á por caracterizado um modelo de investigação criminal que, a um só tempo, possibilita a eficiência da repressão penal e o respeito aos mandamentos garantistas.

Ao fim deste trabalho, apresentar-se-á, sem pretensões de encerrar o debate, conclusões e apontamentos sobre o momento histórico vivido relativamente temas abordados neste trabalho.

CAPÍTULO 1. POLÍCIA: MUITO MAIS QUE UM SÓ CONCEITO

1.1 Os primórdios da Polícia

1.1.1 O Poder de Polícia

É no âmbito do Direito Administrativo que se busca a conceituação de Poder de Polícia. Segundo Di Pietro (2001, p.110), trata-se da "atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público". Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.815) identifica o Poder de Polícia com a atividade do Estado que condiciona a liberdade e o exercício da propriedade ao interesse da coletividade.

Como se percebe o poder de polícia liga-se indissociavelmente à concepção de Estado.

Teorizando sobre as origens do Estado, Darcy Azambuja (1995, p.108) assevera: "o homem sempre viveu em sociedade. A sociedade só sobrevive pela organização, que supões autoridade e a liberdade como elementos essenciais; a sociedade que atinge determinado grau de evolução, passa a constituir um Estado". É dizer, sociedade não é Estado. O Estado, "é a organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado" (AZAMBUJA, 1995, p.6). A doutrina clássica aponta que o Estado possui como elementos o seu povo, o território e o poder.

Por séculos o engenho humano busca determinar a origem primária do Estado, o seu aparecimento na sociedade primitiva e a sua formação histórica. Darcy Azambuja (1995, p.99) lembra que teóricos do porte de Aristóteles, Epícuro, São Tomás de Aquino e primordialmente Hobbes, Spinoza, Grotius, Puffendorf, Tomasius, Locke e Rousseau procuraram justificar a criação do Estado valendo-se da conjectura, ou da fantasia do contrato social. Por intermédio desse concerto, os homens de primas eras teriam ditados, sobre a forma de um "contrato" "subscrito" por todos, as regras de convivência societária em que direitos individuais eram cedidos para que todos vivessem em paz e harmonia sob os auspícios de um Estado (por exemplo, Leviatã para lembrar Hobbes); por óbvio, mera conjectura de estremado valor filosófico e jurídico, mas sem supedâneo fático histórico.

Outro grupo de teóricos justificam a origem do Estado na violência e na guerra. Ainda com Azambuja (1995, p.101) tem-se que esses autores imaginam a origem do

Estado sempre pela subjugação de um grupo social ao outro. Vale dizer, após refregas, o grupo vencedor submete o grupo vencido e o explora. Na exploração há imposições de regras por parte do grupo dominante. Eis aí o Estado.

Além dessas teorias que tiveram importância significativa – máxime as teorias contratualistas na época do Iluminismo – há muitas outras. Todavia quase todas malograram em apontar fundamentos científicos para a criação originária do Estado.

De efeito, é melhor compreender a origem do Estado mirando em suas características. Jorge Miranda (2019, p.68) aponta que os Estados surgem em decorrência da complexidade das relações sociais que acometem as sociedades primitivas; em decorrência da institucionalização que é a criação de instrumentos jurídicos de mediação e de formação da vontade coletiva; em decorrência da coercibilidade que representa o poder do uso legítimo da força no interesse da coletividade e, por fim, em decorrência da sedentariedade que representa a fixação do homem em determinado espaço geográfico. Assim, têm-se os elementos formadores do Estado (povo, território e poder político) verificado historicamente no memento em que a complexidade da vida societária obriga o homem (povo) a abandonar a vida nômade de caçador/coletor e a fixar-se em determinada região (território) para viver sobre regras (poder político).

Como se constata, a existência de regras que limitam direitos e liberdade, se confundem com a própria gênese do Estado. A garantir a aplicação destas regras, desde sempre um esboço de polícia.

1.1.2 A Polícia de segurança pública

O termo "polícia" tem raiz etimológica do grego *polis*. Já o derivado termo *politeia* pode ser compreendido como "administração da *polis*", ou como lembra José Cretela Junior apud Zaccarioto (2005, p.18), "qualidade e direitos de cidadão, modo de vida do cidadão, vida e administração de homem de Estado, participação nos negócios públicos, medidas de governo, forma de governo, regime político em geral" entre outros.

Na Roma, antiga o vocábulo grego politeia propiciou o surgimento do termo politia, significando coisa pública - res publica ou civitas - os negócios da cidade. Como se nota, a palavra polícia tem origem na ideia de poder de politia. José Cretela Junior (1999) lembra que na idade média o termo poder de polícia passou a designar o modo como os governantes agiam com o intuito de garantir a ordem e seria: "toda a atividade da Administração, quer dirigida a prevenir os males e as desordens da sociedade, quer a

zelar através dos serviços públicos pelo bem-estar físico, econômico e intelectual da população". Do jus politiae, acrescenta o autor, apenas excluíam-se os exercícios estatais relacionados às administrações financeira e militar.

Com a evolução das sociedades, mais precisamente no medievo, o conceito de polícia associado à manutenção da ordem e da proteção a pessoas e bens, ganha seus contornos. Na mesma medida, as demais atividades do Estado que, para exercê-las, vale-se do poder de polícia também vai sendo construído (saneamento, controle mercantil, vigilância aduaneira, etc.).

Na concepção moderna de polícia – polícia de segurança pública - tem-se a definição de José Cretela Junior (1985) para quem o "conjunto de poderes coercitivos exercidos pelo Estado sobre as atividades do cidadão mediante restrições legais impostas a essas atividades, quando abusivas, a fim de assegurar-se a ordem pública". É o poder de polícia exercido pela polícia (instituição do Estado). Em complemento, o próprio autor, diferenciando poder de polícia do poder da polícia arremata: "poder de polícia, fundamento jurídico da ação policial, é toda facultas, garantida pelo Estado, tendente a limitar a atividade abusiva do cidadão", (1985).

Pode-se, pois, afirmar que polícia no sentido hodierno, que define um órgão do Estado formado por profissionais remunerados pela Administração Pública, dedicado à manutenção da segurança pública (ordem e incolumidade de pessoas e bens) e podendo empregar o uso legítimo de força surge somente na idade média.

Com efeito, é na Europa do século XVII, mais precisamente em Paris, que o rei Luís XIV (São Luís para os católicos) cria a polícia parisiense. Dirigida por um superintendente, o qual tinha poderes excepcionais para o exclusivo cuidado de dirigir a polícia e julgar os processos criminais; este embrião da polícia moderna contava com uma estrutura em que serviam comissários, investigadores e sargentos. Havia ainda um serviço de patrulha. Esta seria uma das primeiras polícias organizadas de forma profissional, aparelhada e remunerada pelo Estado.

1.2 As Polícias em Tempos Modernos

1.2.1 Marco histórico

Como já visto em priscas eras, o surgimento de grupos formados para, dentro de uma sociedade, dedicar-se a protegê-la na ordem interna, seriam os lampejos de uma

polícia de segurança pública. Já a polícia de tempos modernos como se conhece hoje parece ter quase uma unanimidade quanto a sua certidão de nascimento. Trata-se do Código dos Delitos e das Penas de 3 de Brumário, surgindo na França em 1795 sob os auspícios de uma revolução que pretendeu legar ao mundo a tese de que o Estado existe para o povo e não o povo para o Estado. Logo, uma polícia moderna serve ao povo e não ao governo. Eis o que diz a paradigmática norma do final do século XVIII:

> CÓDIGO DOS DELITOS E DAS PENAS DE 3 BRUMÁRIO, ANO 4 (25 de outubro de 1795) Contendo as Leis relativas à instrução dos casos criminais.
>
> DISPOSIÇÕES PRELIMINARES
> ARTIGO 15
> A repressão aos delitos exige a ação de duas autoridades distintas e incompatíveis, a da polícia e a da justiça. A ação da polícia precede essencialmente a da justiça.
>
> LIVRO I - DA POLÍCIA
> ARTIGO 16
> A polícia é instituída para manter a ordem pública, a liberdade, a propriedade, a segurança individual.
> ARTIGO 17
> Seu caráter principal é a vigilância. A sociedade, considerada em massa, é o objeto de sua atenção.
> ARTIGO 18
> Ela se divide em polícia administrativa e polícia judiciária.
> ARTIGO 19
> A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em cada lugar e em cada parte da administração geral. Ela tende principalmente a prevenir os delitos. As leis que lhe dizem respeito são parte do código das administrações civis.
> ARTIGO 20
> A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não pôde impedir de serem cometidos, coleta as provas e encaminha os autores aos tribunais encarregados pela lei de puni-los.[9]

No dizeres de Manuel Valente (2009, p.44) com a Declaração dos Direitos do Homem e com a promulgação do Código dos Delitos e das Penas de 3 de Brumário a polícia passa a ser - ou deveria passar a ser[10] - "um garante da liberdade do cidadão face às ofensas ilícitas concretizadas e produzidas quer por outrem quer pelo próprio Estado".

O Código de 3 de Brumário refletiu o quanto previsto na Declaração do Homem

[9] CODE DES DÉLITS ET DES PEINES DU 3 BRUMAIRE, AN 4 (25 octobre, 1795) Contenant les

[10] A ressalva é válida já que os próprios ideias revolucionários de 1789 foram desvirtuados ao longo da história. Logo, há que se distinguir entre o que se imaginou para a sociedade e o jogo de poder realmente impôs aos homens. Os recorrentes desvios do uso da força policial em todo mundo são pródigos em revelar que uma polícia a serviço do povo e não do governante ainda carece de plena aplicação em várias sociedades contemporâneas.

e do Cidadão de 1789.[11] No célebre documento consta:

> **Art. 12º.** A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

É de se ver que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, com forte inspiração na Declaração de Independência estadunidense de 1776 e com arrimo nas teorias jusfilosóficas do Iluminismo previu direitos e garantias fundamentais do homem e, ao mesmo tempo, reconheceu a necessidade de uma força pública apta a defender tais direitos de eventuais abusos por parte de concidadãos ou do próprio Estado. É dizer: para os Direitos criados há que se garantir meios para preservá-los e realizá-los. Esta, pois, é a origem de uma polícia de tempos modernos, mas não necessariamente uma polícia moderna.

É que uma polícia moderna representa algo em constante mutação. O que foi moderno em outrora pode já não mais o ser. Caracterizando uma polícia moderna, Jean-Claude Monet (2002, p.61) assim se referiu:

> Mais que o progresso dos efetivos, é a profissionalização que cava o fosso entre as formas antigas e modernas de polícia. A noção de "polícia moderna" remete, com efeito, a evoluções precisas que constituem a função policial como profissão: estabelecimento de critérios meritocráticos – o concurso – em matéria de recrutamento; elaboração e transmissão de um saber técnico através dos processos de formação; remuneração suficiente para que o oficial policial seja exercido em tempo integral; desenvolvimento, enfim, de uma identidade profissional que se exprime por uma cultura que tem suas normas, valores e ritos.

Essas características mencionadas por Monet parecem se agrupar, pela primeira vez, no modelo Inglês de polícia. Seria a Polícia Metropolitana de Londres ou Scotland Yard[12]. Esta icônica polícia surgiu em 1829 por proposta do então ministro do interior, Sir Robert Peel, e tinha como uma das condições de aceitabilidade para ter sua criação chancelada no parlamento o fato de ser uma polícia desarmada. É que na Grã-Bretanha era grande a resistência ao modelo militarizado da polícia francesa.

---

[11]Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br> Acesso em: 25 de novembro de 2018.

[12] Nome famoso ainda hoje se identifica a polícia londrina e que tem origem no edifício ocupado pela Polícia Metropolitana de Londres nos seus primórdios. O edifício foi por longos anos um palácio que abrigava os reis escoceses em visita à Capital da Grã-Bretanha.

1.2.2 Tipologia de polícias

Em rematado estudo sobre a polícia na Europa, o estudioso Jean-Claude Monet (2002, p.103) identificou duas grandes missões atribuídas às policias europeias. Quais sejam: a missão de proteger bens e pessoas, prevenindo e reprimindo a criminalidade; a missão de manutenção da ordem pública. Ainda segundo o autor estas duas grandes missões se subdividem dando ensejo a existência de uma polícia de segurança, uma polícia de ordem, uma polícia criminal e uma polícia de informação. Vale notar que nos diversos países europeus essas funções podem ser acometidas a uma ou várias organizações policias. Pode ainda uma mesma missão ser atribuída a mais de uma organização policial.

A missão mais comum é a de garantia de segurança. Esta emprega o maior contingente das polícias e geralmente é exercida por um corpo uniformizado.

Já a polícia de ordem pública é voltada para o controle dos chamados distúrbios civis. São polícias ou corpos destacados de polícia uniformizados que atuam para manter a ordem diante de grandes manifestações. São geralmente polícias de choque, que utilizam montarias ou veículos blindados além de petrechos próprios para dissuadir multidões (bombas de gás, escudos, capacetes, etc.) fazendo o chamado emprego coletivo de força controlada.

A polícia criminal, segundo Monet (2002, p.114) seria aquela devotada a elucidação de crimes. É aquela força policial que interage com o órgão acusador e com o Poder Judiciário com vistas ao funcionamento do sistema de justiça criminal.

Por fim o autor cita a polícia de informação que teria por missão campear informações para o governo. Estaria esta polícia associada a atividades secretas de cunho político. Trata-se de resquício de uma polícia muito ativa em tempos sombrios (muito utilizadas nas duas primeiras grandes guerras mundiais) e que, de alguma maneira, ainda resistem em alguma medida mesmo no Velho Continente.

É importante salientar que a polícia que evoluiu ao longa da história e que muito se associou à famigerada ideia de uma polícia de governo não foi totalmente superada. É como diz Monet:

> Quanto mais se aproxima da época contemporânea tanto mais se percebe que, aos olhos dos governantes, há apenas uma única forma de criminalidade que tem realmente importância: o que eles definem como comportamentos políticos transviados ou criminosos, o que, segundo as épocas, pode ir da greve

> ilícita até o terrorismo, passando pela homossexualidade, como nas comunas italianas do fim da Idade Média, ou na época hitleriana. (MONET, 2002, p.70)

Assim, tal como já dito na introdução desse trabalho, as impressões e concepções jurídicas, filosóficas e histórias são apresentados sem que se tencione dissocia-las de graves desvios. Não se pode negar a história. Não se deve romantizar o trabalho da polícia. E a história da polícia no mundo não é marcada somente por briosas atuações. A corrupção e a violência estão visceralmente ligadas a estas instituições de Estado em todo o mundo. Uma polícia que interfere na política também é uma realidade histórica inarredável e que, em pleno século XXI, ainda insiste em atuar.

> O papel que a polícia desempenha na vida política dos países provavelmente atraiu mais atenção que qualquer outro tópico nos estudos comparativos de policiamento. As razões são óbvias. A polícia está para o governo, assim como a lâmina está para a faca. O caráter do governo e a ação policial são virtualmente indistinguíveis. O governo é reconhecido como autoritário quando sua polícia é repressora e como democrático quando sua polícia é controlada. Não é por coincidência que os regimes autoritários são chamados de "Estados policiais". A atividade policial é crucial para se definir a extensão prática da liberdade humana (BAYLEY, 2002, p.203).

Por tudo isso é que se conclui ser uma polícia moderna um conceito desprovido de valor axiológico. Moderno, pois, não representa o que seja bom ou perfeito. Quando se afirmar que uma polícia é moderna diz-se tratar-se de um órgão do Estado que atua para garantir a segurança pública (lei e a ordem interna) valendo-se de corpo funcional técnico e remunerado pelo erário, valendo-se do uso legítimo da força e em respeito ao Estado Democrático de Direito tem-se aí apenas as características que a diferenciam de rudimentos de polícia que marcaram registro na história.

1.3 A Polícia no Brasil

1.3.1 Da colônia à atualidade

Como não poderia deixar de ser a polícia no Brasil – como em regra as demais instituições de Estado - sempre se espelhou no modelo havido na Europa Continental ao longo dos séculos – máxime o modelo da metrópole portuguesa.

Assim é que no Brasil colonial dos anos do descobrimento não se poderia falar em uma polícia tal como se conhece hoje. Uma polícia devotada à segurança pública,

formada por profissionais remunerados pelo erário era algo inexistente na Europa e, consequentemente, inexistente no Brasil.

Como já dito, não significa que não houvesse um rudimento tosco de polícia em terras recém descobertas. Grupos de pessoas dedicadas à manutenção da ordem em sociedade é algo que parece caminhar junto com a própria história da civilização como já foi dito[13]. Todavia, pouco ou nada se igualam às policias de tempos modernos.

Ressalvadas várias indicações históricas que apontam diversas alterações sociais e legislativas que ocorreram na "polícia" brasileira ao longo do período colonial, tem-se, em respeito aos limites deste trabalho, que não o desqualifica afirmar, em síntese, que no período de 1500 até 1808[14] o poder judicial e policial se confundiam. Nas ruas havia, tal como em Portugal, a figura dos quadrilheiros. Cada quadrilheiro teria a sua disposição vinte homens recrutados dentre os cidadãos sob território afeto a uma Câmara de Vereadores. Os quadrilheiros não eram remunerados e não poderiam atuar contra fidalgos e outros próceres. Havendo presos esses eram levados aos alcaides e alcaides mores (na cidade) ou capitães do mato (área rural). A previsão legal desta estrutura encontra-se nas Ordenações Filipinas. O julgamento de crimes competia aos Juízes Ordinários e de Fora.

Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil em 1808 tem-se que, em de 10 de maio de 1808 por Alvará de D. João VI, foi criada a Intendência Geral de Polícia

---

[13]Até mesmo os índios brasileiros tinham uma "polícia". É o que se percebe no livro História de Uma Viagem Feita à Terra do Brasil de 1578 escrita por João de Lery e traduzida por Tristão de Alencar Arararipe: <https://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=28207> Acessado em: 27 de novembro de 2018.

"*O que podemos chamar leis e policia entre os selvagens; como tratam e recebem humanamente os amigos visitantes; prantos e festivos discursos das mulheres por ocasião da chegada e boa vinda dos visitantes.*

§ 1. O selvagem com sua polícia se mantêm e vivem com tanta paz e sossego, que é cousa quase incrível, e se não pode dizer sem causar vergonha a esses indivíduos, que consideram as leis divinas e humanas como simples meios de satisfação da sua índole, por mais corrupta que seja.

Falo, todavia, de cada nação de persi, ou das que são confederadas; pois quanto aos inimigos, já vimos em lugar competente como são mal tratados.

Se entretanto acontece alguns indivíduos brigarem (o que tão raro é, que, durante quase um ano de assistência entre eles, só duas vezes os vi debaterem-se), os outros não procuram separá-los, nem apaziguá-los; antes pelo contrário se os contendores buscam furar os olhos uns dos outros, os circunstantes os deixam agir sem dar palavra.

Todavia si alguém é ferido por outrem e o ofensor é preso, recebe dos parentes próximos do ofendido igual ofensa no mesmo lugar do corpo; e se segue-se morte ou se o ofendido morre imediatamente, os parentes do defunto tiram a vida ao assassino.

Assim para dizer tudo em uma palavra é vida por vida, olho por olho, dente por dente etc. Isto, porém, sucede mui raramente entre os selvagens, como fica dito.

[14]Ressalte-se o entendimento de alguns historiadores (COTTA, 2006) que a origem da polícia no Brasil se dá com a vinda do Dragões enviados a Minas Gerais (duas companhias) pelo Rei de Portugal a pedido do então governador das Gerais Pedro Miguel de Almeida - o Conde de Assumar. Como os dragões que chegaram à Vila Rica (atual Ouro Preto) eram portugueses e logo se debandaram pela busca de ouro, em 1775 é criado o regimento Regular de Cavalaria de Minas, formado, desta vez, somente com homens das Minas Geras. Eis aí a criação da primeira polícia em terra brasileira.

da Corte e do Estado do Brasil nos mesmos moldes da Intendência Geral de Polícia de Portugal criada em 25 de junho de 1760. No Brasil a Intendência Geral de Polícia tinha por direção um Desembargador do Paço e sob a representação de um Delegado de Polícia agia em cada província. O primeiro intendente geral de polícia no Brasil foi o Desembargador Paulo Fernandes Viana.

Em 1809 foi instituída, pelo decreto de 13 de maio, a Divisão Militar da Guarda Real da Polícia, subordinada ao intendente geral de polícia. A intenção foi suprir a escassez de pessoal para cumprimento das determinações referentes ao policiamento urbano. Essa instituição policial militarizada surgiu num momento em que a cidade do Rio de Janeiro – a Corte – passava por grandes transformações urbanísticas e um aumento populacional significativo.

Esta conformação se manteve no Brasil (Intendência Geral de Polícia – instituição civil de investigação criminal e aplicação das leis e Guarda Real de Policial – instituição militar de garantia da lei e da ordem) até o início dos anos de 1830.

Com as constantes revoltas e rebeliões que se seguiram à abdicação de Dom Pedro I em abril de 1831, ocorreu no dia 14 de julho daquele ano o motim das unidades da Guarda Real no Rio de Janeiro. Em decorrência do temor de novas rebeliões que pudessem contar com o aparato armado das unidades da Guarda Real, esta foi extinta dando lugar ao Corpo de Guardas Municipais Permanentes.

No período regencial (1831/1840) além do Corpo de Guardas Municipais Permanentes criada para substituir a Guarda Real, houve ainda a diminuição drástica dos efetivos do Exército Imperial (redução de dois terços) e também a criação da Guarda Nacional. A Guarda Nacional era composta por homens com renda mínima e aptos a votarem. As patentes superiores eram reservadas aos grandes donos de terras. Daí surge a figura dos "coronéis" que ainda hoje ronda o imaginário da cultura nacional.

Dessa época e até a proclamação da República o policiamento ostensivo no Brasil ficou a cargo dos Corpos de Guardas Municipais, instituição mantida com recursos do erário e a Guarda Nacional cujo serviço era voluntário e não remunerado. Estes corpos auxiliavam os juízes de paz e posteriormente os Chefes de Polícia, seus Delegados e Subdelegados na atuação de polícia criminal.

Em 1832 foi promulgado o Código do Processo Criminal que extinguiu o cargo de intendente. No seu lugar foi criado o posto de Chefe de Polícia, que herdou os recursos e os quadros de pessoal da intendência. O texto legal não definiu a competência do chefe de polícia e sua jurisdição. Prescreveu apenas que nas cidades maiores, onde poderiam

existir até três Juízes de Direito, um deles seria o Chefe de Polícia.

Com o novo código de processo penal a figura do juiz de paz15 ganha proeminência. Ele ganha poderes de policiar e também de julgar infrações menores. Cabia ao juiz julgar as contravenções às posturas das Câmaras Municipais e os crimes cujas penas eram leves conforme previsto no Código do Processo Criminal. Ao Juiz de Paz competia, ainda, auxiliado pelos inspetores de quarteirão, vigiar os suspeitos, conceder passaportes, obrigar a assinar termo de bem viver aos vadios, mendigos, prostitutas, bêbados e todos os que perturbassem a ordem pública conforme previsão das Câmaras Municipais.

As atribuições do Chefe de Polícia, - necessariamente um Juiz de Direito - foram regulamentadas pelo decreto de 29 de março de 1833, cabendo-lhe a prevenção dos delitos e a manutenção da segurança, tranquilidade, saúde e comodidade pública.

Como se nota O Código de Processo Criminal de 1832, no Capítulo II – Das pessoas encarregadas da administração da justiça criminal em cada distrito - atribuiu aos Juízes de Paz uma enorme gama de funções. Eram incumbidos da apuração de crimes, da prisão de criminosos e da formação do corpo de delito. Em verdade, ao exercerem a atividade de administração criminal os juízes de paz agiam como agente policial e magistrado do Poder Judiciário. Vale dizer: judicatura e policia eram exercidos por uma só pessoa.

O sistema vigente à época, porém, não conseguiu garantir a segurança ao governo imperial. Logo foi redesenhado.

> O período de agitações políticas e movimentos revolucionários que assolou o país, em 1830 e 1840, provocou a reação monárquico-conservadora, notadamente na esfera da organização judiciária e policial, visto que o sistema adotado pelo Código de 1832 se apresentava pouco eficiente para restaurar, definitivamente, a ordem e a tranquilidade. Daí a promulgação da lei de 3 de dezembro de 1841 e o seu reg. 120, de 31 de janeiro de 1842, – com instrumentos e meios para o Governo Imperial debelar a desordem e impor a autoridade em todos os quadrantes da nação.
> A lei de 3 de dezembro procurou, por isso, criar um aparelhamento policial altamente centralizado e armar, assim, o Governo de poderes suficientes para levar a bom termo a tarefa a que se propunha, de tornar efetiva a autoridade legal.
> Todavia, como bem observa um de nossos mais lúcidos historiadores, a reação contra o judiciarismo policial dos liberais de 1832, com as funções policiais entregues a juízes de paz eletivos, foi certamente excessiva com a inversão operada – o policialismo judiciário, confiadas às autoridades policiais, funções nitidamente judiciárias. A lei de 3 de dezembro, no seu policialismo exagerado,

[15] Os Juízes de Paz já existiam no Brasil desde 1827, criados por Lei de 15 de outubro, com as atribuições policiais e criminais.

> foi além do que exigia a situação do país, fortalecendo, com isto, o reacionarismo político. (FREDERICO MARQUES apud ZACCARIOTTO, 2005, p.41)

Em 1841 efetiva-se a Lei 261 e instituiu-se que existiriam Chefes de Polícia na Corte e em cada Província e estes seriam auxiliados por Delegados e Subdelegados de Polícia. Os Chefes de Polícia seriam escolhidos dentre os Desembargadores e os Delegados dentre os Juízes de Direito.

O novo sistema, claramente centralizador e subserviente ao imperador foi duramente criticado.

> Eis um dos pontos que maiores reclamos geraram contra a reforma, qual afiança-nos o discurso, de 1845, do Deputado Rodrigues dos Santos: "A Lei de 3 de dezembro ofende a Constituição, porque entrega o direito de processar o cidadão brasileiro a delegados de polícia amovíveis, e portanto, inteiramente dependentes do governo". (MENDES JUNIOR apud ZACCARIOTTO, 2005, p.43)

Como reação ao modelo de interesse do imperador, em 1871 foi editada a Lei nº 2.033 regulamentada pelo Decreto nº 4.824 de 22 de novembro de 1871. Com esta norma fez-se a cisão das funções judiciais e policiais. Nas palavras de José Frederico Marques:

> A reforma de 1871, além de pôr cobro ao policialismo reacionário da lei de 3 de dezembro, separando Justiça e Polícia, ainda trouxe algumas inovações que até hoje perduram, como, v. gratia, a criação do 'inquérito policial', uma das instituições mais benéficas de nosso sistema processual, apesar de críticas infundadas contra ele feitas ou pela demagogia forense, ou pelo juízo apressado de alguns que não conhecem bem o problema da investigação criminal. (MARQUES, 2000, p.107)

A nova lei, além de prever expressamente a figura do inquérito policial, manteve os cargos de Chefe de Polícia com seus Delegados e Subdelegados no comando dos trabalhos policiais. A lei também desobrigou que os cargos fossem ocupados por magistrados do Poder Judiciário.

Com a proclamação da República em 1889 novas alterações nas polícias brasileiras foram implementadas. Com a Constituição de 1891, de nítida influência do federalismo estadunidense, a organização das policias passou a ser tarefa dos Estados federados. A União se obrigou tão somente a legislar sobre a polícia do Distrito Federal.

Com a liberdade concedida pela carta de 1891 cada Estado deveria criar e manter sua própria polícia. Nesta época, e tempos depois são vários os registros de desmandos e

ofensas praticados por corpos de milicianos sob o comando dos "coronéis" da antiga Guarda Nacional. É que tendo os Estados a obrigação de criar e manter corpos de polícia, a opção mais fácil foi a de aproveitar as estruturas e os efetivos que em outrora serviram aos Corpos de Guardas Municipal Permanente e à Guarda Nacional. Esta última sempre comandada por quem tinha poder e dinheiro malgrado não possuírem nenhum preparo para o mister e não nutrirem nenhum pendão pela coisa pública.

Com a constituição de 1934 previu-se pela primeira vez a reserva das atividades de polícia das fronteiras, marítima e portuária à União. Tratou-se também de deixar expressa no artigo 167 a condição de força reserva do Exército brasileira às Policias Militares dos Estados.

Com a Constituição outorgada em 1937 o então ditador Getúlio Vargas tratou de condicionar a legislação sobre atividade policial à União. A organização, a instrução, a compra de equipamentos (proibiu-se aviação e artilharia às forças estaduais), os custos e outros pontos passaram ao controle do governo central.

Com a deposição de Vargas em 1945 surge a Constituição de 1946. Esta, em nada inova relativamente às polícias nacionais.

Após o golpe militar de 1964 foi legado ao povo a Constituição de 1967. Nela contempla-se a Polícia Federal, como órgão responsável pelos serviços de polícia aérea, marítima e de fronteiras; pela repressão ao tráfico de entorpecentes; pela apuração de infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social, ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, assim como aquelas de interesse interestadual, e também pela censura das diversões públicas.

1.3.2 A polícia brasileira na Constituição de 1988

A Constituição Federal promulgada em 1988 trouxe inovações importantes no que se refere à segurança pública e aos órgãos a ela devotados. Em verdade a Carta de 1988 procurou incorporar um modelo de atuação de órgãos na segurança pública que já vinha evoluindo ao longo da história nacional. A concepção de uma polícia ostensiva e outra criminal foi mantida (modelo francês). A atribuição dos Governos dos Estados em manter suas polícias também foi preservada.

Até a Constituição Federal de 1988 as únicas polícias que tinham aparecido em textos constitucionais brasileiros eram a Polícia Militar (primeiro registro na Constituição de 1934) e a Polícia Federal (primeiro registro na Constituição de 1967). A Carta de 1988

trouxe três novos órgãos policiais: a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal e as Polícias Civis. Também no artigo 144 aparecem os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados e as Guardas Municipais. Todavia, estes dois órgãos não possuem atribuições de policiamento. Aos Corpos de Bombeiro Militar incubem tarefas de defesa civil e salvamento. Às Guardas Municipais compete a proteção de bens, serviços e patrimônios dos Municípios.

Contemplando pela primeira vez no texto constitucional o termo "segurança pública", o constituinte assim previu sua formatação:

> Art. 144. 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, através dos seguintes órgãos:
> I - Polícia federal;
> II - Polícia rodoviária federal;
> III - Polícia ferroviária federal;
> IV - Polícias civis;
> V - Polícias militares e corpos de bombeiros militares.
> § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
> I - Apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
> II - Prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
> III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
> IV - Exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.
> § 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.
> § 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.
> § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.
> § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.
> § 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.
> § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.
> § 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.
> § 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.

A polícia ferroviária federal não se implementou efetivamente por uma singela condição: a inexistência de ferrovias federais a formar a malha ferroviária nacional até o presente momento.

A primeira polícia tratada no texto de 1988 foi a Polícia Federal.

Pelo Decreto-Lei nº 6.378, de 28 de março de 1944, a Polícia Civil do Distrito Federal, (então capital da República) foi transformada em Departamento Federal de Segurança Pública - DFSP, diretamente subordinada ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores e dirigida por um Chefe de Polícia. O DFSP era responsável pelo policiamento ostensivo da capital e, em âmbito nacional, exercia a polícia marítima, aérea e segurança de fronteiras. O DFSP era ainda responsável pela orientação às forças estaduais nos assuntos relativos à ordem política e social, relacionados com a segurança pública do país.

Com a Constituição de 1946, foi incumbida a União a competência para "superintender, em todo o território nacional, os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteiras".

Ainda em 1946, por força do Decreto-Lei n°9.353, de 13 de junho de 1946, foram ampliadas as competências do DFSP, em todo o território nacional, para atuar, além dos serviços de polícia marítima, aérea e de fronteiras, na apuração das seguintes infrações penais e de sua autoria: a) que atentassem contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado, a ordem social e a organização do trabalho; b) referentes à entrada, permanência ou saída de estrangeiros no território nacional; c) definidas nos títulos X (Crimes contra a Fé Pública) e XI (Crimes contra a Administração Pública) do Código Penal, quando o interessado fosse a Fazenda Nacional; e d) relacionadas ao comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes.

Em 1964 foi idealizada uma organização policial moderna (inspirada nas polícias norte americanas, em especial o FBI) que pudesse atuar uniformemente em todo o território nacional. Daí surge a Lei n° 4.483, de 16 de novembro do mesmo ano que conferiu ao órgão atuação em todo o território nacional, com as seguintes atribuições:

> Art. 1º Ao Departamento Federal de Segurança Pública - DFSP, com sede no Distrito Federal, diretamente subordinado ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, dirigido por um Diretor-Geral, nomeado em comissão e da livre escolha do Presidente da República, compete, em todo território nacional:
> a) a superintendência dos serviços de polícia marítima, aérea e de fronteira;
> b) a fiscalização nas fronteiras terrestres e na orla marítima;
> c) a apuração, com a cooperação dos órgãos competentes do Ministério da Fazenda e em colaboração com as autoridades dos Estados, dos ilícitos penais praticados em detrimentos de bens, serviços ou interesses da União;
> d) a apuração, em colaboração com as autoridades dos Estados, dos crimes que,

> por sua natureza, características ou amplitude, transcendam o âmbito de uma unidade federada ou que, em virtude de tratados ou convenções internacionais, o Brasil se obrigou a reprimir; e) a investigação e apuração, em colaboração com as autoridades dos Estados, de crimes praticados contra agentes federais, no exercício de suas funções;
> f) a censura de diversões públicas, em especial, a referente a filmes cinematográficos, quando transponham o âmbito de um Estado;
> g) a execução, em colaboração com as autoridades dos Estados, de medidas tendentes a assegurar a incolumidade física do Presidente da República, de diplomatas e visitantes oficiais estrangeiros, bem como dos demais representantes dos Poderes da República, quando em missão oficial;
> h) a coordenação e a interligação, no país, dos serviços de identificação dactiloscópica, civil e criminal;
> i) a formação, o treinamento e a especialização profissional de seu pessoal e, quando solicitado, de integrantes das Polícias dos Estados, Distritos Federal e Territórios;
> j) a prestação de assistência técnica e científica, de natureza policial, aos Estados, Distrito Federal e Territórios, quando solicitada;
> l) a cooperação, no país, com os serviços policiais relacionados com a criminalidade internacional ou interestadual;
> m) a supervisão e a colaboração no policiamento das rodovias federais;
> n) a execução de outros serviços de policiamento atribuídos à União, de conformidade com a legislação em vigor;
> o) a apuração dos crimes nas condições previstas no art. 5º do Código Penal, quando solicitado pelas autoridades estaduais ou ocorrer interesse da União; por determinação do Ministro de Estado da Justiça;
> p) a apuração dos crimes contra a vida ou contra comunidades silvícolas no país, em colaboração com o Serviço de Proteção aos Índios.

Foi na Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 que a Polícia Federal aparece pela primeira vez. Eis o texto da Carta de 1967:

> Art. 8º - Compete à União:
> .....
> VII - organizar e manter a polícia federal com a finalidade de prover:
> a) os serviços de política marítima, aérea e de fronteiras;
> b) a repressão ao tráfico de entorpecentes;
> c) a apuração de infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social, ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, assim como de outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
> d) a censura de diversões públicas;

O nome Departamento de Polícia Federal surgir coma edição do Decreto-Lei nº 200/67 que, em seu art. 210 assim dispôs:

> Art. 210. O atual Departamento Federal de Segurança Pública passa a denominar-se Departamento de Polícia Federal, considerando-se automaticamente substituída por esta denominação a menção à anterior constante de quaisquer leis ou regulamentos.

Na Constituição Federal de 1988 foi mantida a denominação Polícia Federal, no

art. 144, inciso I, do Capítulo III – Da Segurança Pública, do Título V - Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas. *In verbis*:

> Art. 144. 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, através dos seguintes órgãos:
> I - Polícia federal;

A Polícia Rodoviária Federal foi criada pelo então presidente Washington Luiz, no dia 24 de julho de 1928 por meio do Decreto nº18.323. A denominação recebida à época foi "Polícia de Estradas". Inicialmente vinculada ao Departamento Nacional de Estrada de Rodagem, após a sua categorização como órgão da segurança pública prevista no artigo 144 da Constituição Federal de 1988, a Polícia Rodoviária Federal passou a integrar o Ministério da Justiça.

O Decreto 1.655 de 3 de outubro de 1995 prescreve as seguintes atribuições à Polícia Rodoviária Federal:

> Art. 1° À Polícia Rodoviária Federal, órgão permanente, integrante da estrutura regimental do Ministério da Justiça, no âmbito das rodovias federais, compete:
> I - Realizar o patrulhamento ostensivo, executando operações relacionadas com a segurança pública, com o objetivo de preservar a ordem, a incolumidade das pessoas, o patrimônio da União e o de terceiros;
> II - Exercer os poderes de autoridade de polícia de trânsito, cumprindo e fazendo cumprir a legislação e demais normas pertinentes, inspecionar e fiscalizar o trânsito, assim como efetuar convênios específicos com outras organizações similares;
> III - Aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito e os valores decorrentes da prestação de serviços de estadia e remoção de veículos, objetos, animais e escolta de veículos de cargas excepcionais;
> IV - Executar serviços de prevenção, atendimento de acidentes e salvamento de vítimas nas rodovias federais;
> V - Realizar perícias, levantamentos de locais boletins de ocorrências, investigações, testes de dosagem alcoólica e outros procedimentos estabelecidos em leis e regulamentos, imprescindíveis à elucidação dos acidentes de trânsito;
> VI - Credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos, escolta e transporte de cargas indivisíveis;
> VII - assegurar a livre circulação nas rodovias federais, podendo solicitar ao órgão rodoviário a adoção de medidas emergenciais, bem como zelar pelo cumprimento das normas legais relativas ao direito de vizinhança, promovendo a interdição de construções, obras e instalações não autorizadas;
> VIII - executar medidas de segurança, planejamento e escoltas nos deslocamentos do Presidente da República, Ministros de Estado, Chefes de Estados e diplomatas estrangeiros e outras autoridades, quando necessário, e sob a coordenação do órgão competente;
> IX - efetuar a fiscalização e o controle do tráfico de menores nas rodovias federais, adotando as providências cabíveis contidas na Lei n° 8.069 de 13 junho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

> X - Colaborar e atuar na prevenção e repressão aos crimes contra a vida, os costumes, o patrimônio, a ecologia, o meio ambiente, os furtos e roubos de veículos e bens, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o contrabando, o descaminho e os demais crimes previstos em leis.

As polícias militares estaduais, como já foi visto, têm origem na Guarda Real de Polícia criada em terras brasileiras nos idos de 1809. Passando por diversas alterações o certo é que esta força policial militarizada guardou sua essência ao longo dos anos. Com previsão na Constituição de 1934, a Polícia Militar é novamente incluída no texto de 1988. Mantém sua vocação de polícia de garantia da segurança e manutenção da ordem. Sua característica militar é preservada assim como sua função de reserva do Exército Brasileiro.[16]

As polícias civis dos Estados encontram previsão na Constituição Federal de 1988 sob o seguinte registro:

> § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto os militares.

Evolução natural da Intendência Geral de Polícia instalada no Brasil Imperial de 1808, as policias civis exercem o papel de polícias criminais ou judiciárias devotadas à elucidação de crimes. É sobre suas funções precípuas que se volvem os olhos nessa pesquisa. É sobre sua relevância – assim como a Policia Federal que exerce com exclusividade a polícia judiciária da União - no sistema de justiça criminal de um Estado Democrático de Direito que se dedica esse trabalho.

Eis, pois, o quadro evolutivo das policias no Brasil. Em que pese a apertada síntese tem-se que tais registros históricos se revelam imprescindíveis para a compreensão deste ente tão próximo, mas tão desconhecido: a polícia.

É de se perceber que há uma forte coerência entre os passos trilhados pelas policias e o jogo de forças sociais que agem e interagem ao longo da história em geral e da história brasileira em particular. O modelo previsto na constituição de 1988 não "brotou" do nada. Não foi inventado de afogadilho. Antes, representa uma lenta e gradual evolução que procurou se conformar ao modelo de Estado Democrático de Direito garantista e que alçou a Segurança Pública a Direito Fundamental. É o que se pretende

[16]A CF de 1988 preserve no artigo 22 – XXI que compete à União legislar sobre: normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;

revelar nas demais linhas desse trabalho.

1.4 A Segurança Pública nas Constituições Brasileiras

A primeira constituição brasileira data de 1824 – Constituição Imperial – e nela não havia menção ao termo segurança pública. Também inexistiu no texto qualquer previsão sobre polícia, sua estrutura ou organização. Apenas a polícia legislativa devotada a proteger a Assembleia Geral foi prevista no artigo 21.

Com a primeira constituição republicana de 1891 há a previsão do direito a segurança individual e do patrimônio, mas mais uma vez o texto é silente quanto às polícias ressalvada a polícia legislativa que é tratada no artigo 18.

Na constituição de 1934 surgem pela primeira vez algumas citações sobre as polícias. No art.5º consta a previsão de organização da polícia, privativamente, pela União. A previsão de uma polícia marítima e portuária organizada e mantida pela União também é registrada nos incisos V e XI. O artigo.5º, no seu inciso XIX, "I", há registro da competência da União para legislar sobre a organização e garantias das forças policiais nos Estados. É na Carta de 1934 que surge a previsão constitucional da Polícia Militar. Esta previsão, ressalte-se, está contida no âmbito do Título VI, referente à Segurança Nacional – não há menção à segurança pública no texto de 1934 – e se afirma serem as Polícias Militares forças reserva do Exército Brasileiro.

Getúlio Vargas, já como ditador, impõe a constituição do "Estado Novo" em 1937. A "polaca", como ficou conhecida por sua nítida inspiração na Carta polonesa da época, tinha nítidos contornos autoritários e centralizadores. Com forte destaque à segurança nacional, segurança interna e segurança do próprio Estado a constituição de 1937 manteve a previsão da garantia à segurança individual e à propriedade, mas ampliou o rol de ações do Estado no exercício do poder de polícia. Silente quanto ao termo "segurança pública", ~praticamente repete a previsão de atuação das policias na carta de 1934.

Mesmo que sob influência de clamores para retorno à democracia, a Constituição de 1946 em nada inova quanto à segurança pública e as polícias. Praticamente repete os textos anteriores e continua a sustentar uma aparente confusão com os termos segurança nacional, segurança interna e segurança do Estado.

Com a ditadura de 1964 os brasileiros recebem nova constituição. A de 1967 emendada em 1969. Nela a revisão expressa da Polícia Federal enquanto polícia da União

atuando como polícia marítima, aeroportuária e de fronteira, atuando na repressão ao tráfico de drogas, contrabando, descaminho e naqueles crimes que atentem contra o patrimônio da União. De caráter autoritário, a Constituição de 1964 ainda delegou à Polícia Federal a missão de investigar crimes cometidos contra a segurança nacional, contra a ordem política e social e de realizar a censura em diversões públicas.

A constituição de 1964 inovou ao delegar aos Estado membros a competência para a instituição e manutenção da Polícias Militares que seriam empregadas na manutenção da ordem e segurança interna e permaneciam como forças auxiliares e reserva do exército.

É de se notar que a evolução histórica das constituições brasileiras assentou a falta de compromisso e o desinteresse em se tratar do tema "segurança pública" e em se prever a criação e organização das agencias estatais – polícias – dedicadas e realizar esse direito fundamental.

A preocupação com a manutenção do poder dos governantes parece ter sido o balizamento dos constituintes desde 1834. É dizer, o aparato de segurança do Estado e o sistema de justiça criminal se apresentaram ao longo da história nacional como instrumentos a servirem a manutenção do poder. A recorrente citação nos textos constitucionais de termos como "segurança nacional", "segurança interna" e "segurança do Estado" e a inexistência do termo "segurança pública" em todas as cartas que antecederam a de 1988 não parece deixar dúvidas desta realidade.

É certo que a criminalidade experimentada no idos de 1834 até os anos de 1980 estava longe de apresentar o caráter de verdadeira pandemia que ostenta atualmente. Logo, compreensível a questão de não ser esse tema o mais discutido. Todavia, ao se considerar que as constituições modernas ao longo da história se valeram de ensinamentos principalmente da revolução Francesa e da Independência Norte Americana, é possível afirmar que houve, de fato, um descuramento por parte do legislador nacional quanto ao tema. Afinal, no reconhecimento dos direitos fundamentais sempre se fez presente uma atuação limitada das forças de segurança do Estado com vistas a coibir abusos deste em detrimento dos cidadãos. Prever a criação e manutenção das forças policias, ditar regras de segurança pública, delimitar claramente a atuação dos órgãos envolvidos no sistema de justiça criminal é tema inerente às constituições dos Estados.

No caso brasileiro, todavia, essa realizada desponta somente em 1988. É na Constituição Federal de 1988, por exemplo, que surge pela primeira vez os termos "polícia civil" e "polícia judiciária" embora elas já existissem e representassem forças

policias a infligir restrições a direitos fundamentais.

Fruto desta omissão histórica tem-se hoje uma verdadeira confusão acerca do papel desempenhado pelas forças policiais e demais órgãos atuantes no sistema de justiça criminal Brasil. Para o vulgo ainda não resta claro quem é quem na segurança pública. Para os arautos do corporativismo todos os órgãos previstos na Constituição de 1988 tudo pode ser feito desde que lhes favoreça. Nessa tônica tem-se as guardas municipais pretendendo fazer o papel das polícias militares; tem-se as polícias militares pretendendo fazer o papel das polícias civis; tem-se as polícias civis pretendo agir como Ministério Público; tem-se Ministério Público pretendendo agir como polícia e juiz e por aí vai.

1.5 O papel dos órgãos elencados no artigo 144 da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer para o texto político da República o tema "segurança pública" e por elencar os órgãos da Administração devotados a promover esse direito fundamental do cidadão que, como já visto em tópico anterior, confunde-se com a própria ideia de Estado e de direitos fundamentais.

O tema insere-se no Título VI da Carta que tem o título "Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas". Vale dizer, no mesmo título serão tratadas questões como o Estado de Defesa, o Estado de Sítio e as Forças Armadas. Como se nota, a confusão entre a segurança do Estado e a segurança do povo persiste no mesmo sentido das Cartas anteriores.

O artigo 144 da Constituição prescreve que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos. É dizer, a segurança pública deve ser prestada pela Estado por intermédio de políticas públicas em que os órgãos criados para esse mister desempenhem seus papais. É ainda responsabilidade de todos. Como lembra José Afonso da Silva (1999, p.753) segurança pública não é só repressão e não é problema apenas da polícia. Logo, todos os beneficiários da segurança pública – todo o povo e mesmo os demais órgãos da Administração Pública – devem também contribuir para que ela se efetive.

Prescreve ainda o artigo 144 que a segurança pública se presta a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Nota-se, nesse ponto, o distanciamento abissal havido entre os termos empregados nas cartas de outrora que focavam a segurança nacional, a segurança interna e a segurança do Estado muitas vezes sem esclarecer a contento o que estes termos significavam e não raro transformando o

aparato de segurança pública e de justiça criminal em verdadeiros esteios para garantir o poder.

O texto de 1988 foi claro e taxativo ao criar os órgãos que exerceriam a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio no território nacional. Os órgãos são: polícia federal, policia rodoviária federal, policia rodoviária federal, policias civis, policias militares e corpos de bombeiros militares.

A polícia federal tem a missão de apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei. Tem ainda a função de prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho e de exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras. Compete também à Polícia Federal exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Tratando da polícia rodoviária federal o Constituição prescreve ser esta polícia responsável pelo patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

A polícia ferroviária federal destina-se ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

As polícias civis incumbem, ressalvada a competência da União, às funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. Já aos corpos de bombeiros militares, execução de atividades de defesa civil.

É ainda do texto o § 6º que afirma serem as polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército – copiando texto originário da Carta de 1934 e que foi mantido nas Constituições posteriores - subordinadas, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Esta conformação dos órgãos encarregados da segurança pública há que ser percebida dentro de uma lógica sistêmica e orgânica do texto Constitucional.

> A determinação do constituinte para organização e funcionamento dos órgãos de segurança pública tem o sentido de estruturação administrativa, poderes e deveres institucionais e maneira de atuação da instituição e seus membros, evidentemente em consonância com as finalidades constitucionais de prevenção, repressão, investigação, vigilância de fronteiras e polícia judiciária, com o objetivo especifico de efetivar a garantia da eficiência das atividades de

segurança pública (SANTINI, 2004, p.149).

Não se deve, assim, permitir a verdadeira confusão que atualmente se faz quanto ao papel de cada órgão da segurança pública no Brasil. O respeito ao regramento constitucional nesse tema deve ser sempre perseguido vez que se está a tratar de um dos demais mais caros ao Estado e seu povo. Trata-se ainda de volver os olhos para as garantias fundamentais de efetiva segurança pública e ao mesmo tempo não se produzirem vítimas pelos excessos do Estado.

1.5.1 Regulamentação: Sistema Único de Segurança Pública – SUSP Lei 13.675/18

Já previa o constituinte de 1988 a necessidade de regulamentação do funcionamento dos órgãos da segurança pública. No inciso 7º do artigo 144 consta a previsão de que lei disciplinaria a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Passados quase trinta anos o Congresso brasileiro ofertou a nação a referida norma. Trata-se da lei 13675/18 que disciplinou a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, criou a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e institui o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).

A referido diploma legal pareceu surgir em um momento dos mais propícios. Como já dito, a confusão acerca dos papeis exercidos pelos órgãos de segurança pública e pelos demais atores do sistema de justiça criminal no Brasil é enorme. Esta confusão tem gerado vários embates institucionais e tem propiciado uma considerável insegurança jurídica. Portanto, o legislador de 2018 teve a chance de colocar cobro à discussão e definir de forma clara os papeis. "A prestação do Estado a título de segurança pública tem funções de resguardo e de bloqueio, não de mera função programática" (SANTINI, 2004, p.86). Mas a lei 13675/18 apresentou-se como norma programática a ditar princípios, diretrizes, objetivos, estratégias e meios a serem aplicados na segurança pública olvidando seu verdadeiro propósito: disciplinar a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública. Quais são estes órgãos? Aqueles previstos no artigo 144 da Constituição Federal de 1988. Nada mais, nada menos.

Para aumentar ainda mais as dúvidas sobre o funcionamento dos órgãos da segurança pública o SUSP alargou o rol de agências que participam de sua atuação para

além daqueles previstos no artigo 144 da Constituição Federal. Segundo a nova lei, integram o SUSP a polícia federal; a polícia rodoviária federal; as polícias civis; as polícias militares; os corpos de bombeiros militares; as guardas municipais; os órgãos do sistema penitenciário; os institutos oficiais de criminalística, medicina legal e identificação; a Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp); as Secretarias Estaduais de Segurança Pública ou congênere; a Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (Sedec); a Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas (Senad); os agentes de trânsito e a guarda portuária.

Como se nota a referida norma não tratou de disciplinar com precisão o papel reservado a cada órgão continho no artigo 144 da Constituição de 1988. Ora, mas era esse o fim a que se prestava o parágrafo 7º do mencionado artigo. Era essa disposição expressa que clamava e esperava a comunidade jurídica e o sistema de justiça criminal. Sem o esperado regramento, resta à sociedade conviver com situações que representam verdadeiro desvirtuamento dos comandos constitucionais inerentes à segurança pública. Na sequência, apresenta-se alguns exemplos desta realidade.

1.6 Garantia da Lei e da Ordem Lei Complementar 97/1999 e Dec. Nº 3.897/2001

Diante da propalada falência da segurança pública havida no país, volta e meia lança-se mão de artifícios que prometem resolver o caos e resgatar a paz social. Um destes é o emprego das Forças Armadas nas chamadas ações de garantia da lei e da ordem.

De emprego cada vez mais comum[17] – embora devesse ser utilizado somente em excepcionalíssimos casos – das Forças Armadas em questões da segurança pública é preocupante por uma série de fatores que vão desde de fatores políticos – as Forças Armadas nacionais são pródigas em confundir segurança e política tendo agido como governos em vários momentos da história (ZAVERUCHA, 2000, p.21) - passando por fatores técnicos – militares são preparados e equipados para guerra e não segurança

[17] A banalização do emprego de tropas federais em questões de segurança pública permitiu que no ano 2000 o então presidente Fernando Henrique Cardoso enviasse aproximadamente 300 militares do Exército para proteger a propriedade rural Fazenda Córrego das Pontes no município mineiro de Buritis que pertenciam aos filhos do presidente. À época o Movimento dos Sem Terra (MST) ameaçava invadir o imóvel.
Outro exemplo é lembrado por Jorge Zaverusca (2005, p.142) quando traz que em julho de 1999, durante uma greve dos caminhoneiros em protesto contra os preços dos pedágios e os custos dos fretes o presidente Fernando Henrique Cardoso ameaçou invocar a Lei Complementar 69 mesmo sem antes esgotar o uso das forças policias como prevê a norma. À época o então Governador de São Paulo Mario Covas negou receber as tropas federais e fez uso da tropa de choque da Policia Militar paulista.

pública - chegando ao jurídico[18] – a confusão de papeis institucionais gera insegurança jurídica e ameaça o equilíbrio do Estado Democrático de Direito[19].

A utilização das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem são previstas na Lei complementar 97/1999. Eis o que prescreve parte da norma:

> CAPÍTULO V
> DO EMPREGO
> Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação:
> (...)
> § 2º A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal.
> § 3º Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.
> § 4º Na hipótese de emprego nas condições previstas no § 3º deste artigo, após mensagem do Presidente da República, serão ativados os órgãos operacionais das Forças Armadas, que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem.
> § 5º Determinado o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, caberá à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins.
> § 6º Considera-se controle operacional, para fins de aplicação desta Lei Complementar, o poder conferido à autoridade encarregada das operações, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos dos órgãos de segurança pública, obedecidas as suas competências constitucionais ou legais.

A referida Lei complementar vem regulamenta pelo Decreto 3897/2001 que em seu artigo 3º prescreve:

---

[18] Exemplo do despreparo jurídico das Forças Armadas para lidar com questões de segurança pública pode ser detectado na pretensão do então comandante do Exército Brasileiro, general Eduardo Villas Bôas, que em fevereiro de 2018 por ocasião da interversão militar no Rio de Janeiro pretendeu obter do Poder Judiciário fluminense "mandados de busca e apreensão coletivos". Tal teratologia teria a função de permitir aos militares das forças armadas adentrarem em residências de comunidades pobres ao talante dos chefes das tropas. A afronta à garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio era patente. Todavia, em caso de guerra, não se espera ordem judicial para invadir residência de "inimigo".

[19] O professor Jorge Zaverucha (2005, p.55) lembra que os militares agiram no golpe de 1964 ao argumento de agirem para manutenção da lei e da ordem. Pelo discurso oficial, as rédeas do poder seriam devolvidas aos civis com brevidade. Ao fim, o regime perdurou por 21 anos.

> Art. 3º Na hipótese de emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, objetivando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, porque esgotados os instrumentos a isso previstos no art. 144 da Constituição, lhes incumbirá, sempre que se faça necessário, desenvolver as ações de polícia ostensiva, como as demais, de natureza preventiva ou repressiva, que se incluem na competência, constitucional e legal, das Polícias Militares, observados os termos e limites impostos, a estas últimas, pelo ordenamento jurídico.

Como se percebe o emprego das Forças Armadas nas questões referentes a segurança pública devem ser realizados em casos excepcionais para os quais não se vislumbre outro meio de se manter a lei e a ordem. Caso contrário corre-se o risco de se propiciar um processo de militarização da segurança pública. Carlos Nazareth Cerqueira (1998) compreende o processo de militarização[20] como sendo a adoção de uso de modelos militares, conceitos, doutrinas, procedimento e pessoal militar em atividade de natureza civil.

Por oportuno cabe aqui a transcrição de parte de editorial de boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais que assevera, *in verbis*:

> Por trás de todas essas propostas esdrúxulas, o movimento subjacente é nítido. Trata-se de militarizar a própria ideia de segurança pública, reclamando-a da cidadania que é seu espaço próprio para confiná-la nos quartéis, batalhões e dependências tais. Trata-se, antes de tudo, de dizer que a segurança pública é coisa militar porque, em última análise, vivemos uma guerra e, como sabemos, a guerra é precisamente a situação em que os antigos diziam não haver direito. Invoca-se a militarização porque se invoca a guerra. Invoca-se a guerra porque se invoca a excepcionalidade. Querem, então, a excepcionalidade porque querem, afinal, fazê-la permanente. (IBCCRIM, 2010)

Pelo que já foi visto até aqui, essa militarização representaria um retrocesso e iria de encontro aos preceitos garantistas que estão previstos na Constituição Federal de 1988 de maneira orgânica.

[20] Um exemplo de militarização é apontado por Jorge Zaveruscha (2005, p.133) quando este lembra que no ano de 1999 o então presidente da república Fernando Henrique Cardoso quebrou uma tradição e nomeio como Diretor Geral da Polícia Rodoviária Federal o General de Exército Álvaro Henrique Viana de Morais. Este oficial general, ignorando a natureza jurídica de entidade civil da Polícia Rodoviária Federal, passou a exigir a prestação de continência dos policias rodoviários federais bem como o exercício de ordem unida, perfilhamento de policias quando ele estivesse presente e as famigeradas remoções de servidores de um Estado da federação para outro como forma de punição.

1.7 Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República – GSI

O Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI) integra a estrutura administrativa da Presidência da República e tem origem nos Gabinetes Militares e Casas Militares que existiram desde a era Vargas.

A lei 13.341/2016, relativamente o GSI, prescreve:

> "Art. 6º Ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República compete:
> .....
> III - analisar e acompanhar questões com potencial de risco, prevenir a ocorrência e articular o gerenciamento de crises, em caso de grave e iminente ameaça à estabilidade institucional;
> IV - coordenar as atividades de inteligência federal;
> V - realizar o assessoramento pessoal em assuntos militares e de segurança;
> VI - coordenar as atividades de segurança da informação e das comunicações;
> VII - zelar, assegurado o exercício do poder de polícia, pela segurança pessoal do Presidente da República, do Vice-Presidente da República e respectivos familiares, dos titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República e de outras autoridades ou personalidades, quando determinado pelo Presidente da República, bem como pela segurança dos palácios presidenciais e das residências do Presidente da República e do Vice-Presidente da República;
> VIII - coordenar as atividades do Sistema de Proteção Nuclear Brasileiro como seu órgão central; e
> IX - planejar e coordenar viagens presidenciais no País e, no exterior, em articulação com o Ministério das Relações Exteriores.

A origem – casas militares - e as funções do GSI não se confundem com as questões de segurança pública. Sua missão é de natureza de inteligência de Estado (a ele se subordina a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN). O posto de ministro chefe é privativo de oficial general conforme previsão do Decreto 9668/2019. Em seus quadros há vários militares das três Forças. Logo, seu pendão e cultura organizacionais são castrenses.

Todavia, em 15 de outubro de 2018 o então presidente da república Michel Temer assinou o Decreto Federal nº 9.527 para criar uma força-tarefa de Inteligência para o enfrentamento ao crime organizado no Brasil. Além das Forças Armadas, o Gabinete de Segurança Institucional (GSI) também faria parte da força-tarefa.

Trata-se de mais uma ingerência das Forças Armadas em questões afetas à segurança pública sem que estas sejam devotadas constitucionalmente a esta missão. Entregar a estratégia nacional de enfrentamento à criminalidade organizada a agentes militares é andar na contramão do que fazem os países mais desenvolvidos. Crime organizado enfrenta-se com inteligência e com a Lei, não com fuzil e força bruta.

Essa simbiose entre o poder militar central (União) e o poder militar estadual (Polícias Militares) guiando as rédeas da segurança pública é experiência nefasta e recorrente no Brasil.

> Na ditadura militar (de 1964 a 1985) criou-se uma estrutura de segurança do Estado que teve como traços marcantes a simbiose entre os órgãos de segurança estaduais e as Forças Armadas federais, bem como a entrega do policiamento civil a corporações militares locais, caracterizadas como "*longa manus*" de um poder político-militar central. Lograva-se, assim, com traumas às liberdades individuais, um controle repressivo que, por duas décadas, arbitrariamente ceifou vidas, liberdades e direitos. (IBCCRIM. 2009)

É dizer, a militarização da segurança pública parece ser um legado histórico do qual o Brasil não consegue desvencilhar-se em que pese a clara incompatibilidade desse modelo com o modelo garantista agasalhado pelo constituinte de 1988 relativamente ao sistema de justiça criminal.

1.8 Inteligência da Polícia Militar - PM2

Por mandamento constitucional a Polícia Militar no Brasil exerce a função de polícia ostensiva encarregada de manter a ordem pública. Já restou evidente até aqui que esta polícia em muito se assemelha ao Exército Brasileiro do qual é força auxiliar e reserva.

A semelhança vai desde as graduações e patentes (na Polícias Militares somente inexiste o posto de general), passando pelas nomenclaturas de unidades (ex. batalhões, companhias, pelotão, etc.) até as práticas diárias de ordem unida, culto a valores e símbolos militares, desfiles, etc. O militar estadual também está sujeito ao Código Penal Militar e ao processamento criminal pelo rito do Código de Processo Penal Militar.

Na esteira de se espelhar no Exército Brasileiro, as policias militares também adotam termos de divisão organizacional semelhante à força terrestre. Assim é que o emprego da figura do Estado-Maior do Exército, que é o órgão de direção geral do Exército Brasileiro responsável por assessorar o comandante da força e coordenar as ações dos órgãos de direção setorial nos assuntos atinentes às atividades, particularmente quanto ao preparo para as operações militares, também se faz presente na estrutura as policias militares estaduais.

Nas unidades – batalhões - do Exército Brasileiro o Estado-Maior é dividido em (S1 Pessoal, S2 Inteligência, S3 Operações e S4 Logística). Essa divisão é copiada pelas

Policias Militares. Daí haver nessas polícias a chamada PM2 que são empregadas nas atividades de inteligência das unidades.

A atividade de inteligência não se confunde com as atividades de investigação criminal. Com efeito, inteligência é termo empregado para indicar a coleta de dados e produção de informações para a tomada de decisões de gestores. É, portanto, termo de largo emprego e vai desde a utilização por organizações privadas até governos quando se fala em inteligência de estado[21].

Posto isso, é de se compreender como legítima a atuação de policiais militares em áreas de inteligência de suas unidades. A estes militares incumbiria a coleta de dados e produção de informações para que seus comandantes pudessem tomar decisões relativas ao emprego de seus recursos materiais e humanos. Um exemplo desta atividade seria a produção de relatórios sistemáticos sobre ocorrências criminais que contivessem o tipo de crime, o tipo de vítima, o tipo de autor, os horários de ocorrência, etc. em razão a localizações geográficas como bairros ou zonas rurais. Com estas informações o comandante da área poderia definir de forma mais acertada o emprego de seus recursos.

Todavia, não é isso que vem ocorrendo. As chamadas PM2 estão realizando verdadeiras investigações criminais valendo-se de militares à paisana para identificar autoria e materialidade de crimes. É dizer, estão realizando investigações criminais em flagrante ofensa ao mandamento constitucional que reservou tal função a outro órgão – policias civis e federal. Nesses casos há que se cogitar até mesmo de usurpação de função pública.

> Qualquer atividade investigatório-criminal seja ou não "discreta", PM2 etc., realizada por policiais militares, reveste-se de inconstitucionalidade, podendo, inclusive, constituir crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65). Nesses casos, deverão responder penalmente, como autores mediatos, as autoridades responsáveis pelo comando. E, ainda, em casos excepcionais, os próprios agentes policiais poderão responder criminalmente por usurpação de função pública. Ademais, a" insegurança" e a falta de policiamento ostensivo, em todas as grandes cidades do País, estão a exigir mais empenho das corporações militares. (NUCCI, 2015, p.57)

Na mesma linha é o escólio de René Ariel Dotti (1996) para quem a Polícia Militar, por força do art. 144 da Constituição da República, possui a função tão somente de realização de policiamento ostensivo e, como qualquer outro cidadão, prender em

[21] No Brasil a inteligência de estado é realizada pela Agencia Brasileira de Inteligência (ABIN) órgão subordinado ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI)

flagrante delito. Afirma ainda que o artigo 144 não configura simples aconselhamento ou opinião, cuja observância esteja adstrita à vontade pessoal dos agentes. A atuação dos órgãos estatais, necessariamente, deve ser pautada pelo princípio da legalidade, seguindo com rigor a definição prévia de atribuições e limites previstos para cada função. O mesmo autor arremata asseverando que se à Polícia Civil não é deferida atribuição de apurar as infrações penais de natureza militar, a recíproca é também verdadeira.

Um outro movimento recorrente das chamadas PM2 é a progressiva maneira que realizam atos de investigações conduzidas pelo Ministério Público. Principalmente no âmbito do Ministério Público dos Estados a execução dos atos de instrução gradualmente tem sido deixada a cargo de policiais militares (FREITAS e PINTO, 2012). Paras justificar esse ilegal desvirtuamento, amiudadamente invoca-se a fé pública que teriam os militares na produção de diligências solicitadas pelo parquet. Nesse sentido, diligências levadas a cabo por militares poderiam instruir os PIC[22] (Procedimento de Investigação Criminal) e retirariam sua validade jurídica da condição de servidor público do militar que as produziu já que gozariam tais atos de fé pública. Todavia, a "fé pública" é inerente a atos administrativos que gozam de presunção de validade. Um ato administrativo válido há que reunir os elementos competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Assim, se um agente público extrapola os limites de suas atribuições – viola os limites de sua competência - pratica ato inválido que não pode gozar de fé pública. Com efeito, o "agente policial que extrapola os limites de suas funções, age contra a lei, não podendo o argumento da fé pública ser utilizado para convalidar atos em afronta aos limites legais e constitucionais" (FREITAS e PINTO, 2012).

Em síntese o que se observa são militares à paisana – ao militar compete o policiamento ostensivo, logo, fardado – agindo como investigadores – função reservada à policias civis e federais – produzindo informações para serem utilizadas em procedimento sem previsão legal – Procedimento de Investigação Criminal (PIC) – sob comando de quem deveria zelar pelos princípios democráticos e garantistas da Carta de 1988 – o Ministério Público. Tudo isso sob olhar complacente do Poder Judiciário.

[22] Pela Resolução 13 de 2006, posteriormente alterada pela Resolução 181 de 2017, O Conselho Nacional do Ministério Público *motu proprio* – sem participação do Poder Legislativo como seria exigível – criou e disciplinou o PIC que, segundo o artigo 1º da resolução é assim definido: *o procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal*.

1.9 Grupo Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO

No modelo de investigação criminal brasileiro os papeis parecem claros à primeira vista. Pelo teor da Constituição da República de 1988[23] às polícias civis dos Estados e à Polícia Federal (polícias judiciárias) compete a realização da investigação criminal que, no regramento do Código de Processo Penal, corporifica-se no Inquérito Policial. Havendo no Inquérito Policial elementos que identifiquem a autoria do crime, a materialidade e as circunstâncias deste, o órgão acusador no caso da Ação Penal Pública – Ministério Público – ou, no caso de Ação Penal Privada - a parte ofendida -, podem oferecer a denúncia ao órgão julgador – Poder Judiciário – que, aceitando a denúncia, oportuniza a defesa técnica e julga a lide. Repetido de outra forma, à luz da CF/88, temos que a persecução criminal, diante da garantia fundamental no devido processo legal (art. 5º, LIV), se manifesta de forma tripartida como Estado – investigador (artes. 144, §§1º e 4º), Estado – acusador (art. 129, I) e Estado – juiz (art. 92 e seguintes). Eis, pois, a regra. Todavia, a violação à regra, como já alertado, parece ser a tônica nos últimos tempos

[23] É de se registrar que a pretensão do Ministério Público em realizar diretamente a investigação criminal no Brasil já vem de há muito. Todas as tentativas de incutir no texto constitucional e infraconstitucional a matéria, todavia, malograram. No voto do então ministro do STF Nelson Jobim proferido nos autos do RHC 81.326-DF, 2ª Turma publicado no DJU1 ago. 2003 fez-se registro das investidas históricas havidas no parlamento brasileiro com vistas a mudar a regra vigente. Para efeito apenas de análise do texto constitucional de 1988, destaca-se a seguinte parte do voto do ministro Nelson Jobim: "Até a promulgação da atual Constituição, o MINISTÉRIO PÚBLICO e a POLÍCIA JUDICIÁRIA tinham seus canais de comunicação na esfera infraconstitucional. A harmonia funcional ocorria através do Código de Processo Penal e de leis extravagantes, como a Lei Complementar 40/81, que disciplinava a Carreira do MINISTÉRIO PÚBLICO. Na Assembleia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA CIVIL, o processo de instrução presidido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO voltou a ser debatido. Ao final, manteve-se a tradição. O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao MINISTÉRIO PÚBLICO a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal. A Constituição Federal assegurou as funções de POLÍCIA JUDICIÁRIA e apuração de infrações penais à POLÍCIA CIVIL (CF, art. 144, § 4º). Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar 75/93, cingiu-se aos termos da Constituição no que diz respeito às atribuições do MINISTÉRIO PÚBLICO (art. 7º e 8º). Reservou-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração do inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII). Ainda assim, a matéria estava longe de ser pacificada. Leio: Proposta de Emenda Constitucional em trâmite no Congresso Nacional brasileiro, relacionada com a questão do controle externo da atividade policial, ... a de n. 109, também de 1995, de autoria do Deputado Federal Coriolano Sales, que se propõe a alterar a redação dos incs. I e VIII, do art. 129, da Constituição da República. A exemplo da anterior, em 03 de junho de 1997, esta também foi apensada à Proposta de Emenda Constitucional 059/95Com a alteração da redação do inc. I, do citado art. 129, da Constituição da República, a Proposta pretende incluir a instauração e direção do inquérito como uma das funções institucionais do Ministério Público. Em março de 1999, o Senador Pedro Simon apresentou nova Proposta de Emenda Constitucional, sob o n. 21, acrescentando parágrafo único, ao art. 98, da Constituição da República, disciplinando que nas infrações penais de relevância social, a serem definidas em lei, a instrução será feita diretamente perante o Poder Judiciário, sendo precedida de investigações preliminares, sob a direção do Ministério Público, auxiliado pelos órgãos da polícia judiciária." (STF. 2ª Turma. RHC 81.326-DF, Rel. Min. Nelson Jobim. Publicado no DJU1 agosto 2003).

quando se trata do papel desempenhado pelos atores do sistema de justiça criminal brasileiro.

Um dos pontos de maior destaque nesse imbróglio que se transformou a persecução penal no Brasil nas últimas décadas fica por conta da atuação do Ministério Público na investigação criminal. Entre embates corporativistas, debates acadêmicos e lides judiciais a questão ainda enseja dúvidas.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. º 593.727, com repercussão geral, ter reconhecido a possibilidade de que o Ministério Público realize investigações criminais, as dúvidas e as críticas não cessaram. Eis os termos do acórdão do STF:

> […] 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: "O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição". Maioria. […] (STF, Tribunal Pleno, RE 593727, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 14/05/2015).

Mesmo após a indigitada decisão ainda se discute acerca da competência de o Ministério Público investigar. Duvidas rotineiramente surgem sobre a forma, o limite, os meios e a oportunidade de o parquet realizar diretamente a investigação criminal. Um dos principais pontos ainda suscitados decorre no voto do ministro Celso de Mello proferido no HC 89.837/DF e que foi lembrado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no mencionado RE 593272. Eis como votou o ministro Celso de Mello em 2009:

> "Reconheço , pois, que se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir , aos membros do Parquet, em hipóteses específicas (quando registrarem, por exemplo, situações de lesão ao patrimônio público ou , então, como na espécie, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou ,ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da

> própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais), a possibilidade de coligir dados informativos para o ulterior desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal". (HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.11.2009).

O entendimento do Ministro Celso de Mello se assemelha ao pensamento de Luís Eduardo Barroso que, em parecer ofertado ao Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) no ano de 2004, - ainda não integrava os quadros do Supremo Tribunal Federal -, observou a relevância de haver limites à atuação do Ministério Público na investigação criminal e a necessidade de lei a delimitar essa ação. É dizer, na compreensão de Barroso, ao Ministério Público não é vedado investigar. Todavia, deve fazê-lo em casos excepcionais e deve balizar suas ações em regramento expresse em lei. Eis o que disse Barroso (2004):

> Não é desimportante lembrar que a Polícia se sujeita ao controle do Ministério Público. Mas se o Ministério Público desempenhar, de maneira ampla e difusa, o papel da Polícia, quem irá fiscalizá-lo? O risco potencial que a concentração de poderes representa para a imparcialidade necessária às atividades típicas do Parquet não apenas fundamenta a excepcionalidade que deve caracterizar o exercício da competência investigatória, mas exige igualmente uma normatização limitadora.

Para além da discussão do poder investigatório do Ministério Público o que se busca nesse tópico é a análise das ações do chamados Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado dos Ministério Público Estaduais24 .

O GAECO surge no Brasil nos anos de 1995 no Estado de São Paulo e atualmente existem modelos similares em todos os Ministério Públicos dos 27 estados da federação. Esses grupos, em regra, realizam diretamente investigações criminais valendo-se de forças policiais e outros servidores públicos nas atividades investigativas. Em regra, integram os GAECO policiais militares e policiais rodoviários federais.

Com essa configuração, sem incorrer em exageros semânticos, pode-se dizer que uma unidade do GAECO é, em verdade, uma "super" polícia, cuja previsão de existência não se encontra no texto constitucional. Se "o sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa" (NUCCI, 2006, p.81), o GAECO representa o oposto desse mandamento

[24] Até o presente momento inexiste tal grupo no âmbito do Ministério Público Federal.

garantista.

Com efeito, ao se verificar a estrutura e o funcionamento do GAECO tem-se que, em regra, um membro do parquet se investe a um só tempo na condição delegado de polícia judiciária – preside Procedimento de Investigação Criminal (PIC) –; chefe militar de fração de tropa – comanda militares das Policias Militares que lhe são cedidos; e promotores de justiça com todas as garantias e prerrogativas que inexistem para servidores policiais. Sobre esta realidade, o ministro do STF Marco Aurélio Melo no voto proferido no RE 593272 ponderou ser "inconcebível um membro do Ministério Público colocar uma estrela no peito, armar-se e investigar (...) prejudicando o contraditório e inobservado o princípio da paridade de armas". Em verdade, todavia, é isto que vem ocorrendo amiúde sob o olhar complacente de juízes e tribunais.

No mesmo voto, o ministro Marco Aurélio asseverou: "quem surge como responsável pelo controle não pode exercer a atividade controlada". E emendou: "a função constitucional de titular da ação penal e fiscal da lei não se compatibiliza com a figura do promotor inquisitor".

CAPÍTULO 2. DIREITOS E GARANTAIS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA, POLÍCIA JUDICIÁRIA: UMA SÓ MARCHA EVOLUTIVA.

2.1. Ausente democracia, inexistente Direitos Fundamentais

O termo democracia e suas implicações já são do conhecimento da humanidade desde 2500 a.C. por intermédio da genialidade grega. Ao longo dos séculos esse conceito ganhou variações, mas manteve o cerne de representar a forma de decidir os rumos das Cidades/Estado pela vontade do grupo. Atenas representa o maior exemplo da chamada democracia por participação direta.

A democracia grega influenciou em alguma medida a República Romana. Todavia, a partir de 49 a.C. a ditadura imposta por Júlio Cesar transformou a estrutura romana em um império que, tendo durado mais de mil anos, representou forte interrupção a marcha evolutiva que poderia ter legado à humanidade um sistema político mais devotado à paz.

Mas é no século XVIII que se nota o ápice de um movimento político social iniciado no século anterior que tende a afastar o absolutismo dos que detinham o poder. Ao processarem-se esses conflitos – muitos regados à sangue – a humanidade foi evoluindo da concepção de um governo absoluto e autoritário para um governo democrático. As ideias de limitação e de divisão do poder estatal vão ganhando corpo com os anseios iluministas. Eis, pois, a importância desse momento histórico como fonte de informações acerca do modelo democrático como sistema político vivido na maioria dos países.

Já se teve a oportunidade de apontar no capítulo anterior que o período histórico que agasalha a independência norte americana em 1796 e a Revolução Francesa de 1789 apresentam a gênese dos conceitos modernos de Democracia, Direitos Fundamentais e Polícia Judiciária na medida em que o homem é apontado como sujeito de direitos e razão de existência do Estado.

> A proclamação dos direitos do homem surge como medida deste tipo, quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes. De fato, para o homem emancipado e isolado em sociedades crescentemente secularizadas, as Declarações de Direitos representavam um anseio muito compreensível de proteção, pois os indivíduos não se sentiam mais seguros de sua igualdade diante de Deus, no plano espiritual, e no plano temporal no âmbito dos estamentos ou ordens das quais se originavam. É por isso que a positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século

> XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura. (LAFER, 1998, p.123)

É nesse contexto do homem enquanto sujeito de direitos e não mais como objeto do Estado que se deve ter a concepção de Democracia e Estado de Direito. Lembra Luigi Ferrajoli (2003, p.757) que a "democracia é o regime político que consente o desenvolvimento pacífico dos conflitos, e por meio destes as transformações sociais e institucionais". É, pois, no âmbito da democracia que se pode reconhecer direitos fundamentais. É da democracia mesmo a mudança por meio do dissenso e do conflito que constrói direitos e, por vezes, resgata direitos esquecidos.

A própria ideia de constitucionalização dos direitos fundamentais é fruto de embates que propiciaram o resgate de concepções dos direitos naturais que estavam relegados em face do império do direito positivo.

Portanto, não é forçoso afirmar que sem Democracia não há espaço para a realização de Direitos Fundamentais.

2.2 Direito fundamental à segurança pública

2.2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais

Alexandre de Moraes (1998) indica já no Código de Hamurabi os lampejos dos Direitos Fundamentais. O oriente também, de certo, desenvolveu ao seu modo os alicerces de direitos fundamentais[25]. No ocidente é flagrante a influência do Cristianismo na sedimentação de princípios filosóficos a apregoarem o homem como centro de uma ordem social e jurídica (direito natural) a ensejar um conjunto de garantias que lhe permita a vida. Já nos séculos XVI e XVII, no contexto do Estado Moderno e da transição da sociedade feudal para a sociedade burguesa, reformularam-se as teorias do direito natural - por obra dos racionalistas - deixando este direito de estar submetido a uma ordem divina.

[25] Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de "pré-história" dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. (SARLET, 2012, p.26)

É a fase racionalista dos direitos.

Impende notar que a perspectiva história dos direitos fundamentais não é mero deleite acadêmico.

> (...) a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. (SARLET, 2012, p.25)

No longínquo ano de 1215, pela invocação do nome Rei João Sem Terra já se associa a ideia de norma estabelecendo limitações ao poder real. Evoluindo-se em solo inglês advieram *a petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act,* promulgado em 1679; o *Bill of Rights*, editado em 1689; e o *Act of Settlement*, editado em 1701. Nas américas os marcos comumente lembrados são a Declaração da Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, e Declaração da Virgínia proclamada pouco tempo antes e na qual a primeira se baseou.

O marco de maior relevância histórica para os direitos fundamentais e que ainda influenciam as discussões sobre seus firmamentos é a Revolução Francesa de 1789. Com a promulgação pela Assembleia Nacional em 1789 da declaração do Homem e do Cidadão[26] proclamou-se como direitos naturais e imprescritíveis a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A Constituição francesa de 1791 que se seguiu, trouxe novas formas de controle do poder estatal. A Constituição francesa de 1793 dentre outras previsões consagrou os direitos à igualdade, à liberdade e à segurança.

Em razão do constitucionalismo liberal do século XIX, a previsão dos direitos humanos fundamentais deu-se em inúmeros documentos, como: a Constituição da Espanha de 1812, a Constituição de Portugal de 1822; a Constituição do Império do Brasil de 1824, a Constituição da Bélgica de 1831, Francesa de 1848. Já no século XX, em um movimento de ampliação dos direitos fundamentais surgem a Constituição mexicana de

[26] "A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, é a mais famosa das declarações. Por força do preâmbulo da Constituição de 1958—como ocorria na de 1946 — está ela em vigor na França. Integra o chamado "*bloc de constitutionnalité*", em face do qual opera o controle de constitucionalidade efetuado pelo Conselho Constitucional. Sua importância, entretanto, não advém disso. Decorre de ter sido por um século e meio o modelo por excelência das declarações, e ainda hoje merecer o respeito e a reverência dos que se preocupam com a liberdade e os direitos do Homem. Sua primazia entre as declarações vem exatamente do fato de haver sido considerada como o modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal. Daí a sua incontestável influência sobre as declarações que, se1guindo essa orientação, se editaram pelo mundo afora até a primeira Guerra Mundial". (FERREIRA FILHO, 2012, p.37)

1917; a Constituição de Weimar de 1919; a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, seguida pela primeira Constituição Soviética (Lei Fundamental) de 1918; e a Carta do Trabalho da Itália fascista de 1927.

No pós-guerra, com a criação da Organização das Nações Unidas deu-se a universalização do conceito de direitos humanos[27] – direitos fundamentais -, alcançando uma grande importância na cultura jurídica internacional. Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Resolução n. 217 A (III), proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A assinalada Declaração firmou o reconhecimento da dignidade do homem inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Em 1966 foi editado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que juntos com a Declaração Universal dos Direitos Humanos constituem a Carta Internacional dos Direitos do Homem.

Com o mesmo fim, a Organização dos Estados Americanos, OEA, aprovou, no ano de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que contém os mesmos princípios da Declaração das Nações Unidas.

Na Europa que convalescia dos horrores da guerra, em 1950, foi editada a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos.

No âmbito das américas o instrumento de maior importância é a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, assinada em 1969 e que entrou em vigor em 1978, que, substancialmente, reconhece e assegura um rol de direitos civis e políticos, similar ao previsto nos demais documentos internacionais. Em 1988, a Assembleia Geral da OEA adotou Protocolo Adicional à Convenção (Protocolo de São Salvador), sobre direitos sociais, econômicos e culturais, entrando em vigor em 1999.

Como se percebe há uma formação histórica de três momentos característicos que, embora não sejam herméticos, são identificáveis. Ingo Sarlet (2012) citando K. Stern destaca esses três momentos. O primeiro momento seria uma pré-história, que se estende

[27]Podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? A resposta a essa indagação parece estar relacionada com a origem do filósofo e o Lócus em que ele atua; isto é, depende da autoria da obra e de sua origem. Assim, a terminologia mais usada pelos filósofos anglo-americanos, que reflete uma utilização mais frequente e uma coerência com a tradição e o devir histórico, é direitos humanos ou direitos do homem; enquanto que entre os filósofos publicitas alemães há uma preferência pela expressão direitos fundamentais. (OLIVEIRA, 2010)

até o século XVI. Num momento intermediário há a primazia da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem. Por derradeiro há a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

2.2.2 Teorias justificadoras dos direitos fundamentais

A relevância dos direitos fundamentais é, em alguma medida, uma das causas de sua grande complexidade. Nessa linha, não é o enfoque histórico de forma isolada que lhe darão plena compreensão enquanto fenômeno jurídico social. De igual forma inexiste um pensamento filosófico único a explicar em plenitude os direitos fundamentais.

> Para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas. (MENDES, 2015, p.138).

Vários foram os que se enveredaram ao longo do tempo em teorizar sobre os direitos fundamentais sob os mais variados enfoques. Todavia, nenhuma logrou explicar isolada e totalmente o fenômeno.

> Na realidade, as teorias se completam, devendo coexistirem, pois somente a partir da formação de uma consciência social (teoria de Perelman), baseada principalmente em valores fixados na crença de uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista) é que o legislador ou os tribunais (esses principalmente nos países anglo-saxões) encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de determinados direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista) (MORAES, 1998, p.35)

Na busca da compreensão dos direitos fundamentais em toda a sua amplidão tem-se, nas palavras de José Afonso da Silva (1999, p.176) que "as doutrinas e concepções filosóficas tem relevância enorme no processo embora não sejam as únicas influências. É dizer, a complexidade é de tamanha envergadura que somente uma análise que leve em consideração fatores sociais, políticos, econômicos, filosóficos, jurídicos e históricos pode lançar luz no caminho daqueles que procuram interpretar e compreender o instituto dos direitos fundamentais. Dito de outra forma, o estudo dos direitos

fundamentais não se dissocia do estudo da própria evolução social do homem.

2.2.3 O positivismo jurídico e o jusnaturalismo

Como já dito os momentos históricos dos direitos fundamentais são três (pré-histórico, momento da primazia do jusnaturalismo e o momento do constitucionalismo). Nos segundo e terceiro momentos há uma maior incidência do que pode ser compreendido como normatividade dos direitos fundamentais vez que nessas fases há uma maior incidência do Direito. Nesses momentos formam-se as bases do pensamento jusfilosófico de onde se retira, inclusive, a ideia de um direito fundamental material e formal[28]. Daí a importância de se analisar, ainda que rapidamente, o movimento jusnaturalista e o positivismo jurídico (segundo e terceiro momentos).

O século XVIII presenciou fortes discussões acerca do modelo de gestão estatal. É o século das luzes em que quase tudo é questionado. O modelo de Estado centralizador e absolutista começa a ver ameaçado sua existência.

Os séculos seguintes sofrerão forte influência das discussões havidas no período ilustrado (século XVIII). A burguesia europeia revela-se forte e ávida por assumir cada vez mais poder. Conflitos e revoluções serão constantes. Não por acaso essa fase, de forte influência liberal, é tida como de suma importância para o reconhecimento dos direitos fundamentais.[29]

No conturbado cenário sociopolítico do século XIX o Direito vê nascer as teorias positivistas. Essas teorias não surgem por um acaso. O momento social as enseja.

> O positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa. O período anterior à Revolução Francesa caracterizara-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões judiciárias. (FERRAZ JUNIOR, 1980, p.26)

28 Invocando o ensinamento de Robert Alexy e lembrando que deste entendimento comunga Gomes Canotilho, SARLET (2012) lembra as duas dimensões dos Direito Fundamentais: o material e o formal. Em sua dimensão material os direitos fundamentais se caracterizariam por sua fundamentação jusfilosófica. Na dimensão formal estaria a positivação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos.

29 "A teoria dos direitos humanos (...) foi incorporada pelo liberalismo, do qual é capítulo essencial. Não se olvide, porém, que é uma doutrina bem mais antiga que esta filosofia política, a qual não a construiu, mas a adotou e certamente enfatizou. Com efeito, no seu cerne está o jusnaturalismo a que já aderiam os estoicos. Mas é verdade que, do século das luzes em diante se tomou um dos princípios sagrados do liberalismo, sendo às vezes apresentado como o princípio liberal, por excelência." (FERREIRA FILHO, 2012, p.37).

Como observa BOBBIO, (1995, p.15) a "expressão positivismo jurídico deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural". Essa distinção já podia ser observada na Grécia antiga e no Império Romano. Citando Aristóteles em sua obra Ética a Nicômaco, BOBBIO transcreve:

> Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda na lei. Natural é aquela justiça que mantem em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada. (Aristóteles, apud BOBBIO, 1995, p.16)

Na época clássica o direito natural representaria um direito geral e o direito positivo um direito particular. O direito natural seria imutável e seria posto pela razão humana. Já o direito positivo teria origem no pensamento de um povo e teria validade para somente esse povo. Em Roma, da era clássica, o direito natural pode ser compreendido como o jus gentium e o direito positivo com o *jus civile*.

Já no medievo, a distinção entre direito natural e positivo passa pela figura do criador do direito. O positivo é criação humana, o natural, criação da própria natureza ou do divino. Nesse momento sobrevém a crença dos jusnaturalistas que admitem a posição cimeira do direito natural ao positivo. É também nesse período que se inicia a ideia de um direito criado pelo Estado (direito positivo) e um direito criado pela razão humana (direito natural). A origem dos "direitos" é importante para distingui-los e classifica-los como o direito que é bom (direito natural) e direito que é útil (direito positivo).

> A partir do século XVI, mais principalmente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Paralelamente, ocorre um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista (SARLET, 2012, p.27).

Na época clássica os direitos natural e positivo coexistem. Vale dizer, um e outro eram invocados de acordo com a situação posta. Já no final do século XVIII o direito positivo ganha espaço e a distinção entre direito natural e positivo perde sentido. É que para o juspositivista do século XVIII não há outro direito que não o positivo. Logo, direito em verdade é somente o direito positivo.

> O positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando o "direito

> positivo" e "direito natural" não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo "positivo" ao termo "direito" torna-se um pleonasmo. (BOBBIO, 1995, p.26)

Nos séculos XVII a XIX o mundo observará o surgimento e o aperfeiçoamento do Estado Moderno. Mesmo nos primórdios desse modelo de organização social, fica evidente o monopólio da produção jurídica pelo próprio Estado. O poder de criar normas para serem cumpridas por todos os súditos de um Estado é uma característica imanente ao Estado Moderno. Mesmo no absolutismo que vigorou na Europa por séculos essa verdade é inarredável. O iluminismo, que se opõe ao absolutismo, manterá a regra.

Nesse ponto surge uma inovação considerável no mundo jurídico. O juiz, que em outrora tinha grande liberdade para julgar, com a formação do Estado moderno, vê essa liberdade lhe ser tolhida. O juiz agora já não é mais um livre órgão da sociedade. Ele passa a ser um órgão do Estado, um funcionário do Estado. A tripartição de poderes e a visão de que o Poder Judiciário age de acordo com as normas emanadas do Poder Legislativo retira do juiz sua ampla liberdade de decidir conforme seu livre apreciar.

> Se definirmos, então, o ordenamento jurídico como o conjunto de regras acolhidas (ou que tem a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz, e mantermos presente este esquema conceitual, compreendemos porque em certa época se falava em direito natural e de direito positivo enquanto agora se fala apenas em direito positivo. Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ainda poderia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípio da razão natural. Todas estas regras estão no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção constituíam "fontes do direito". O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural). (BOBBIO, 1995, p.258)

O direito positivo fica vinculado ao formalismo – somente o Estado cria normas gerais através do Poder Legislativo – e ao imperativismo – do Estado emanam regras de comportamento e o Estado exige o cumprimento dessas regras. Somente Lei criada pelo Estado é exigível a todos. "O dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da

própria lei". (BOBBIO, 1995, p.74)

Os estados nacionais estão se firmando nos séculos XVII e XVIII. A sobrevivência deles depende de normas coercitivas – aplicáveis a todos os súditos - que possam manter sua integridade. O direito não pode ser mais objeto de contemplação (direito natural), há que ter utilidade (direito positivo). Norberto Bobbio (1995, p.120), afirma que "em síntese, o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social".

Com os eventos da Revolução Francesa (1789) o modelo de atuação judicial foi questionado. Uma maior garantia para os cidadãos frente ao Estado era uma exigência. O processo de constitucionalização representou parte dessa garantia. Mas essa não foi a única transformação paradigmática do Direito. Também o respeito à lei – em oposição aos voluntarismos do monarca absoluto – era necessário. A lei representa a vontade popular e seus ditames não podem ser questionados e nem conspurcados por quem quer que seja. Nem mesmo aos juízes é dado interpretar a lei. Devem cumpri-las tão somente. É o juspositivismo.

No florescimento do juspositivismo surge outra tendência inovadora no mundo jurídico: a codificação das leis. Em que pese resistências e embates filosóficos intensos entre juristas e estudiosos nos séculos XVIII e XIX o fato é que o direito observou, na Europa continental, um processo em que as leis do Estado tendiam a uma codificação. Momento em que o mundo observava o desenvolvimento das ciências naturais, também o direito queria ser revestido de maior rigidez metodológica. Luiz Roberto Barroso (2005) lembra que "em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça". Um direito fundado somente na racionalidade humana, mais acessível ao povo e criado com regras próprias a merecer métodos próprios de interpretação levaram ao fenômeno da codificação cujo marco é o Código de Napoleão de 1804.

> Direito positivo é o direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como "lei". Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação. (BOBBIO, 1995, p.119)

A imbricação entre Direito Natural e Direito Positivo é de extrema relevância para o estudo dos direitos fundamentais vez que, "o paralelismo e a interpenetração entre

a evolução na esfera filosófica e o gradativo processo de positivação resultou na constitucionalização dos direitos fundamentais no final do século XVIII" (SARLET, 2012, p.26). Não há, pois, como dissociar, no âmbito dos Direitos Fundamentais, as bases filosóficas – Direito Natural – das bases racionais – Direito Positivo.

2.2.4 Dimensões ou gerações de direitos fundamentais

O emprego dos termos "gerações" ou "dimensões" aqui esposados é realizado de maneira consciente. Vale dizer, o caráter meramente didático havido na divisão geracional ou dimensional dos Direito Fundamentais[30] é aqui utilizado com o mesmo propósito: compreensão didática de uma evolução histórica que, por certo, não permite a afirmação de que os direitos fundamentais foram surgindo em etapas estanques e que se sobrepõe.

No ano de 1979, o jusfilósofo tcheco Karel Vasak foi convidado para proferir a aula magna no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo na França. Consta que não havendo tempo para preparar sua aula o professor improvisou e fez um paralelo com as cores da bandeira francesa (azul, branco e vermelho) e que representam o ideário da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) com a evolução dos Direitos Fundamentais ao longo dos séculos. Eis aí a formação da ideia de se associar a conquista dos direitos fundamentais com uma evolução histórica em gerações.

A primeira geração dos direitos fundamentais seria aquela inerente aos direitos civis e políticos. São esses direitos os mais ligados às teorias contratualistas de formação dos Estados Civis. "São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social" (LAFER, 1988, p.127). Esses direitos representam a ideia da liberdade do homem contra o poder absoluto do Estado, mas não só. Representam a ideia de liberdade do homem também contra seus pares.

Esta primeira geração de Direitos Fundamentais surge da necessidade de

[30] Com precisa dicção Ingo Sarlet (2012, p.40) sobre o tema: "Na mesma linha crítica, a enfática observação de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, quando refere que a noção da existência de gerações de direitos, tal qual concebida originalmente por Karel Vasak, "não passa de uma forma acadêmica de facilitar a reconstrução histórica da luta pela concretização dos direitos fundamentais", o que, a despeito da substancial correção do argumento colacionado (e que, neste sentido, acaba alcançando também o termo "dimensões" ou outro que o venha a substituir), não deslegitima a imagem metafórica e o seu inerente simbolismo, desde que, à evidência, se esteja sempre ciente de que ela não reproduz o devir histórico dialético e dinâmico que marca a formação ere construção dos direitos e deveres fundamentais ao longo dos tempos."

confrontar o homem em sua individualidade e o Estado – nobreza e clero. São os direitos reivindicados no século XVIII com as Declarações Norte-Americana e Francesa. São os direitos que visam frear o poder absoluto do Estado.

Os direitos fundamentais de primeira geração têm forte supedâneo nas ideias liberais. A liberdade e a propriedade são seu escopo. Porém, com o desenvolvimento da liberdade individual surgem desequilíbrios de ordem econômica e social que culminam na formação de classes sociais. Há os que detém a capacidade de produzir – capital - em razão das liberdades conquistadas e há os que podem somente ofertar sua força de trabalho. Surge, pois, a luta de classes, a luta entre o capital e o trabalho.

Assim, no século XX, mediante revoluções, conflitos e reivindicações dos excluídos que na ciranda do capitalismo "procuram garantir o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo" (LAFER, 1998, p.131) surgem debates sobre o direito ao trabalho, à saúde e à educação. O titular de tais direitos é indivíduo – ser humano - e o sujeito passivo o Estado. Visualiza-se, neste momento histórico, a conquistas dos direitos fundamentais de segunda geração.

Neste momento o Estado é convocado a agir, a prover. Anteriormente a função do Estado – primeira geração – tinha um caráter mais próximo de abstenção, de garantir a liberdade. Agora, o caráter é de ação. De garantir a igualdade.

No desenvolvimento histórico dos Direitos Fundamentais chega-se à terceira geração destes. O foco continua sendo o homem, porém, visto em suas relações sociais. Visto como coletividade. "O titular destes direitos deixa de ser a pessoa singular, passando a sujeitos diferentes do indivíduo, ou seja, os grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade" (LAFER, 1988, p.131).

São direitos reclamados por grupos de excluídos do processo de desenvolvimento social propiciado pelo capitalismo e pela evolução tecnológica.

A terceira geração de direitos fundamentais liga-se à ideia de fraternidade. Pretende-se reconhecer direitos fundamentais ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, à comunicação, ao desenvolvimento, aos direitos dos consumidores. É a vez de reconhecer a vulnerabilidade de grupos humanos como criança, idosos, portadores de limitações físicas e moléstias crônicas, etc. É um produto do século XX. Século que apresentou à humanidade o que há de pior no ser humano legando-lhe a memória de duas guerras mundiais e de uma centena de conflitos regionais em que milhões pereceram.

Não por acaso a terceira geração de Direitos Fundamentais tem forte ligação com

o Direito Internacional. Em 1948, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Como lembra Norberto Bobbio (1992, p.34) "A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro..."

A quarta geração dos Direitos Fundamentais volve os olhos para a questão ética havida no desenvolvimento de tecnologias relacionadas à manipulação genética do genótipo humano. Norberto Bobbio (1992, p.6) entende que a quarta geração de direitos do homem refere-se "aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo". A chamada bioengenharia ou biotecnologia desenvolveu-se de maneira tão profunda no século XX e XXI que limites à sua atuação tiveram que ser pensados. O que se pretende proteger, em última análise, é o direito de existir da raça humana tal como ela é.

Há autores que vislumbram os direitos fundamentais de quinta geração como aqueles que se relacionam-se com a "realidade virtual e caracterizam-se pela preocupação do sistema jurídico com a difusão e o desenvolvimento da cibernética na atualidade" (MOURA, 2005), A preocupação se volve para a internet e para a robótica que impactam fortemente a vida de todos os seres humanos no planeta.

Há, ainda, os que preconizam ser o direito fundamental de quinta geração o direito a paz. Nas palavras de Paulo Bonavides (2008) "o direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas." Defende o catedrático do Ceará que o idealizador da divisão geracional dos diretos fundamentais, Karel Vasak, mencionou o direito à paz como um dos direitos fundamentais de terceira geração. Todavia, Vasak elencou o direito à paz no amplo espectro da fraternidade que caracterizam os direitos fundamentais de terceira geração segundo a divisão geracional por ele próprio criado.

Entendendo ser o direito à paz algo especial e uma nova tendência, Paulo Bonavides opta por vislumbrar nesse direito uma quinta geração de direitos fundamentais a ensejar maior atenção inclusive para sua normatização.

2.2.5 O contratualismo e a origem do Estado

Assim como ressalvado na análise acerca das gerações dos direitos fundamentais em que se assentou a ideia de que a divisão geracional é meramente pedagógica, tem-se

que o emprego da teoria contratualista de formação dos Estados Civis ora trazida também não se faz sob o argumento de que o Estado, de fato, surgiu em decorrência de um contrato social realizado em tempos imemoriais enquanto os homens viviam em estado de natureza. Todavia, essa retórica é válida vez que se coaduna com a ideia de um direito natural imanente aos seres humano e, por consectário, se coaduna com a ideia de direitos fundamentais que são inerentes aos seres humanos antes mesmo de o Direito os reconhecer e pretender assegurá-los.

Para as teorias contratualistas os homens, em uma fase pré social, viveriam em estado de natureza. Nessa condição há o império da violência e da discórdia segundo o entendimento de Thomaz Hobbes. Para Rousseau esse estado seria de felicidade e de benevolência até que o primeiro indivíduo cercou o primeiro pedaço de terra e disse que era seu. Daí em diante o estado de natureza de Rousseau se degenera para o estado de natureza hobbesiano.

Hobbes, no século XVII, teorizou sobre o contrato social, Estado e governo com vistas a justificar o absolutismo que vigorava à época. O pensador inglês concebeu o estado de natureza como um momento em que o homem seria lobo do próprio homem. O homem viveria em guerra de um contra todos. No estado de natureza a vida "é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta" (HOBBES, 1979). Nesse estado reinaria o grande medo que o autor afirma ser a morte violenta. Não há garantia à vida e nem à propriedade. A lei vigente seria tão somente a do mais forte.

No pensamento de Thomas Hobbes a razão maior de se formar o pacto social e com ele obter-se um Estado Civil é a manutenção da segurança dos súditos. Afinal, em sua construção, no Estado de Natureza não há exercício de direitos, mas império da violência. Para Hobbes o Estado é:

> Uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. (HOBBES, 1979, p.49)

O filósofo genebrino, Jean-Jacques Rousseau (século XVIII), sustenta uma visão diferenciada sobre o estado de natureza. Para o filósofo iluminista o ser humano nasce naturalmente bom – mito do bom selvagem – sendo o meio social que o corrompe.

Surgindo no meio social a ideia de propriedade privada inicia-se a sublevação. Daí por diante os homens, degenerados, dão ensejo ao estado de beligerância que se

assimila ao estado de natureza hobbesiano.

Para voltar à ordem social, Rousseau (1987) idealiza “uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado”. Esta forma é o Estado.

John Locke (século XVIII) defende que no estado de natureza o homem goza de direitos embora não haja ainda o governo civil instituído. No estado de natureza os homens são iguais e podem, ao seu talante, usar de qualquer meio para garantir o que entenda ser seu direito. Há, como consequência, uma insegurança acentuada já que o exercício e a defesa de direitos admitem excesso pela falta de regramento.

O homem, então, abre mão de sua liberdade e admite a sujeição e submissão ao domínio de outro poder instituído pelo consenso entre seus iguais. O intento é estabelecer uma espécie de liberdade garantida. Para tanto surge a necessidade de uma sociedade politicamente organizada e regulada por uma instituição comum a todos. Uma instituição que supra as carências e deficiências do estado de natureza, garantindo os homens a proteção da vida, da liberdade e da propriedade. Eis aí o Estado Civil de Locke.

Como se nota, os teóricos de maior expoente que tentaram explicar a formação dos Estados Civis por meio da metáfora do contrato social, o fazem enaltecendo a segurança como condição necessária à sobrevivência do homem no ambiente e em sociedade. A inclemência da natureza obrigaria o homem ao convívio social. É em sociedade que se transforma a natureza a favor do homem – ideia de trabalho – e se enfrenta os perigos. Mas em sociedade – conceito diverso de comunidade já que sociedade pressupões coexistência de seres com interesses variados e não raro conflitantes – tem-se os embates constantes entre os indivíduos. Se não houver regras de convivência o desarranjo social é consequência. Por isso a importância do Estado a ditar regras de convívio social.

2.2.6 A segurança pública como direito fundamental

No atual quadro de desenvolvimento do constitucionalismo pode-se afirmar, como o faz Paulo Bonavides (2000, p.561) que os “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”. Note-se que na asserção do professor não se condiciona o reconhecimento dos direitos fundamentais à positivação destes, mas ao acolhimento destes pelo ordenamento jurídico. Continuando no raciocínio do catedrático cearense tem-se que “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida

na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse" (BONAVIDES, 2000, p.561)

José Afonso da Silva (1999, p.183) sustenta que a natureza jurídica dos direitos fundamentais "são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana". Ao dizer dos caracteres desses direitos, o reconhecido constitucionalista assevera que esse tema se desenvolve à sombra das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do homem, de onde promana a tese de que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis e imprescritíveis. Já nos aspectos positivos os caracteres são a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade.

Como se nota a menção a positivação ou não dos direitos fundamentais liga-se ao conceito impreciso do termo que, não raro, é empregado como sinônimo de direitos do homem ou direitos humanos[31]. No presente estudo, todavia, a sinonímia não compromete.

O termo "segurança" aparece no texto da Constituição Federal de 1988 várias vezes. Nem sempre o sentido empregado a esse vocábulo é o mesmo. José Afonso da Silva (2009, p.635) diz que o termo "segurança" "assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica".

Já no preâmbulo[32] da Constituição da República Federativa do Brasil há o emprego do termo segurança. Invocando o divino e afirmando suas intenções de promover uma Carta que reconhece o Estado Democrático como princípio e o exercício pleno dos direitos fundamentais conquistados ao longo dos séculos como fim, os legisladores constituintes acabam por aproximarem-se dos preceitos havidos no direito natural que, como já visto, é uma das fontes de identificação dos direitos fundamentais.

No afamado artigo 5º da Carta de 1988 mais uma vez o legislador cita a

[31] "O termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com documentos de direito internacional por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram a validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional" (SARLET, 2012, p.31)

[32] Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.(BRASIL, 1988).

segurança.

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, **à segurança** e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988, Grifo nosso).

Desta feita o enfoque é o direito fundamental à segurança individual (SILVA, 2009). Trata-se do direito do homem em viver mantendo sua incolumidade física e psíquica. Trata-se do direito mais elementar: o direito à vida. É um direito fundamental que pode, na teoria de Vasak, ser enquadrado como de primeira geração.

Já o artigo 6º da Carta da República brasileira deve ser visto como um direito fundamental social. "Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Trata-se de direito fundamental que acompanha os direitos fundamentais de segunda geração.

> Aqui, segurança é definida como espécie de direito social. Portanto, há de se falar de outra forma de direito. Como direito social, a segurança é especialmente a obtenção de uma convivência social que permita o gozo de direito e o exercício de atividades sem perturbação de outrem. Vale dizer, direito à segurança no artigo 6º, prende-se ao conceito de segurança pública. (SILVA, 2009, p.187)

O festejado constitucionalista mineiro, como visto, assenta o entendimento de que a segurança pública, no texto da Constituição Federal de 1988 associa-se à ideia de um direito fundamental de segunda geração vez que insculpido no rol dos direitos fundamentais sociais do artigo 6º da Carta da República. Todavia, ao comentar o artigo 5º da Carta, José Afonso da Silva o faz nos seguintes termos:

> [...], no entanto, não impede que ele seja considerado um conjunto de garantias – natureza que, aliás, se acha ínsita no termo 'segurança". Efetivamente, esse conjunto de direitos aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou incolumidade física ou moral): segurança das relações jurídicas (art. 5º, XXXVI), segurança do domicílio (art. 5º, XI), segurança das comunicações pessoais (art. 5º, IV) e segurança em matéria penal e processual penal (art. 5º, XXXVII-XLVII) ". (SILVA, 2008, p.72)

É de se notar que o direito à segurança assegurando no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, portanto, também enseja sua associação àquela ideia de segurança

pública destacada nos comentários ao artigo 6º que versa sobre direitos fundamentais sociais. É que a segurança que se pretende dar aos seres humanos no artigo 5º é o de garantia da vida e do convívio social. É a segurança de uns contra os outros e de todos contra o Estado caso ele viole garantias. Isso se dá precisamente porque, como ensina Valter Foleto Santin (2004, p.80) "o direito à segurança pública sempre teve destaque em todas as gerações de direitos conhecidas, figurando, de modo indistinto, em qualquer forma ou regime político que um determinado Estado tenha adotado". Logo, não é forçoso concluir que uma das razões de existência do Estado seja promover a segurança pública. Sem segurança pública a própria gênese do Estado é colocada em dúvida.

> Como a convivência harmônica reclama a preservação dos direitos e garantias fundamentais, é necessário existir uma atividade constante de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas. Daí a razão de ser da segurança pública do Estado, isto é, manter a paz dentro da adversidade, pois é dentro do embate de interesses antagônicos que emerge o seu papel fundamental, qual seja, o de procurar manter o equilíbrio nas relações sociais. (BULOS, 2008, p.1175)

A segurança pública está, pois, reconhecida como direito fundamental na Constituição Brasileira e se posiciona em primazia vez que é na existência dela que se tem um Estado apto a garantir os demais direitos fundamentais. Contrario sensu, sem ela não há sequer Estado.

2.2.7 O direito à segurança pública: razão primeira de existir do Estado.

É patente que as teorias contratualistas de formação dos Estados Civis que permitiram a evolução aos Estados Nacionais dos dias atuais evocam a segurança dos súditos como razão principal de existir do próprio Estado. Qualquer outra teoria de criação do Estado tenderá, ao fim e ao cabo, a mesma conclusão. "O homem é levado a associar-se por instinto social (analogia a Grócio), mas esse instinto é considerado como derivação do interesse (analogia a Hobbes). O fim do Estado é a *pax et securitas communis*"[33]. (DEL VECCHIO, 2006, p.82).

Essa pretendida segurança abarca o conceito de segurança jurídica, segurança social, segurança externa e segurança pública. José Afonso da Silva (2009, p.229) abeberando-se nos ensinamentos de Jorge Reinaldo Vanossi define a "segurança jurídica"

[33] *Pax et securitas communis* (= "a paz e a segurança comum").

como um “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. Ainda no ensinamento do jurista mineiro tem-se que "segurança social” se refere à “previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas” e a segurança nacional que diz respeito “às condições básicas de defesa do Estado”.

Como se percebe, o conceito de segurança é amplo. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p.549) define segurança como “uma garantia, e, por extensão, um conjunto de atividades que a salvaguardam em favor de indivíduos, grupos, nações, estados e organizações de Estados, opondo-se contra tudo que lhes possa oferecer perigo à existência e a seu progresso.

No amplo espectro conceitual de segurança há aquele que agasalha o termo com significado de “segurança pública”, de proteção, de manutenção da ordem social e da incolumidade das pessoas, de garantia de direitos e da própria cidadania. Nos termos empregados na Carta brasileira de 1988 “segurança pública” pode ser entendida, nas palavras de Bulos (2008, p.1175) como “a manutenção da ordem pública interna do Estado. (...) A ordem pública interna é o inverso da desordem, do caos, da desarmonia social, porque visa preservar a incolumidade da pessoa e do patrimônio.” (BULOS, 2008, p.1175). Tem-se, assim, a associação de “segurança pública” com a convivência harmoniosa em sociedade. É esta a maior segurança que almejavam os “subscritores” do contrato social e ainda almejam os seus descendentes.

Por certo todos os conceitos de segurança já esposados são importantes para o Direito e para a vida social O Direito é orgânico e dinâmico. Vale dizer, o Direito é feito de partes que se completam e está ele próprio em constante evolução.

A segurança pública em tempos longínquos tencionava evitar atos de barbárie e violência cometidos por uns contra os outros. Atualmente, com a evolução social em que se vê o homem numa sociedade hipercomplexa, o conceito de segurança se alarga e com ele o de “segurança pública”. O antigo guarda de quarteirão do Brasil colonial já não pode mais garantir o direito de ir e vir dos cidadãos comuns. Um juiz de paz do Império já não conseguiria pôr termo a pequenas desavenças sociais. As temidas cadeias públicas de outrora dão lugar a presídios de segurança máxima. Apesar dessa evolução histórica, os cânones de formação do Estado continuam o mesmo: junção de vários em torno de uma entidade – Estado – que garanta a todos a “segurança pública”, a ordem, a incolumidade das pessoas e o patrimônio. O direito fundamental à “segurança pública” perpassa, pois,

todas as gerações dos direitos fundamentais. É um direito fundamental pangeracional.

2.2.8. Sem segurança perece o Direito, sem o Direito fenece o Estado

O homem, por essência, é um ser gregário. A vida isolada é a própria negação do sujeito. É em sociedade que o homem se realiza como criatura racional que, para os cristãos, foi feito à imagem e semelhança do próprio criador. Não há, pois, como conceber o animal humano como sujeito a não ser visualizando-o no convívio social. A história desse homem se confunde com a própria história do Estado e do Direito.

Para a vida em sociedade os racionais seres humanos viram a necessidade de criação de regras a permitir o convívio social. Seriam essas regras que evitariam que os conflitos naturalmente aflorados entre os membros da sociedade pudessem descambar para o próprio ocaso da vida coletiva.

Teorizando sobre essas regras os racionalistas dos séculos XVII e XVIII desenvolvem a teoria do contrato social pelo qual os homens, abrindo mão de alguns direitos, aceitam a figura de uma entidade – Estado – a regular-lhes a vida social. O contratualista e teórico do Absolutismo Thomas Hobbes, em seu clássico *O Leviatã* vaticinou: "os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém". Nesse momento, a busca da segurança é a grande razão da "subscrição" de todos ao "contrato social".

> Enquanto Grotius reportava-se ao "impulso social à convivência pacífica", o qual remetia o indivíduo a vida estatal, Wolf destacava a busca da suficiência de vida, a tranquilidade e a segurança como o móvel dessa empreitada. Hobbes justificava a existência estatal em face do medo do homem ao próprio homem – *homo hominis lupus* –, ao passo que Locke, assim como Rousseau, referiam-se à necessidade de proteção da propriedade. (ZACARIOTTO, 2005, p.87)

Com o incremento da vida social surge a compreensão de que direitos essenciais devem ser reconhecidos para manter a vida societária. Esses são os direitos fundamentais que, divididos em gerações, açambarcam os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade com toda amplidão e derivações que estes termos encerram no âmbito da filosofia e do direito. Desses subjetivos termos exsurgem os direitos fundamentais como direitos inerentes aos seres humanos desde de que povoam o planeta.

A concepção geracional dos diretos fundamentais se desenvolve para sedimentar a compressão de que esses direitos decorrem de uma evolução histórica que ainda não

findou. Os direitos fundamentais são inatos. Não são criados. Antes, são reconhecidos. A edificação desses direitos não se dá por etapas estanques que condicionam o reconhecimento de um tão somente após a plena implementação de um outro que o anteceda cronologicamente. Como ensina Norberto Bobbio, (1992, p.1) "o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das constituições democráticas modernas". Mas a edificação desses direitos ainda é obra inacabada.

Como se percebe é notória a dependência que os direitos fundamentais têm da "segurança pública" que também é um direito fundamental. Não há como se garantir direito algum se não houver regras de convivência social que salvaguardem a segurança do sujeito de direitos. Em um estado de direito o homem é senhor de direitos, mas na desordem, na barbárie, na convulsão social essa afirmação nada vale. Dignidade humana, liberdade de ir e vir, direito a propriedade, direito ao sufrágio, direito ao trabalho, etc. Tudo soçobra se não houver "segurança pública". Basta um dia sem o aparato estatal guarnecer as avenidas e os campos com seus agentes destacados para promoverem a segurança pública para que, de forma chocante, essa verdade se confirme.[34] De nada vale uma escola se nelas, por insegurança, não puderem entrar professores e aluno. De nada valem os hospitais se neles, por insegurança, não puderem permanecer os médios e os enfermo. De nada servem os fóruns se nele, por insegurança, não puderem ingressar réus, defensores e magistrados.

Apropriando-se, com a devida vênia, da precisa afirmação de Paulo Bonavides (2008) para quem "o direito *à paz* é o direito natural *dos povos*. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na *paz perpétua de Kant*" e trazendo para os argumentos do presente texto, tem-se que: o direito à *segurança pública* é direito natural da *sociedade*. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau, Hobbes e Locke ou que ficou implícito como um dogma no *imperativo categórico de Kant*.

2.3 A polícia judiciária no estado de direito e seus princípios fundamentais

[34] Por certo o aparato policial não é o único promotor da segurança pública. Todavia, sua importância é inarredável. Sua ausência é inimaginável em qualquer sociedade desse século. O Brasil tem presenciado essa dura realidade. Eis o editorial do Jornal Estadão de 07 de fevereiro de 2017: "A greve de Policiais Militares no Espírito Santo causou um verdadeiro caos social com assaltos, troca de tiros e saques em vários pontos das cidades do estado. As cenas das tropas do exército entrando em Vitória sob aplausos da população mostram o alívio de uma cidade praticamente sitiada pelo crime. O que aconteceu no Espírito Santo deixa claro vários dos problemas da Segurança Pública no Brasil. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/a-crise-da-seguranca-publica-no-espirito-santo-e-as-licoes-para-o-brasil/>

Para se estudar e tentar compreender a Polícia Judiciária que vigora na atual quadra há que se promover uma digressão à própria formação do Estado Democrático de Direito. Lembra Priscila Brunello (2015) que "as noções modernas de direitos humanos, polícia judiciária e de poder judiciário estão intimamente ligados, pois apresentam origens históricas comuns.". Destaca a autora que a formatação moderna destes conceitos está vinculada aos fatos observados no contexto da Revolução Francesa de 1879.

Como já foi pontuado alhures os teóricos de maior expoente que tentaram explicar a formação dos Estados por meio da metáfora do contrato social, o fazem enaltecendo a segurança como condição necessária à sobrevivência do homem no ambiente e em sociedade. Ainda que se tenha a formação originária dos Estados calcadas em outras teorias, a necessidade de segurança social será sempre lembrada.

É nesse contexto que se observa o surgimento da Polícia moderna e é nesse momento que se admite haver a gênese da Polícia Judiciária. (ZACCARIOTTO, 2005).

O Estado sempre atentou para a necessidade da segurança interna e externa. É esta uma de suas razões fundantes. Todavia, se é no calor dos acontecimentos do final do século XVIII que se verifica a gênese dos Estados Democráticos de Direito dos séculos seguintes e do constitucionalismo, é também nesse período que se vislumbra o nascimento de uma polícia de Estado e não mais de governo.

Como fundamento para a criação de uma polícia moderna e voltada à proteção dos cidadãos tem-se a própria Declaração do Direito dos Homens e do Cidadão de 1789 que prescreve *in verbis*: "Art. 12.º A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.".

Alguns anos depois, como consequência direta dos fundamentos da separação de poderes (BUSNELLO, 2015) em 1795, surge na França a Lei do 3 do Brumário. Nele há a previsão de existência de duas polícias: uma administrativa e outra judiciária.

> A polícia administrativa tem por objetivo a manutenção habitual da ordem pública em toda a parte e em todos os setores da administração geral. O seu fim é, principalmente, o de prevenir delitos. A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não impediu que se cometessem, reúne as respectivas provas e entrega os autores aos tribunais encarregados por lei de os punir.

Eis, pois, o contexto de nascimento de uma polícia moderna cuja existência se

volve para a cidadania. Uma polícia que não deveria agir para favorecer governantes, mas para garantir direitos. Uma polícia que se enquadra nos cânones de um Estado Democrático de Direito que pode ser definido como "uma forma de Estado em que se estabelece uma autolimitação do poder (não apenas punitivo, mas toda forma de poder estatal) em função de garantias de direitos fundamentais". (PEREIRA, 2015).

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe em seu artigo primeiro a afirmação de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Emanam desse mandamento constitucional três conceitos que evoluíram ao longo da história ocidental: *Estado, Democracia e Direito.*

Com efeito, o conceito de Estado encerra a conformação de três elementos essenciais: população, território e poder (AZAMBUJA, 1989, p.27). Democracia, por sua vez, é termo controverso a ensejar diversas conceituações. Admitindo a singeleza de sua própria definição, Norberto Bobbio (2006, p.22) diz ser o regime democrático "primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados". Também de difícil restrição é o conceito de Direito. Kelsen chega a reconhecer o Estado e o Direito como sinônimos. Nos ensinamentos de José Afonso da Silva (1999, p.123) o conceito de Estado de Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Em verdade, continua o autor, o que se tem é a criação de "um conceito novo que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo". Em suma, "a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, porque assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia nem liberdades públicas" (BULOS, 2015, p.511).

É nesse cenário de Estado Democrático de Direito que deve ser percebida a Polícia Judiciária enquanto órgão estatal e enquanto função do Estado na proteção e garantia de direito fundamentais. É nesse ambiente, pois, que se deve revisitar o conceito de divisão das polícias em duas já no imaginário do legislador francês no período revolucionário. Em verdade, nos tempos atuais, Luige Ferrajoli aponta esta distinção que não é nova como já visto. Afirma o mestre italiano:

> As diversas atribuições, por fim, deveriam estar destinadas a corpos de polícia separados entre eles e organizados de forma independente não apenas funcional, mas também, hierárquica e administrativamente dos diversos

> poderes aos quais auxiliam. Em particular, a polícia judiciária, destinada à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender. (FERRAJOLI, 2008, p.800)

De se notar, pois, que as polícias têm origem em tempos imemoriais vez que a ideia de que um grupo de indivíduos destacado de uma sociedade e dedicado a manter a segurança e a paz desta parece existir em todos os rudimentos de Estados. Já a Polícia Judiciária surge no decorrer dos movimentos revolucionários do século XVIII onde se revela não mais ser tolerável uma polícia agindo em favor dos governantes. Os movimentos revolucionários reconheciam a importância das policias, mas a queriam para proteger a sociedade e não o mandatário e seus interesses. Nesse período verificou-se a importância da separação das funções de polícia em administrativa e judiciaria. É que esse desenho calhava ao ideário da época em que se pretendia afastar os abusos do Estado Absoluto e se almejava uma polícia isenta que identificasse o autor de crimes pela culpa e não pela lupa dos poderosos. Essa divisão calhava também aos princípios da separação de poderes.

Nessa linha histórica e filosófica encontram-se argumentos que arrimam a factível tese de que uma Polícia Judiciária verdadeiramente autônoma e desvinculada de Poder Executivo tal como aponta Ferrajoli é mais uma garantia para o pleno funcionamento de um Estado Democrático de Direito. A bem da verdade tal percepção já fora apreendida pelo espírito inovador dos revolucionários de 1789.

Eliomar da Silva Pereira observa na Polícia Judiciária quatro dimensões a saber: institucional, funcional, organizacional e procedimental. Segundo o mencionado autor "A polícia judiciária é, antes e sobretudo, uma instituição jurídica que pressupõe tanto uma organização específica quanto um procedimento próprio, cuja função de investigação criminal é essencial ao exercício da jurisdição penal. (Eliomar, 2019, p.75).

Nesse ponto é de se verificar ser a Polícia Judiciária uma instituição que tem origens históricas detectáveis e cuja apresentação na realidade social faz-se clara em vários sistemas nacionais de justiça criminal mundo afora.

Em todo ordenamento jurídico em que existe a figura institucional da Polícia Judiciária a ela é reservada a função central de investigação criminal.

Relativamente aos órgãos estatais que incorporam a instituição Polícia Judiciária tem-se no Brasil da atualidade (Constituição Federal de 1988) as Polícias Civis estaduais

e a Policia Federal.

Já quanto ao procedimento exercido pela Polícia Judiciária, aquele que representa a materialização de sua função de investigação criminal, no Brasil é registrado o inquérito policial.

2.4 A Polícia Judiciária moderna e sua dupla função: proteger (eficiência) e garantir (garantismo)

Nos anos de 1990 a chamada Administração Pública Gerencial (APG) passou a fazer parte da agenda governamental no Brasil. Um de seus implementadores no âmbito do governo federal foi o então ministro Bresser Pereira. Ele próprio afirmava que "a constatação, cada vez mais evidente, que a causa básica da grande crise dos anos 80 foi o Estado, com sua crise em três dimensões principais: fiscal, do tipo de intervenção estatal e do modelo burocrático" (BRESSER PEREIRA, 1998, p.23) enseja uma mudança estrutural na Administração Pública brasileira.

O modelo de APG visava suplantar o modelo então vigente que era o modelo burocrático. Por APG pode-se entender a busca de incorporação, pela administração pública, de uma racionalidade gerencial. Trata-se de almejar um conjunto de medidas direcionadas para o aumento da eficiência e a elevação da produtividade das organizações estatais, utilizando-se de mecanismos e técnicas já consagrados na gestão corporativa.

Contudo, essa suposta transladação de técnicas e práticas da administração corporativa para a Administração Pública não é algo simples. O próprio Bresser Pereira (1998, p.7) ressalva que "a função gerencial foi desenvolvida no âmbito das empresas privadas, mas sua introdução no setor público não pode ser uma simples importação de métodos empresariais". As características da administração pública infligem adaptações, principalmente, em razão da forte incidência de fatores jurídicos e políticos que ocorrem na arena de discussões públicas.

Dentre as ferramentas de extrema importância na administração privada, mas de difícil adequação na administração Pública está a aferição de indicies de desempenho de organizações e de seus membros. Segundo Matias-Pereira (2008, p.105) "muitos dos serviços públicos são difíceis de serem medidos em termos de eficiência e avaliação de performance, o que dificulta a aplicação dos métodos propostos". É dizer, a aplicação de aferição de desempenho na Administração Pública é um dos maiores desafios do gestor.

Considerando que a Polícia de forma geral e a Polícia Judiciária de forma

específica são órgãos da administração direta e prestam serviços públicos, tem-se que a dificuldade de aferição de resultados e mensuração de desempenho das agências policiais e de seus membros se enquadram nas ressalvas acima. Ademais, levando-se em conta a complexidade das múltiplas tarefas exercidas pelas polícias (desdobramento de suas funções precípuas de prevenir e reprimir o crime) essa missão ganha contorno de fortes imprecisões e incertezas.

Como dito, a polícia moderna tem duas funções principais: prevenir e reprimir delitos. Em regra, a tarefa de prevenir ocorrências criminais mundo à fora é entregue a um corpo de polícia ostensivo (no Brasil Polícias Militares e Policia Rodoviária Federal). Essas organizações tem o relevante papel de evitar que o crime ocorra. Já as Polícias Judiciárias (no Brasil Polícias Civis e Policia Federal) tem o papel de investigar a autoria, a materialidade e as circunstâncias daqueles crimes que o aparato policial ostensivo não conseguiu evitar que ocorresse.

Wellington Clay Porcino Silva (2015) apresenta cinco modelos de gerenciamento de segurança pública que podem ser encontrados no mundo e que, respeitadas as peculiaridades do Brasil, podem aqui ser aplicadas. São eles: policiamento comunitário, policiamento orientado pela inteligência, policiamento orientado por problema, policiamento preditivo e o *compsat*. Na sequência: os modelos, uma breve explanação e exemplo de como poderiam favorecer os trabalhos da polícia.

- *Policiamento comunitário* – aplicado com melhores resultados em áreas territoriais menores, tal modelo tem a vantagem de promover a interação entre os órgãos policiais e a comunidade que passa a ser, a um só tempo, demandante de ações e informadora de situações.

  (Ex.: em determinado bairro os moradores comunicam-se diariamente com policiais que ali atuam. Uma relação de confiança mútua tende a se desenvolver. Dessa relação permite-se que o morador indique os problemas locais e também repasse informações de atuação de suspeitos da prática de crime.)
- *Policiamento orientado pela inteligência* – trata-se de modelo que realiza análise de vínculos entre diversos crimes, suas características, seus agentes (autor e vítima) e suas circunstâncias com vistas a identificar padrões que possam orientar a tomada de decisões dos gestores policiais. Considera-se ainda a participação de outras agências e fontes de informação.

  (Ex.: enfrentamento ao tráfico de drogas em que se verifica movimentação de grandes somas de dinheiro. O rastreamento de valores por intermédio de ações de

cooperação com outras agências públicas e privadas pode favorecer a identificação de organizações criminosas)

- *Policiamento orientado pelo problema* - modelo que pretende analisar casos concretos de ocorrências de crimes com vistas a promover a resolução de problemas criminais concretos a partir de uma análise detalhada dos fatores que lhe deram causa.

  (Ex.: elevado índice de homicídio em dada região onde se observa intensa disputa por espaço por parte de traficantes de drogas. Tem-se no caso uma imbricação entre tráfico e homicídio. A estratégia de atuação deve levar esse fato em consideração para solucionar o problema.)

- *Policiamento preditivo* – utilizando-se técnicas de análise de grande quantidade de dados relativos a ocorrências criminais para direcionar os focos principais das ações policiais. Trata-se de modelo que analisa dados inclusive de georreferenciamento para identificação de áreas com maiores e menores índices de crime a fim de favorecer o tipo de intervenção policial mais adequada.

  (Ex.: mapeamento da cidade como forma de verificar os locais com maior ocorrência de roubo de veículo. Registram-se os tipos de automóveis roubados, a as características de como ocorreram os roubos, horários, dias da semana, etc. Com essas informações pode-se levantar ainda rotas de fuga e eventual local de desmanche dos automóveis. Tudo isso pode indicar a melhor forma de agir com vistas a evitar os roubos com ações preventivas ou por desarticulação de grupos criminosos.)

- *Compstat* - modelo fortemente apoiado em tecnologias de informação que analisa não só cenários de crimes, mas também avalia o desempenho das ações policiais na prevenção e apuração de fatos criminosos.

É fácil perceber que nenhum dos modelos é conflitante. Vale dizer, eles não se anulam. Nesse sentido todos podem ser usados em concomitância considerando as capacidades locais e regionais das agências de polícia. Todavia, salta aos olhos que ditos modelos tem aplicação muito mais voltada a prevenção de crimes do que propriamente para a solução destes. Vale dizer, os modelos apresentados calham bem a uma gestão de segurança pública e se apresentam como ferramentas extremamente uteis às polícias ostensivas ou de prevenção.

Embora não seja possível negar que estes modelos possam favorecer uma boa investigação policial e contribuir assim para o mister precípuo da Polícia Judiciária, tem-

se que este ramo policial necessita de enfrentar outras variáveis para ser realmente eficaz na realização de sua atribuição constitucional.

Nos ensinamentos de Wellington Clay Porcino Silva (2015) há indicadores de produtividade (eficiência), de qualidade (eficácia), de produtividade e de efetividade (impacto). O mais importante para a Polícia Judiciária é o indicador de eficácia. É por intermédio desse indicador que se permitirá verificar se o trabalho da Polícia Judiciária está sendo útil às políticas de segurança pública e ao mesmo tempo está preservando direitos e garantias fundamentais. Isso porque à Polícia Judiciária incumbe apresentar por meio do inquérito policial as provas de autoria, materialidade e circunstâncias de um crime. Porém, esse objetivo jamais pode ser alcançado solapando direitos e garantias fundamentais inerentes a um Estado Democrático de Direito. Ensina Eliomar da Silva Pereira (2010) que "os direitos e garantais fundamentais, na investigação criminal, desempenham uma função negativa do âmbito de investigação, sobretudo no contexto de descoberta, pois limitam ou condicionam os meios de obtenção de provas". Se a Polícia Judiciária agir em desconformidade com a lei de nada valerá uma investigação que aponte autoria, materialidade e circunstância vez que será ela anulada – e deve ser - pelo Poder Judiciário.

Imagine-se uma situação em que uma unidade de polícia judiciária produz uma razoável quantidade de inquéritos policiais que apontam a autoria, a materialidade e as circunstâncias em que ocorrem dezenas de casos de tráfico de drogas em determinada região em dado período. Neste caso, a eficiência não seria discutida. Talvez também não se discutiria a contribuição para amenizar as mazelas sociais provocadas pelas drogas. Contudo, o que dizer de uma outra unidade de polícia judiciária que no mesmo período investigou e apontou em inquérito policial a estrutura de uma organização criminosa atuante no tráfico de drogas e que, nesta investigação, indicou autoria de líderes e ainda logrou descapitalizar todo o grupo criminosos inviabilizando a atividade criminosa? Em termos numéricos, qual unidade foi mais eficiente? Qual unidade foi mais eficaz?

Uma unidade de Polícia Judiciária que seja eficiente pode, também, não ser eficaz. Se a referida unidade apresenta um elevado índice de solução de crimes, mas o faz por emprego de métodos ilegais (tortura, violação de domicílio, etc.) e tem suas investigações anuladas, essa unidade em nada contribuiu para as políticas de segurança pública. Antes, somente fez aumentar o problema.

Essa intrincada equação se dá precisamente pela dualidade que enfrenta a Polícia Judiciária relativamente ao seu papel na estrutura de justiça criminal no Brasil. A um só

tempo ela é vista como promotora dos direitos e garantias fundamentais dos investigados (atuando como órgão indispensável à administração da justiça) e como agência encarregada de promover segurança pública. E nestes dois vetores de atuação a Polícia Judiciária é diuturnamente cobrada. Deve contribuir no enfrentamento da criminalidade e reduzir índices de crimes. Mas não só. Deve ainda agir sempre em conformidade estrita com os regramentos legais preservando direitos fundamentais e produzido investigações legítimas e escorreitas que possam ser efetivamente empregadas em juízo. O papel da Polícia Judiciária no Brasil "só pode ser bem compreendido por maio de uma análise multidisciplinar" (BUSNELLO, 2015, p. 52).

Por todo o exposto vê-se ser inegável a importância da aplicação adaptada dos ideais da APG à atividade policial. Alguns modelos de gestão policial empregam valores e ensinamentos da gestão corporativa com vistas a favorecer uma melhor prestação de serviços públicos por parte das polícias e medir seu desempenho. Portanto, o seu emprego coaduna-se com as propostas de APG. Todavia, peculiaridades devem ser consideradas. No caso das polícias judiciárias pode-se afirmar ser demasiado complexa a missão de impor índices de produtividade para verificação de eficiência, eficácia e efetividade no desempenho das suas funções institucionais. As peculiaridades das funções exercidas pela polícia que tem o dever de investigar crimes obrigam os gestores a ter uma maior sensibilidade quanto aos parâmetros criados para mensurar o seu desempenho e o de seus membros.

2.5 O controle da Polícia Judiciária no Brasil

É da essência do sistema democrático a ideia de controle dos poderes e dos órgãos que compõe o Estado e a Administração Pública. Mas o que é democracia? A definição do que seja democracia é controvertida, mas sinteticamente encerra três características: primeiro: o governo deve emanar da vontade popular; segundo: os governantes devem prestar contas ao povo; terceiro: o Estado deve ser delimitado por regras que evitem afrontas a direitos fundamentais e ao mesmo tempo garanta o exercício desses diretos (ARANTES et al., 2010).

Como forma de compreender o fenômeno da democracia representativa e atualizá-lo para os cânones da era pós-moderna Robert Dahl (1997) cunhou a expressão poliarquia e nela enquadrou a maioria dos Estados nacionais da atualidade.

A concepção de poliarquia associa-se a dois vetores principais: a contestação

pública e o direito de participação popular na escolha dos governantes. Quanto mais favorecida e efetiva a capacidade de contestação popular sobre os governantes e mais livre e estimulada a participação popular na escolha dos representantes em cargos públicos – direito de escolher e de ser escolhido – mais um Estado se aproximará do modelo ideal de poliarquia ou de democracia.

Em uma democracia (ou poliarquia) a questão do controle possuiu, pois, uma dimensão crucial e envolve diferentes níveis e arranjos institucionais de representação política e de delegação de funções e poderes. O controle é uma das exigências para o funcionamento da democracia representativa e de sua burocracia estatal. Tanto os representantes eleitos, como os dirigentes indicados para a alta administração, assim como, os burocratas de carreira, devem estar sujeitos a mecanismos de verificação e controle de suas ações (ARANTES et al., 2010).

Modernamente o controle dos atos dos administradores públicos tem recebido cada vez mais atenção em razão do gigantismo dos Estados nacionais e da complexidade das relações sociais na era digital. Nesse contexto surge o termo *accountability*.

A definição de *accountability* é controvertida no Brasil. Por inexistir tradução para o português e pela a ausência de significação dessa expressão na cultura da Administração Pública (CAMPOS, 1990), muitas vezes o termo é confundido com a expressão havida no texto constitucional "prestação de contas".

Para O'Donnell (1998), *accountability* possui duas vertentes: *accountability* vertical - sociedade controlando os governantes e *accountability* horizontal - decorrente da mútua fiscalização entre os poderes (modelo de *checks and balances*) por meio de órgãos próprios da estrutura administrativa do Estado que controlam a atividade pública (no Brasil: tribunais de contas, Controladoria Geral da União, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, etc.)

Quando se fala em controle da Polícia de uma maneira geral e da Polícia Judiciária de uma maneira especial é da *accountability* horizontal que se trata.

Não há como se imaginar um Estado sem uma força – polícia – a garantir a ordem social e a incolumidade das pessoas (MONET, 2002). Os conflitos sociais são inerentes à natureza humana e sempre haverá, em qualquer grau civilizatório, um corpo formado por membros de uma sociedade para garantir a manutenção dessa própria sociedade.

Sabidamente a polícia representa o braço armado do Estado. É por intermédio da polícia que o Estado exerce o uso legítimo da força para conter os desvios. Em sendo

assim, é compreensivo ser este órgão estatal um dos mais vigiados em uma democracia. Todos os olhos da cidadania se volvem para a atuação da polícia vez que esta pode se voltar contra a própria sociedade e contra a própria estrutura institucional da democracia. A história é pródiga em revelar essa realidade. Toda ditadura se apoia nos corpos de polícia porque neles se encontram as armas que subjugam o cidadão.

No Brasil essa vigilância ganha contornos de dramaticidade nos dias atuais. Após o período de governos militares, a assembleia constituinte que legou ao país a chamada Constituição Cidadã de 1988 travou suas discussões sob a égide do medo das violações a direitos fundamentais. Todo o texto constitucional ficou permeado pela ideia de mais direitos e garantias ao cidadão e de mais controle dos órgãos do Estado, máxime das Polícias. A estas foi imposto um controle externo que é único na Carta. O controle externo a ser exercido pelo Ministério Público.

Após a redemocratização a polícia judiciaria e as demais polícias no Brasil passaram a ser os órgãos mais monitorados no governo (WERNER, 2017). Além do controle externo - taxativo no texto constitucional - exercido pelo Ministério Público há ainda o controle das corregedorias das polícias, (espécie de controle interno), controle exercido pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo, pela OAB, pelos Tribunais de Contas, por ouvidorias, por Controladorias ou assemelhados, por ONGs nacionais e estrangeiras, pela imprensa e pela população em geral.

Este estado de coisas revela que a polícia brasileira é demasiado fiscalizada e esta fiscalização revela-se proporcional ao receio de que estas instituições, como já o fizeram em outrora, abusem do poder e da força que possuem. Todavia, uma questão surge: esta fiscalização é toda ela democrática?

De certo que a fiscalização popular (individual ou coletiva como nos casos de ONG) e a efetivada pela imprensa revelam-se as mais consentâneas com os cânones democráticos. É louvável que o povo fiscalize cobrando das autoridades que ajam de acordo com a lei e que se abstenham de violar a lei. Ademais, sabidamente a impressa e o povo não fiscalizam somente a polícia, mas todos os órgãos e agentes do Estado. Os abusos e os desserviços são apontados no corpo burocrático e também no corpo político. Neste último, o descontentamento leva ao controle mais efetivo: o voto – *accountability* vertical (O'DONNELL, 1998).

Também o controle das polícias pelo Poder Judiciário é compatível com modelo democrático. Afinal, ninguém está fora desse controle em uma democracia. Nenhum fato pode ser impedido de chegar ao conhecimento dos tribunais. É do texto constitucional *in*

verbis: “artigo 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

O controle pelo Poder Legislativo é outro que se revela democrático. As casas que fazem as leis são legitimadas para cobrar de todos e a qualquer tempo o respeito e o cumprimento das leis.

No aspecto da gestão de recursos as atuações dos tribunais de contas representam também um controle legítimo e democrático. Afinal, as casas de contas fiscalizam todo o aparato estatal e não somente as polícias.

As controladorias, as ouvidorias e as corregedorias também são legitimas porque incidem em toda a administração pública.

Resta, pois, a identificação da atuação do controle externo das polícias exercido pelo Ministério Público. Qual a fundamentação jurídica a ensejar essa previsão constitucional? Qual a razão de apenas um órgão da estrutura estatal merecer uma tutela diferenciada?

Como já dito é da gênese democrática o controle dos agentes e dos órgãos estatais. Não se pode, pois, pretender que as polícias, como órgãos elementares à estrutura do Estado, sejam livres de controle democrático. Todavia, o modelo de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público não se revela o mais adequado se considerados os modernos conceitos de democracia.

O controle da atividade policial pelo Ministério Público surge na Constituição de 1988 como corolário do medo. Mas como ensina BONAVIDES (2011) “a tendência para a vinculação, a síntese e a colaboração dos poderes atestam que, no moderno Estado jurídico e democrático, já se não teme o poder”. A própria estrutura de um Estado Democrático de Direito limita os poderes e dispensa tutelas específicas. As bases de uma república democrática não andam bem com ideias de exceções. Conceber um modelo em que, de forma excepcional, um órgão tutela o outro de forma estranha a um modelo de direito constitucional organizatório (CANOTILHO, 1995), em verdade, acaba por denotar mais revanchismo e desconfianças do que mecanismo de *accountability* horizontal.

Guilherme Cunha Werner (2017) lembra que o próprio Ministério Público, ao longo dos anos, contribuiu para revelar que o atual modelo de controle externo da atividade policial previsto na Carta de 1988 destoa das regras de *accountability*. É que, segundo o autor, ao se imiscuir em investigações policiais o Ministério Público acabou por confundir sua missão institucional e criou barreiras ético-legislativas que

desaconselham possa aquele órgão fiscalizar a polícia. É dizer: agindo como se polícia fosse, que legitimidade tem o ministério Público para fiscalizar a polícia? É admissível que o *parquet* fiscalize o próprio *parquet*? Quem fiscalizaria o fiscal?

Vale lembrar ainda que ao Ministério Público foi idealizado no texto de 1988 para manter um distanciamento da política que pudesse garantir a atuação apartidária e sem ideologias políticas do órgão. Todavia, lembra ARANTES et al., 2011, "hoje assistimos promotores e procuradores fazendo uso de consultas e audiências públicas para definir rumos de ações". Continuam os autores: "o recurso a tais expedientes atesta uma máxima: nenhuma independência é capaz de afastar por completo a política, pois ela volta e se reinstala, de uma forma ou de outra". Dito de outro modo, o desejável afastamento do Ministério Público da política foi outra aposta do legislador constituinte que o tempo tratou de revelar ser uma utopia.

Por todo o exposto é que se afirma ser o atual modelo de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público um modelo que não calha aos conceitos atuais de democracia e de *accountability* horizontal.

Em substituição ao atual modelo tem-se como alternativa viável e fundada em preceitos de uma república democrática os chamados Conselhos de Polícia (PEC 381/2009 em tramitação no Congresso Nacional), nos moldes dos atuais conselhos superiores do Ministério Público e do Judiciário, com formação de assembleia a contemplar vagas a representantes dos órgãos policiais e da sociedade civil organizada.

CAPITULO 3. GARANTISMO PENAL E POLÍCIA JUDICIÁRIA NO BRASIL

3.1 Crise do Direito Penal

O sistema penal da atualidade está em crise. Muito se discute a partir da ascensão das correntes criminológicas críticas, se a declarada função de proteção aos bens jurídicos da pena (prevenção do crime) não é meramente simbólica, uma vez que não há comprovação empírica de que, efetivamente, o direito penal proteja valores ou bens jurídicos[35]. A referência à proteção de bens ou valores constituiria, assim, apenas um recurso de justificação do discurso jurídico-penal vigente, com o intuito de encobrir a sua real significação, desenvolvendo práticas distantes daquelas planificadas pelo projeto político-criminal de um Estado democrático de direito.

> Em verdade, as políticas penais adotadas por diversos governos na atualidade programam uma função simbólica declarada de impor valores morais tradicionais e, para tanto, utilizam-se da ferramenta tradicional para reprimir e construir subjetividades. Ou, em outros termos, ao invés de discutir o novo sentido de comunidade e identidade — fundamentado na diversidade, individualismo e na desconstrução dos valores aceitos —, os poderes estatais redirecionam suas atenções para os valores considerados consagrados, por meio do aumento da violência punitiva e do controle social, mesmo que, neste caso, disfarçados de medidas descriminalizadoras (CHRISTIE, 1993; GARLAND, 2001)[36].

O recurso político à opção meramente simbólica — e não instrumenta — do direito penal, por meio da exploração midiática e política do medo e do risco, objetiva a produção de efeitos intimidatórios em que o que verdadeiramente importa é assegurar o nível de tranquilidade social e demonstrar publicamente que "algo está sendo feito"[37] para

---

[35] Vital deixar claro que há, entre nós, um profundo desacreditar no Direito Penal: aponta para uma grande mentira – não cumpre e não há demonstração objetiva da possibilidade de cumprir com as promessas que pretendem legitima-lo: não inibe o crime e não "melhora" o eventual criminoso: há sentimento de que fomos iludidos pela retórica penal durante muito tempo, fomos inocentes úteis fascinados por um discurso fundado no irreal (que se torna real pela crença que nele se deposita). (CARVALHO, 2016, p.54)

[36] CHRISTIE (1993, p.24) chama a atenção para o fato que de vivemos em uma sociedade regida pela cultura de controle do crime ou a "indústria do controle do delito", a partir de uma reserva ilimitada de atos sociais que podem ser considerados delitos, o que nos leva a estar, atualmente, submetidos a modernas formas de vigilância. Tanto que expressou sua preocupação no sentido de que *"el mayor peligro del delito en las sociedades modernas no es el delito en si mismo, sino que la lucha contra este conduzca las sociedades hacia el totalitarismo"*. No mesmo sentido, ver GARLAND (2008).

[37] Essa forma de entender o jogo de poder e sua relação com o processo penal aparecem camuflados pelo perigoso discurso do "*algo precisa ser feito*", extremamente propenso a transformar o sistema repressivo como um todo em um instrumento político promocional e de efeitos colaterais devastadores. (CHOUKR, 1999).

atender as demandas sociais de segurança. Dessa forma, alteram-se tipos penais, o regime de cumprimento da pena, os requisitos para prisões provisórias, os mecanismos de investigação criminal, sem que isso importe, necessariamente, numa mudança no cenário que motivou a alteração legislativa. Contudo, produz-se a ilusão de algo foi feito (BIANCHINI, 2002; GARLAND, 1999; PASTANA, 2007)[38].

> A sociedade pós-industrial do risco tem relação direta com o atual direito penal, no qual se presencia a tipificação de condutas que trazem a incriminação de riscos pontuais, porque a capitulação delas, ao descrever esses novos medos, traz uma aparente sensação de segurança social, como se o Estado demonstrasse que está agindo e controlando riscos incontroláveis (...) essa nova realidade social, propõe-se a uma política criminal especifica que dá lugar a um novo Direito Penal, a qual se destaca por uma tendência a um Direito Penal preventivo, com verdadeira antecipação, ampliação da intervenção penal e com a criação de crimes de perigo que protegem bens jurídicos de caráter supraindividual. (BONASCORSI, 2013. p.27)

Para os defensores do garantismo penal, a legislação – em todo o mundo – que tipifica a lavagem de dinheiro tende a afrontar cânones de um Estado de Direito que deve primar pelo Direito Penal como *ultima ratio*. É que, segundo esses juristas, a legislação penal de combate ao branqueamento de capitais pune práticas que sequer apontam para um bem jurídico seguramente delimitado a ser protegido[39].

Admitindo que a legislação de Lavagem de Dinheiro representa uma iniciativa devotada ao emergencialismo e ao expansionismo penal, Bonaccorsi assevera:

> Diante da apropriação de ideia do sistema garantista proposto por Ferrajoli, esse é incompatível com sistema penal de caráter preventivo que inobserva garantias como as inerentes ao Princípio da Lesividade e da própria Legalidade Estrita. Não se questiona a proteção a bens jurídicos supraindividuais, mas a incriminação de condutas que nem mesmo chega a atingir um bem jurídico. A proteção ao bem jurídico é a finalidade primordial e a ofensa, ou pelo menos risco concreto ao bem jurídico é garantia de limitação ao direito de punir. (BONASCORSI, 2013, p.210)

---

[38] Observa-se que ao lado do discurso de fracasso do sistema penal, que reconhece a necessidade do Estado em adaptar-se aos limites operativos e acabar com realidades desconfortáveis no sentido de que as agências penais podem resolver o problema do crime, convive o discurso de *negação*, motivado pela busca de vantagens políticas imediatas, que reafirmam a aptidão do Estado para lutar contra o crime, mediante o recrudescimento de práticas punitivas e ampliação dos poderes da polícia como forma de demonstração do poder soberano e de que se está fazendo algo (GARLAND, 1999).

39 Para Silva Sánchez a lavagem de dinheiro é um delito contra a ordem econômica. Pois, segundo ele, um ato de lavagem que ponha em perigo, por si só, a ordem econômica há que se referir a enormes quantidades de dinheiro; e esse fato somente pode ser cometido pelos chefes das quadrilhas do crime organizado. Ocorre que os atos de lavagem de menor envergadura, que isoladamente não põem em perigo a ordem econômica, contemplados em seu conjunto certamente constituem uma importante perturbação do sistema econômico. E é isso que justificaria talvez sua sanção administrativa; mas não sua sanção penal (SANCHÉZ, 2003, p.155)

Alegam os defensores do garantismo que em vez de seguir a proposta de ir ao cerne do problema, buscando nas chaves explicativas mais gerais sobre a sociedade e o Estado as razões do delito, procura-se no debate sobre os fins da pena um caminho mais fácil para justificar o que continuam fazendo sempre, mais ou menos da mesma forma (ANITUA, 2008)[40]. A resposta corrente do Estado à criminalidade consiste, em regra, no recurso a aplicação de punições severas, sobretudo de encarceramento (GARLAND, 2008). Essa ordem estrategicamente controversa resultaria que a violência institucional fosse sua própria negação, ao conduzir a uma ideologia de pacificação e harmonização da vida em sociedade que se busca reafirmar a capacidade do Estado em punir e controlar a criminalidade mediante o incremento de seu poder punitivo (PASTANA, 2007).

Ocorre que, para alguns, em face crítica desconstrutora promovida pelos movimentos político-criminais, como o abolicionismo e o minimalismo, em suas múltiplas vertentes ideológicas[41], o véu que cobria a falsidade do discurso jurídico-penal foi removido, revelando o distanciamento entre este (discurso) e a realidade operativa do sistema penal, caracterizado pela sua violência[42]. É que poder punitivo, mesmo que difundido sob o apelo democrático, não raras vezes exerce "uma violência institucional ilegítima, diluída na banalização da desigualdade, reforçada na seletividade da punição e consequente aniquilação do transgressor" (PASTANA, 2007, p.35).[43]

Contudo, toda a racionalidade garantista não consegue olvidar da microcriminalidade que graça no planeta. O crime organizado se expande e adota métodos cada vez mais sofisticados para auferir o lucro ilícito e gozar de fortunas que se apresentam lícitas após engenhoso esquema de lavagem (MENDRONI, 2009). Trata-se, pois, de confrontar os ideais garantistas com uma realidade social em que o crime afronta o próprio Estado.

---

[40] Ademais das teses minimalistas surgem, também, teses expansionistas do direito penal como a defendida por Silva Sanchez segundo o qual, o direito penal mínimo, como defendem as correntes abolicionistas, menos ou mais radicais, nunca existiu historicamente, além de ser incompatível com a complexidade das sociedades contemporâneas, cujos riscos decorrentes dos avanços tecnológicos — acrescenta-se, ademais, uma nova ponderação sobre os valores essenciais à vida em sociedade — reclamam cada vez mais proteção, inclusive penal. Cf. Silva Sanchez, 2002; Ripollés, 2007.

[41] Ver por todos: ANDRADE (2005).

[42] A perspectiva ilusória de que o problema era meramente disfuncional e que, com o progresso econômico-social o sistema penal evoluiria a ponto de aproximar o discurso penal à sua realidade operacional, ruiu ante à percepção de que a superação do problema no futuro seria inviável (ZAFFARONI, 2001). Nos países latino-americanos, ficou ainda mais claro que a deslegitimação do sistema era algo estrutural, ante a percepção dos fatos deslegitimantes, como por exemplo, as mortes, os casos de violência, ineficiência e impunidade na apuração dos delitos, a estigmatização precoce pelo incremento de prisões preventivas ou temporárias sujeitas à cobertura incansável da imprensa etc. (CERVINI, 2002).

[43] Em igual sentido: ANDRADE (2003); ZAFFARONI (2001); BARATTA (2002).

> Entre diversos e múltiplos conceitos jurídicos, econômicos e político-sociais, há um consenso. A existência do crime organizado é uma demonstração de um poder paralelo não legitimado pelo povo, que ocupa lacunas deixadas pelas deficiências do Estado Democrático de Direito e demonstra a falência do modelo estatal de repressão à microcriminalidade. (GOMES, 2009, p.3)

Inquestionáveis são o fortalecimento do crime organizado e as consequências globais das ações criminosas a exigir de todos os governos uma resposta.

> A importância da repressão à microcriminalidade organizada decorre da real ameaça que representa ao Estado Democrático de Direito. Usurpa suas funções e se aproveita das situações de caos urbano e político para a instalação do poder paralelo. Um poder paralelo amparado em surpreendente poder econômico, na deterioração do Estado de Direito (nasce e se alimenta dele e das brechas e proteções legais), que dissemina a corrupção, intimida, viola leis e pessoas, sem freios, concretizando seu império por atos que variam do constrangimento e a intimidação a atos de extrema violência com assassinatos e tortura. (GOMES, 2009, p.3)

Para alguns, a resposta está na expansão do Direito Penal que deve punir mais eficientemente e deve favorecer uma melhor investigação criminal com vistas a uma condenação penal contundente. Tratar-se-ia de uma resposta necessária e emergencial a ser dada pelo Estado em face do potencial lesivo de algumas práticas criminosas. Acerca do emergencialismo e relativamente ao delito de lavagem de dinheiro, cita Bonaccorci:

> Assim, a incriminação do crime de lavagem de dinheiro é amparada no definido movimento de política criminal, o emergencialismo, que foi utilizado como justificativa para ampliação do tipo penal, aumento da punição e redução de garantias, e não na proteção do bem jurídico, uma vez que esse nem mesmo chega a ser alvo de perigo concreto, mas de punição pela mera incidência no núcleo do tipo. Incriminação da lavagem de dinheiro não se justifica pela proteção ao bem jurídico. (BONACCORSI, 2013, p.202)

3.2 Expansionismo/emergencialismo X garantismo/minimalismo

A complexidade da sociedade pós-moderna - sociedade de risco - é inquestionável. Nas últimas décadas a comunidade mundial tem experimentado uma série de mudanças em toda área de conhecimento e de convívio. Como algumas consequências destas aceleradas mudanças podem-se destacar o maior número de conflitos sociais e o surgimento de novos bens jurídicos a exigir uma tutela especial do Estado.

Não por acaso o Direito parece sofrer de uma crise ontológica. Relativamente ao Direito Penal, tem-se nas precisas palavras de Jesus Maria Silva Sanches:

> Com a sociedade de Risco, com o conjunto de fenômenos sociais, jurídicos e políticos, vem experimentando o direto penal e processual penal um acúmulo de efeitos que configuram o que convencionamos chamar "expansão", com características, dentre outras, da flexibilização de garantias constitucionais e de regras de imputação (...)"a modificação da própria estrutura e do conteúdo material dos tipos penais é a sua primeira expressão"(...) "uma transição rápida do modelo de "delito de lesão a bem jurídicos individuais ao modelo "delito de perigo presumidos para bens supraindividuais" (SILVA SANCHÉZ, 2013, p.103).

Para os que defendem uma expansão do Direito Penal, o Direito Penal Clássico parece não mais atender aos anseios da sociedade hodierna que clama por segurança.

Em que pese haver questionamentos acerca da "insegurança" ou da "sensação de insegurança" que paira na sociedade pós-moderna, o fato é que a população - eleitores - têm experimentando, com alarmismo, um sentimento de desamparo e promovem um considerável movimento de opinião pública no sentido de que "algo precisa ser feito" para conter a violência.

> Nesse quadrante argumentativo o discurso do caos está atrelado normalmente ao da crise, e sempre apresenta um tom dramático sendo, por essa razão, tendencialmente inclinado para o autoritarismo, sendo que o Homem continua a temer demônios que são essencialmente por ele mesmo criados, buscando no mundo jurídico soluções contingenciais para problemas que são, antes de tudo, contextuais. Das assombrações modernas, duas são particularmente evidentes: o narcotráfico e o terrorismo (interno e internacional). Ao lado destas, outras não menos significativas também se apresentam, como a prostituição internacionalmente promovida e aquilo que se denomina de "lavagem de dinheiro", natural desdobramento das anteriores. Todas têm em comum um ponto, que é o perfil organizado dessas atividades, aumentando assim o potencial assustador de suas consequências, o que, por outro lado, é legitimador do aumento da sensação de "que algo precisa ser feito. (CHOUKR, 1999, p.76)

O movimento expansionista enxerga, pois, no Direito Penal a solução para os novos e complexos conflitos dos tempos atuais, bem como vislumbra na força coercitiva do Estado a indispensável proteção a bens jurídicos que, hodiernamente, não são apenas os bens jurídicos individuais de outrora. O Estado a cada dia vê-se compelido a proteger mais e melhor, bens jurídicos supraindividuais que até pouco tempo eram inexistentes ou não percebidos. Do Estado são exigidas leis que favoreçam o combate cada vez mais eficiente aos malfeitores e suas práticas deletérias.

> Assim pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angustia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito:

> ao contrário, elas se veem as vezes tachadas de excessivamente rígidas e se apregoa sua flexibilização, (SANCHÉZ, 2003, p.51).

Essa postura não parece se restringir a qualquer região do planeta. Antes, considerando o incremento da violência e a sofisticação da criminalidade como um fenômeno global, observa-se que a reação expansionista indica ocorrer em todos os países. "A reviravolta tem sido tamanha que aqueles que outrora repudiavam o Direito Penal como braço armado das classes poderosas contra as subalternas agora clamam precisamente por mais Direito Penal contra as classes poderosas." (SANCHÉZ, 2003, P.83). Em outras palavras, o movimento expansionista do Direito Penal mundo afora não se restringe a grupos de direita ou de esquerda; não se restringe a grupos privilegiados ou desassistidos economicamente. O movimento expansionista atinge todos os setores da sociedade.

Faceta do expansionismo penal é a cultura do emergencialismo. O emergencialismo "aparece como um verdadeiro movimento de política criminal, em que se defende uma ampliação de condutas incriminadas. A legislação penal passa a visar à prevenção de situações de risco, com medidas urgentes "(BONACCORSI, 2013, p.30). Vale dizer, o clamor da opinião pública instiga o fazimento de novas leis penais e processuais penais em resposta a questões pontuais tidas como urgentes.[44]

Fauzi Hassan Choukr (1999), citando Ferrajoli afirma que no emergencialismo penal representa aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade. Em outras palavras, em nome de uma segurança necessária – movimento da lei e da ordem – novas regras são gestadas com vistas a favorecer o enfrentamento à criminalidade e à violência, ainda que isso represente supressão ou diminuição de direito e garantias.

[44] Na ação Penal 470/STF a defesa de um dos acusados foi à mídia e asseverou: que seu cliente, réu no processo, transformou-se em um "troféu ou personagem a ser sacrificado em altar midiático. Foi vítima de implacável publicidade opressiva. Tendo sido processado, julgado e condenado pela mídia". Segundo Daniela Villani Bonaccorsi (2013) a repercussão foi tal que o próprio Estado aproveitou o seu momento de show quando coincidentemente, em meio a acusações de lavagem de dinheiro divulgadas pela mídia pela percussão do caso – conhecido como mensalão - e suposto envolvimento de publicitário, empresário, advogados, entre em vigor a nova lei de lavagem de dinheiro, que, em seu artigo 9º passa a exigir que qualquer profissional, dentre os mencionados, passe a prestar contas de seus clientes, mostrando justamente a ação do estado diante da urgência em se punir uma conduta idêntica às que deram origem à acusação da mencionada ação penal. Segundo a autora isso é um claro exemplo de emergência penal.

3.3 Garantismo e Democracia

Não se dissociam os conceitos de Democracia e Garantismo posto que este somente existe naquela. O garantismo penal que tem no italiano Luige Farrajoli seu defensor de maior vulto, representa um modelo ideal – no conceito weberiano – que pretende, em última análise, reduzir ou mitigar imperfeições de um sistema de justiça criminal que é, por natureza, indelevelmente imperfeito. Vale dizer, que nunca se realizará com perfeição na proposta de punir. Afinal, "pode o Estado ser um vingador tal como um delinquente? (CARVALHO, 2016, p.79). A história revela que muitas foram as formas pensadas para vigiar e punir - para usar a consagrada expressão de Foucault – sem que estas formas tenham efetivamente evitado a figura do crime e do criminoso.

Para ficar na definição mais precisa de garantismo penal, o próprio Ferrajoli aduz:

> "Garantismo", com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, consequentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. E precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário. (Ferrajoli, 2002, p.271)

É certo que Ferrajoli não pretende um modelo calcado em utopias. Pretende, em verdade, a discussão de um modelo exequível ainda que reconheça a enormes dificuldades em se realizá-lo. "Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfatível." (FARRAJOLI, 2002, p.74). Afinal, o garantismo não é um fim em si mesmo, antes, é um instrumento para que a democracia substancial se efetive e se realize para além de uma democracia meramente formal. As dificuldades são grandes, mas como registra Norberto Bobbio no prefácio da obra "Direito e Razão" de Luigi Ferrajoli:

> A ideia inspiradora da obra: a ideia iluminista e liberal - iluminista em filosofia e liberal em política - segundo a qual, diante da grande antítese entre liberdade e poder que domina toda a história humana - em que, nas relações entre indivíduos e entre grupos, quanto maior seja a liberdade tanto menor será o poder e vice-versa -, é boa e por conseguinte desejável e defensável a solução

> que amplia a esfera da liberdade e restringe a do poder ou, com outras palavras, aquela para a qual o poder deve ser limitado, a fim de permitir a cada um gozar da máxima liberdade, compatível com a igual liberdade de todos os demais. (FERRAJOLI, 2002, p.8)

O garantismo penal somente se revela possível na atualidade em razão da secularização que representou a ruptura da cultura religiosa com o pensamento iluminado havido na Europa do século XV. "A secularização moderna dos sistemas políticos e jurídicos extirpou, ao menos nos países evoluídos, fontes tais de legitimação teológica ou natural" (FERRAJOLI, 2002, p.706) que arrimavam o discurso da expiação do mal, do errado, do crime e do pecado.

É da natureza humana a apropriação ontológica da ideia de verdade por grupos dominantes. Dizer o que é certo ou errado, bom ou ruim parece ser desejo de todos os homens. Impor essa noção e exigir que os outros a obedeçam é função do mais forte. Amilton Bueno de Carvalho (2016, p.112) invoca Nietzsche para lembrar que o homem não deseja que os animais mudem, mas deseja que os homens mudem. É dizer, o mais forte sempre subjugou o mais fraco para dizer-lhe o que fazer e o que não fazer, ainda que isto implique em exigir que o mais fraco mude sua forma de pensar e sentir. É esse assenhoramento da verdade pela maioria que solapa direitos das minorias ainda que a maioria seja apenas "massa de manobra" de quem detenha o poder. Contra essa violação que se insurge o pensamento garantista.

Prodigamente a história revela que essa apropriação e imposição da verdade pela maioria guiada pelos poderosos sempre vitimou as minorias e sempre se valeu do discurso punitivo penal para tanto. Independentemente o modelo econômico ou de ideologias eis aí uma verdade histórica inarredável. Sócrates foi uma vítima. Jesus Cristo pode ser apontado como outra. Joana d´Arc figura, queimada viva em auto-de-fé, como vítima em obscura época em que os tribunais da santa inquisição também pretenderam "processar" e "julgar" em nome da verdade divina. Modernamente a fase do "Terror" na Revolução Francesa e os tribunais soviéticos de Stalin para servir à "grande purga". Também o fascismo e o nazismo com seu Tribunal Popular para Causas Políticas foram recorrentes na falácia do direto penal como moralizador e punidor de desvios e crimes. Até o "país da liberdade" não titubeou em suspender direitos para garantir a "segurança nacional" após os atentados sofridos em 11 de setembro de 2001. É de se registrar que todos os exemplos não passam de pequenos registros numa profusão de horrores que a humanidade tem legado às sucessivas gerações. Mas em todos eles há em comum a manipulação da

verdade pelos detentores do poder e o apoio cego e entusiástico de multidões de incautos – opinião pública[45] – sempre facilmente manipulados. É contra esse ignominia que se insurge o garantismo.

Com forte supedâneo nos direitos fundamentais, a teoria do mestre italiano reconhece que ao acusado, imputado ou investigado cabe o papel de sujeito – sujeito de direitos – e não como simples objeto de investigação pelo Estado. Assim, mesmo que incumba ao Estado investigar e punir o autor de crime, de igual forma é dever também do Leviatã proteger tal sujeito de abusos em qualquer fase da investigação, processamento e execução da pena. Vigiar, regrar, evitar e punir excessos das autoridades do sistema de justiça criminal que proíbem, investiguem, acusem e julguem condutas tidas como criminosas e ainda aquelas que executam as penas é pretensão do garantismo.

O garantismo moderno de Luigi Ferrajoli arrima-se fortemente no ideal de eficácia dos direitos fundamentais. A dignidade humana, a vida, a liberdade, a separação entre o direito e a moral, a tolerância e a limitação às ações do Estado são os vetores defendidos para que uma Democracia substantiva de fato ocorra. É, sobretudo, um modelo crítico.

Muito se fala em "crise" do sistema de justiça criminal. Trata-se de discussão que aponta, quase que invariavelmente, para a afirmação de que o sistema de justiça criminal moderno está falido. Nesse sentido, Amilton Bueno de Carvalho assevera:

> Vital deixar claro que há, entre nós, um profundo desacreditar no Direito Penal: aponta para uma grande mentira – não cumpre e não há demonstração objetiva da possibilidade de cumprir com as promessas que pretendem legitimá-lo: não inibe o crime e não "melhora" o eventual criminoso: há sentimento de que fomos iludidos pela retórica penal durante muito tempo, fomos inocentes úteis fascinados por um discurso fundado no irreal que se torna real pela crença que nele se deposita). (CARVALHO, 2016, p.54)

Esta realidade de ineficiência do sistema de justiça criminal - ineficiência está ligada ao seu propalado propósito de garantir a segurança social por intermédio de aplicação de penas que visa ressocializar o transgressor – é fortemente lembrada no garantimos.

> Mais precisamente, as doutrinas que valorizam o substancialismo do elemento subjetivo do delito costumam estar associadas às doutrinas pedagógicas da

[45]Os sociólogos, os psicólogos e os verdadeiros políticos sabem que existe opinião pública. Não ignoram que, como opinião, pode ser errônea, divorciada do bem pública. Mas é uma força social capaz de movimentos irresistíveis. (AZAMBUJA, 1989, p.263)

> emenda ou às terapêuticas do tratamento curativo, que apontam sobretudo para a prevenção especial positiva; enquanto as baseadas na relevância atribuída à materialidade do elemento objetivo e, particularmente, na periculosidade costumam estar associadas às doutrinas da defesa social, as quais se orientam sobretudo para a prevenção especial negativa. Em qualquer caso, todas dão ensejo, junto às correspondentes doutrinas acerca do fim da pena, a modelos de direito penal máximo e antigarantista, nos quais, de fato, remete-se à livre valoração do juiz a decisão não somente do "quando", senão, também, como se verá, do "como" punir. (FERRAJOLI, 2002, p.304)

É dizer, o atual sistema de justiça criminal ainda se baseia na ideia ampla de proteção geral da sociedade "ordeira" e na premissa – para muitos falsos – de que o agente transgressor pode ser recuperado pelo aparato estatal de aplicação da pena. Dito de outro modo, segregar o autor de crime parece ainda ser a única solução que a sociedade encontrou para controlar a violência indesejada dos que atentam contra o poder[46].

É por isso que se diz que o garantismo não pretende a perfeição de um sistema de justiça criminal verdadeiramente útil e justo. Sabe-se que tal pretensão é utópica. O que se almeja, pode-se dizer, é a diminuição da imperfeição do sistema atual.

Em que pese a aparente clareza dos propósitos do garantismo penal são muitas as críticas – quase sempre infundadas – sugerindo ser a proposta uma verdadeira salvaguarda para criminosos.[47]

Por obvio não se pretende neste trabalho enveredar sobre toda a complexidade e variáveis havidas na proposta do pensamento racional garantia. Tampouco é este o foco do presente estudo. Todavia, já reveladas as premissas basilares do sistema garantista e já havendo instigação para as controvérsias suscitados por esse sistema, resta apontar aquelas que seriam os axiomas em que se baseia o sistema garantista com vistas a sentar registro daquilo que à frente será discutido relativamente à investigação criminal.

Segundo Ferrajoli (2002, p.74) são dez estes axiomas a saber*: A1 Nulla poena sine crimine. A2 Nullum crimen sine lege. A 3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate. A4*

---

[46] El Estado, como expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir la criminalidad, de la cual son responsables determinados individuos, por medio de las instancias oficiales del control social. (legislación, policía, magistratura, instituciones penitenciarias). Éstas interpretan la legítima reacción de la sociedad, o de la gran mayoría de ella, dirigida a la reprobación y a la condena del comportamiento desviado individual, y a la reafirmación de los valores y de las normas sociales. (BARATTA, 2002, p.36)

[47] Chegou-se mesmo a se criar na doutrina a figura do "garantismo hiperbólico monocular" para definir a distorção propugnada por alguns na interpretação do sistema garantista. Por "garantismo hiperbólico monocular" entende-se o sistema de garantias exageradamente colocado – hiperbólico no sentido da figura de linguagem hipérbole – com vistas tão somente a favorecer o investigado, acusado ou réu – por isso monocular, voltado a somente uma das partes. Nesse sentido, Douglas Fischer (2009) comenta: Quando dizemos que tem havido uma disseminação de uma ideia apenas parcial dos ideais garantistas (daí nos referirmos a um garantismo hiperbólico monocular) é porque muitas vezes não se tem notado que não estão em voga (reclamando a devida e necessária proteção) exclusivamente os direitos fundamentais, sobretudo os individuais.

Nulla necessitas sine injuria. A5 Nulla injuria sine actione. A6 Nulla actio sine culpa. A7 Nulla culpa sine judicio. A8 Nullum judieium sine accusatione. A9 Nulla accusatio sine probatione. A10 Nulla probatio sine defensione.

Com a autoridade do próprio autor, tem-se:

> Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. (FARRAJOLI, 2002, p.74)

Lançando mão dos axiomas propostos e conectando-os em uma ordem lógica e cronológica da persecução penal é possível dizer: somente haverá pena se houver crime, somente haverá crime se houver lei que o defina, somente haverá lei definindo crime se houver necessidade, somente haverá necessidade de lei criadora de tipo penal se houver ofensa, somente haverá ofensa se houver ação do sujeito, somente haverá ação se houver culpa, somente pode haver culpa se houver juízo sobre ela, somente haverá juízo sobre culpa quando houver acusação, somente haverá acusação se baseada em provas, somente haverá prova se houver argumentação da defesa pelo contraditório.

3.4 Investigação Criminal e respeito a direitos: *ex parte principis* vs *ex parte populi*

Celso Lafer (1988, p.125) esclarece que na análise dos processos de asserção e mudanças do Homem na História, "é útil recorrer à distinção entre a perspectiva ex parte *populi* – a dos que estão submetidos ao poder – e a perspectiva *ex parte principis* – a dos que detêm o poder e buscam conservá-lo." Esta distinção revela-se útil para a como preensão do próprio Estado. Ela permeia a história do pensamento político e não há de ser entendida como uma dicotomia do tipo dualista, ou seja, cisão taxativa em que uma inclui a outra. Antes, trata-se de uma dicotomia do tipo pluralista, que procura classificar, combinando, uma realidade complexa e em permanente transformação.

Analisando a assertiva de Lafer, Fauze Hassan Chourk acentua:

> A análise de Lafer é profícua à medida que busca com essa forma de visualização do fenômeno a legitimação necessária e a explicação da evolução dos chamados "direitos humanos" ao longo da História, para concluir que pela visão do príncipe o tema dos direitos humanos é o da escolha, baseada numa "ética de responsabilidade", de quais direitos humanos podem efetivamente ser tutelados, enquanto, pela perspectiva *ex parte populi*, se preocupa com a liberdade, até mesmo em detrimento da governabilidade.(CHOUKR, 2001, p.13)

É esta aparente dicotomia que parece agir com pesada força no sistema de justiça criminal que, para manter a higidez dos direitos fundamentais no meio social, deve tolher direitos daquele que violam as regras. Daí a questão posta por Auri Lopes Junior (2003, p.4) quando versa sobre o papel do processo penal: "qual será o paradigma: garantismo ou utilitarismo? (...) aqui se situa uma das mais importantes decisões que irá nortear a própria leitura do processo penal, com inúmeras consequências".

Neste ponto, Fauze Hassan Chourk (2001, p.17) pondera que "é fácil concluir que, para o Código em vigor, a balança entre as visões *ex parte principis* e ex *parte populi* pende francamente para o primeiro flanco." Todavia, o modelo garantista previsto na Constituição de 1988 tende a forçar o fiel desta balança para, no mínimo, um equilíbrio.

E esse equilíbrio, relativamente o processo penal, deve ser perseguido já na fase da investigação criminal.

> A inserção das garantias constitucionais desde logo na investigação criminal, naquilo que for possível e adequado à natureza e finalidade, aparece como um "passo adiante" na construção de um processo penal garantidor sentida esta expressão como sendo o arcabouço instrumental penal uma forma básica de proteção da liberdade individual contra o arbítrio do Estado. (CHOUKR, 2001, p.15)

É esta e não outra, a razão pela qual se defende que a fase pré-processual no Brasil seja vista como uma regra que supera os demais modelos acusatórios havidos no mundo na medida em que incumbe, por mandamento constitucional, a investigação a um órgão desvinculado da relação processual por ventura decorrente. Dito de outra forma, ao incumbir à Polícia Judiciária a tarefa de proceder a investigação criminal e não ao Ministério público que será forçosamente parte na tríade processual, estar-se-á garantindo com toda ênfase os preceitos garantistas na fase de investigação criminal.

Se hodiernamente se tem como avanço democrático e garantista, o fato de os juízes de instrução estarem em extinção, por que não evoluir para a tese de que o órgão acusador também deve manter relativa distancia da fase investigativa? De certo que tal proposta pode gerar repulsas, todavia, imaginar o fim dos juízes instrutores também

certamente promoveu estranheza num primeiro momento. A lógica do órgão acusador que pouco interfira na fase de investigação possui forte supedâneo na tão propalada, mas pouco efetivada, ideia de paridade de armas na lide processual penal.

Para que se evolua nessa linha, forçoso se faz a reconstrução do próprio conceito de inquérito policial e de suas caracterizas. Começando pelo rompimento do mantra doutrinário que afirma ser a investigação criminal destinada ao órgão acusador e passando a reconhecer que a investigação criminal busca a verdade. Favoreça à acusação ou não, o objeto de investigação do inquérito policial é descobrir autoria, materialidade e circunstâncias delitivas independentemente da tese esposada pelo órgão acusador.

3.5 Garantismo Penal e a Investigação Criminal

O garantismo penal, que tem como um de seus maiores expoentes Luigi Ferrajoli, representa uma teoria do direito que pretende assegurar o exercício pleno das liberdades, ao mesmo tempo em que postula garantir a segurança jurídica do delinquente.

Como modelo teórico e normativo deslegitimador, o garantismo sustenta que um sistema penal somente está justificado se minimiza a violência arbitrária na sociedade e a violência da intervenção punitiva, fim este que é atingido mediante a observância de garantias penais e processuais penais de um direito penal mínimo (FERRAJOLI, 1995; 2002; 2008).

O garantismo penal se erige, assim, a partir das seguintes premissas: a) o direito penal tem a função de contenção do poder punitivo que, por consequência, resultaria na minimização da violência e do arbítrio; b) desconfiança do poder, o que exige uma permanente vigilância e controle das instituições do sistema penal; c) intervenção penal mínima, que consiste na necessidade de redução do direito penal à proteção dos bens jurídicos mais importantes em face das ações lesivas mais graves d) o reconhecimento da autolimitação do direito penal para realizar o controle social; e) a existência de limites intransponíveis a aplicação do direito penal, tais como os princípios da legalidade estrita, da humanidade das penas, da proporcionalidade, da culpabilidade etc. (FERRAJOLI, 2002, RIPOLLÉS, 2007).

Segundo seus defensores, a opção clara por um modelo penal garantista põe fim a ambiguidade dos discursos que resulta em uma frequente incoerência no exercício das atividades de persecução penal, notadamente no âmbito da investigação policial que, ora prestigia garantias em detrimento da eficiência, ora solapa garantias para alcançar maior

produtividade em sua tarefa de "protagonizar" o controle social punitivo. Afinal, o "Direito Penal tem aparecido, sobretudo, como mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão com valores" (SANCHÉZ, 2003, p.91)

Em outras palavras, referida incompatibilidade de propostas epistemológicas e normativas resulta numa crise de legitimidade no âmbito da persecução penal que, sob o ponto de vista garantista, é acusada de atuar sob de forma pouco transparente e seletiva (seletividade informal), sob a perspectiva de uma legalidade executiva fortemente decisionista ou discricionária, com o consequente desrespeito aos direitos humanos e um elevado volume de cifras de injustiça na persecução penal (FERRAJOLI, 2002; ZAFFARONI, 1991).

No exercício do monopólio da violência estatal, a polícia de investigação criminal dispõe de grande discricionariedade e poder no emprego dos recursos de busca da prova e identificação e prisão do suposto autor do delito. A atividade de investigação reúne, a um só tempo, parte da atividade jurisdicional cognoscitiva — busca da verdade jurídica e fática para aplicação de normas cuja violação se comprova —, e uma parte da atividade política, carregada de discricionariedade (decisionismo) para aplicação da lei e o uso do poder ou da força. Contudo, este poder e esta discricionariedade não estão suficientemente submetidos as mesmas limitações e fundamentos de justificação, sobretudo em virtude da incompreensão dessa natureza jurídico-política da atividade policial (que, todavia, deveria ser mais jurídica e menos política).

Assim, volta e meia incorre-se numa falácia garantista ao pretender-se legitimar e cercar de garantias somente a parcela da justiça penal que é exercida sob o manto do processo penal em sentido estrito, enquanto deixa-se descobertas uma série de medidas e ações de polícia sem o controle inerente a um Estado democrático.

A legitimação das instituições penais por meio da identificação de seus fundamentos ou bases justificacionistas, — que se pretende sejam democráticas —, é pressuposto ao exercício mais justo e racional do sistema penal, na medida em que se possibilita maior controle dos atos e, portanto, a confiança de que em caso de lesão desproporcional ou desarrazoada dos direitos fundamentais é cabível impugnação.

Assim, ao se postular a extensão aos atos de polícia de investigação criminal da função garantista do direito e do processo, não mais se está a buscar senão uma forma de melhor proteger os direitos e liberdades assegurados pelo ordenamento jurídico, uma vez que tanto o direito como o processo protege o indivíduo contra o arbítrio, na medida em que representam técnicas exclusivas e exaustivas do uso da força para fins de defesa social

(FERRAJOLI, 2002).

Põe-se em evidência, portanto, que não é possível cindir as etapas do processo de averiguação da verdade processual a duas fases incomunicáveis, em termos teóricos, se o procedimento prévio de investigação preliminar, que se dirige a apurar a mesma verdade fática e jurídica do processo penal, instrui este mesmo processo e o seu conteúdo se sujeita à verificação e refutação no âmbito da relação processual contraditória. Não há, num Estado de direito, pois, investigação criminal às margens de um processo penal garantista.

3.5.1 Modelos de investigação criminal

Quando se fala em modelo de investigação criminal fala-se diretamente com o modelo de sistema de processo penal que pode ser o acusatório, o inquisitivo, o misto e ainda o do *common law*.

O processo acusatório caracteriza-se pela separação entre as funções de acusação, defesa e julgamento, e pelo princípio do contraditório na formação da prova. Os juízes, nesse modelo, mantem uma postura passiva na produção de provas.

Já o modelo inquisitivo caracteriza-se pela concentração dos poderes processuais penais nas mãos de um único órgão. Assim, perseguir, acusar e decidir são atividades exercidas por uma única parte que é o inquisidor ou juiz inquisidor.

O modelo misto representaria a mescla dos dois modelos. Ora com tendência a dar maior força à separação de funções, ora concentrando função na figura do juiz inquisidor.

Já o modelo do *common law* está fortemente atrelado a uma visão do direito que se revela distinta da realizada brasileira do modelo romano germânico. É um modelo muito distinto que tem origens próprias que o diferenciam sobremaneira do modelo europeu continental.

Para que se compreenda os modelos de investigação criminal que existem ou existiram na história há que se recorrer ao direito comparado. Aqui é válida a lição de (CHOUKR, 2001, p.46) para quem o emprego do direito comparado gera a "preocupação com a sua cientificidade, na medida e que existem inúmeras variáveis que podem comprometer tal caráter, sejam elas de ordem filosófica, moral, social, econômica ou polícia". Vale dizer, o direito comparado deve ser sempre visto com ressalva. Não é porque um instituto revelou-se bom ou ruim em algures que também assim será por terras

brasileiras. Contudo, para efeito de compreensão é válido o conhecimento superficial de tais modelos.

De maneira sintética os modelos de investigação criminal podem ser divididos em três: a) Juizados de instrução; b) Modelos Acusatórios; c) Modelos de "*Common Law*".[3]

Dentre os países que adotam o modelo de juízo de instruções registram-se, entre outros:

A França

O modelo clássico de investigação criminal valendo-se do juizado de instrução é o francês. Registra Fauze Hassan Chourk (2001, p.48): "de fortes raízes históricas, e indelevelmente associado ao direito processual penal, o juizado de instrução é um símbolo da repressão criminal na França, sendo o "juiz instrutor" seu grande protagonista"

No modelo francês pode ser encontrado dois tipos de investigação criminal preliminar (LOPES JUNIOR, 2003, p.234). A *enquete préliminaire* que são averiguações que podem ser realizadas pela polícia judiciaria, orientada pelo Ministério Público nos delitos menos grave; e a *intruction préparatoire,* em que a investigação fica a cargo de um juiz instrutor a quem coopte averiguar e comprovar o fato e a participação do sujeito passivo.

Ambos os procedimentos franceses se caracterizam por serem secretos e escritos.

Fauze Hassan Chourk (2001, p.49) lembra que as tarefas do juizado de instrução de investigar aos poucos foram sendo passadas para a Polícia Judiciária. "Com o passar dos anos, a Polícia Judiciaria viu recrudescer a importância das *enquêtes préliminaires*". Ainda segundo o autor as *enquêtes préliminaires* "passaram a constituir a verdadeira fonte de esclarecimentos de fatos inicialmente tidos como criminosos, cujos trabalhos desenvolvem quase que exclusivamente ao seu talante" (da Polícia Judiciária). Também o controle ou coordenação do Ministério Público nas investigações parece ser meramente formal. Citando dados de Rene Levy, Chourk registra que 73% dos casos investigativos terminam sem que o parquet tenha sido informado de sua ocorrência (CHOURK, 2001, p.50)

A Espanha

Na Espanha o processo divide-se em três fases: sumária, intermediária e Juízo oral. Todas as fases são conduzidas por órgãos jurisdicionais, mas o Ministério Público

se limita às funções acusatórias. Chourk (2001, p.52) citando Fenech diz: "*en el proceso español la labor de este MP se limita a la función acusatoria pero jamás a la instructora, que se lleva siempre a cabo por el Juez instructor*."

Como se percebe, na fase preparatória ou na fase de investigação criminal, o modelo espanhol em muito se assemelha ao brasileiro. A Policia Judiciaria na Espanha, ao tomar conhecimento de fato criminoso, pode agir de ofício e comunicar seus atos ao Ministério Público e ao juiz. Nesta fase o Ministério Público não dirige as investigações que são levadas a efeito pela Polícia Judiciária. Todavia, intervém presenciando diligência o propondo a realização destas. "No sistema espanhol, a necessária condução dos trabalhos preparatórios para a propositura da ação penal fica a cargo da "polícia judicial", mas com endereçamento certo, o "Ministério Fiscal"‘, que exercita a ação penal, e velará, por conseguinte, pelas realizações da fase investigatória." (CHOURK, 2001, p.53).

A polícia espanhola, tal como a brasileira, está dividida em dos tipos: a polícia de segurança (similar à Policia Militar brasileira) e a polícia judiciária (similar à Policia Civil e Federal no Brasil). "Na Espanha, a Polícia Judicial constitui um ramo de função judicial do Estado, servindo para a administração do direito e, mais especificamente, para preparar a atuação do direito. Serve para construir a pequena história do delito e por isso obra sobre um fato passado" (LOPES JUNIOR, 2003, p.232)

Apresentando modelos de investigação criminal acusatório podem ser destacados os seguintes países:

A Alemanha

O modelo de investigação criminal da Alemanha atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal e também da investigação preliminar. Cabe ainda ao Ministério Público dirigir e controlar a atividade de polícia judiciaria.

Em suma, é um típico modelo de promotor investigador. Contudo, como já referido no que ocorre na França, também na Alemanha "na prática existe uma tendência de transformar essa instrução a cargo do MP em uma investigação meramente policial, pois, em última análise, é a polícia quem realiza em grande parte a investigação preliminar." (LOPES JUNIOR, 2003, p.247).

É característica do modelo alemão que a investigação criminal seja documentada – escrita – e promovida em segredo até a fase processual.

A Itália

Na Itália havia o modelo de juizado de instrução até o ano de 1988. Atualmente

o ordenamento peninsular prevê uma fase pré-processual denominada *indagini preliminari*, semelhante ao inquérito policial havido no Brasil.

As investigações criminais na Itália são conduzidas pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária em conjunto, sendo a polícia judiciaria coordenada pelo Ministério Público. Registre-se "que a condução das investigações pelo Ministério Público não exclui a atividade investigativa desenvolvida pela Polícia Judiciária, está atuando sob a coordenação do Ministério Público, mas podendo realizar atos tendentes a colher meio de prova" (CHOURK, 2001, p.57). É de se registrar, ainda, que o Ministério Público italiano "está integrado ao Poder Judiciário, com as mesmas garantais da magistratura, mas carece de poder jurisdicional. A atividade realizada na *indagine preliminare* não é própria da jurisdição" (LOPES JUNIOR, 2003, p.239). Vale dizer, o Ministério Público atuando na investigação criminal não possui poderes de juiz. Havendo diligências que necessitem de reserva de jurisdição, o Ministério Público deve peticionar em juízo.

Portugal

Com a reforma do Código de Processo Penal Português (Decreto - Lei 78, de 17.02.87) alterou-se a denominação que se dava em Portugal à fase investigatória preliminar à ação penal de "corpo de delito" ou "instrução preparatória" para "inquérito".

O inquérito, por expresso mandamento legal, é dirigido pelo Ministério Público, o qual é assistido pela chamada Polícia Criminal.

Tal como na Itália, o Ministério Público português pertence ao Poder Judiciário e possui as prerrogativas próprias da magistratura. Todavia, quando atua no inquérito policial o membro do Ministério Público não age como juiz.

Fauze Hassan Chourk, citando Manuel Lopes Maia Gonçalves (2001, p.67) lembra que "apesar de o MP ser o *dominus* do inquérito, a direção que lhe é conferida...não exige a direção real e efetiva, bastando uma direção funcional". Dita ressalva tem o propósito de salientar o que já se observou na maioria dos países que adotam a figura do promotor investigador que coordena as atividades da polícia judicial durante as investigações criminais: a incapacidade do Ministério Público em atuar em todas as investigações e a crescente delegação desta atividade à polícia Judiciária que acaba agindo por talante próprio e somente comunica suas ações.

Sobre o modelo de investigação criminal com base nas regras *common law* destacam-se:

A Inglaterra

Na Inglaterra inexiste a figura do promotor de justiça. Não há o Ministério

Público, ou seja, um órgão acusador estatal.

A "persecução penal acaba por ser utilizada na prática pelos funcionários da polícia, sendo que mesmo esta, muitas vezes não apresenta configuração estatal, acabando por ser exercida pela sociedade civilmente organizada, ou individualmente pelo ofendido" (CHOURK, 2001, p.71).

Os Estados Unidos

As investigações criminais são levadas a efeito pela polícia judiciária em contato direito com o Ministério Público, não havendo intermediação judicial nessa fase. Esta só ocorre quando da avaliação da existência de uma *probable cause* a ser levada a julgamento.

É de se registrar que nos Estados Unidos os membros do Ministério Público são eleitos e não gozam das prerrogativas tais como havidas no Brasil.

3.5.2 O modelo brasileiro na Constituição Federal de 1988

Como já foi observado na reminiscência histórica ofertada no capítulo exordial deste trabalho, o modelo de investigação criminal no Brasil já experimentou por curto período o modelo do juízo de instrução – juízes de paz -, mas há muito adota a regra do sistema acusatório em que a polícia judiciaria investiga, o ministério público acusa e o juiz julga.

Este modelo foi sacramentado na Magna Carta de 1988. Lembra Fauze Hassan Churk (2001, p.35) que:

> Por seu turno, o texto político que nos governa, se não foi absolutamente coerente no todo, na parte que nos interessa é inequivocamente coeso, adotando um aparelho processual repressivo de matriz acusatória, na busca da salutar separação dos papeis a serem atuados na construção da justiça criminal, tocando fundo, inclusive, na própria estrutura das instituições ligadas à política de segurança pública.

Eugênio Pacelli (2019, p.9), teorizando sob os modelos inquisitório e acusatório, assevera: "sob tais distinções, o nosso processo é mesmo acusatório". Todavia, continua o autor "a questão não é tão simples. Há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitivo do nosso Código de Processo Penal e seu texto originário". Contudo, sob o enfoque do papel do juiz nas investigações criminais e processos penais no Brasil, não parece haver dúvidas de o sistema nacional filiou-se ao sistema acusatório. Com a Carta de 1988 essa verdade

passou a ser incontestável.

3.6 O Inquérito policial frente aos mandamentos garantistas

3.6.1 Inquérito policial na doutrina clássica

Os manuais de Direito Processual Penal mantêm, em regra, o reducionismo simplista que afirma ser o inquérito policial no Brasil uma peça dispensável à propositura da ação penal.

Assim, tem-se a definição de Paulo Rangel para quem o Inquérito Policial "é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios – *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal."

Noberto Avena, por sua vez, afirma que

> (...) por inquérito policial compreende-se o conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial para obtenção de elementos que apontem a autoria e comprovem a materialidade das infrações penais investigadas, permitindo, assim, ao Ministério Público (nos crimes de ação penal pública) e ao ofendido (nos crimes de ação penal privada) o oferecimento da denúncia e da queixa-crime. Possui natureza administrativa, na medida em que instaurado pela autoridade policial. (AVENA, 2015, p.76)

Já Guilherme de Souza Nucci (2018, p.199) considera o inquérito policial como "um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria".

Para Eugênio Pacelli (2018, p.59),

> Fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação.

Como se nota, a doutrina em peso conceitua o inquérito policial como sendo

procedimento administrativo, pré-processual e devotado a produzir elementos de convicção para quem acusa em juízo.

Essa, todavia, não parece ser a melhor opção. É que a cada dia revela-se mais e mais relevante o papel do inquérito policial no sistema de justiça criminal brasileiro. A complexidade dos crimes e a ocorrência deste em profusão estão cada vez mais a exigir investigações criminais de maior eficiência e cientificidade. As ações levadas a efeito na fase pré-processual estão cada vez mais gerando efeitos na fase processual. Também a necessidade de se aplicarem princípios constitucionais garantistas na fase do inquérito policial tem cada sido uma demanda constante que contribui para sofisticar este instituto. Logo, na atual quadra, continuar a apequenar o inquérito policial à insistência de taxá-lo de mero procedimento administrativo dispensável não mais se coaduna com o ordenamento jurídico nacional.

3.6.2 Atos decisionais de polícia judiciária, como decorrentes híbridos dos atos processuais penais e administrativos

Os manuais de Direito Processual Penal mantêm, em regra, o reducionismo simplista que afirma ser o inquérito policial no Brasil uma peça dispensável à propositura da ação penal (AVENA, 2015). Afirmam vários autores que o inquérito policial tem valor apenas informativo (PACELLI, 2015). Assim, sua finalidade é preparar os elementos necessários que possibilitem ao titular da ação penal (pública ou privada) a descrição correta, na peça exordial (denúncia ou queixa), dos elementos objetivos, subjetivos e normativos que integram a figura típica. (RANGEL, 2018).

Esse reducionismo, muitas vezes levado a efeito por interesses corporativos[48], não encontra justificativa na liça forense (ainda que faltem dados precisos salta aos olhos que a grande maioria das ações penais aforadas no Brasil arrimam-se em inquéritos policiais). Tampouco na ciência do Direito se percebe supedâneo para desmerecer o referido instituto.

O nomem juris inquérito policial, no Brasil, surgiu com a edição da Lei 2.033,

48 É de conhecimento amplo as disputas corporativas havidas entre as Polícias Ostensivas e a Polícia Judiciária assim como as disputas havidas entre o Ministério Públicos e as Policias Judiciarias relativamente às investigações criminais. Exemplos dessa refrega podem ser evidenciados na pretensão das Polícias Ostensivas lavrem os TCO – Termo Circunstanciados de Ocorrência (Vide ADI 5637/MG) e na sepultada pretensão do Ministério Público em não permitir que o Delegado de Polícia firme Termo de Colaboração Premiada com investigado (vide ADI 5508). Esses pontos serão tratados no capítulo 4 do presente trabalho.

de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto-lei 4.824, de 28 de novembro de 1871. Segundo o art. 42 da Lei: "O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito".

Guilherme de Souza Nucci (2018) lembra que o inquérito policial passou a ser função da polícia judiciária com a edição da Lei 2.033 de 1871. Apesar de seu nome ter sido mencionado pela primeira vez na referida norma, "suas funções, que são da natureza do processo criminal, existem de longa data e tornaram-se especializadas com a aplicação efetiva do princípio da separação da polícia e da judicatura". Vale dizer, já havia no Código de Processo de 1832 alguns dispositivos sobre o procedimento informativo que antecederia a ação penal. Todavia, não havia *o nomen juris* de inquérito policial.

Carreira Alvin destaca que "a teoria geral do processo é o conjunto de conceitos sistematizados que retratam os princípios fundamentais do direito processual (nos seus distintos ramos), enquanto ramo do direito público". Logo, não é forçoso concluir que os princípios e normas que disciplinam os diversos tipos de processos e seus respectivos procedimentos encontram respaldo na teoria geral do processo. Os conceitos de jurisdição, ação e processo, e muitos outros institutos são aplicáveis tanto no processo civil quanto no processo penal. Arremata o autor: "um processo é o instrumento formal da jurisdição" (ALVIN, 2018).

Posto isso, é de se registrar que o processo penal e seus institutos devem guardar plena sintonia com os mandamentos constitucionais, máxime naquilo que toca a direitos e garantias fundamentais. A evolução histórica que obriga a hermenêutica do Direito Processual Penal a respeitar os ditames constitucionais condicionam o interprete a uma visão garantista dos institutos afetos ao tema[49]. Afinal, não foi outro o interesse do legislador constituinte de 1988.

Como se percebe a tese de ser o inquérito policial mera peça informativa a serviço do titular da ação penal não mais se sustenta. Em verdade o inquérito policial, por exigência do constitucionalismo, revela-se um Procedimento Administrativo Processual Penal, de natureza híbrida, com fundamentos no Processo Penal e no Direito Administrativo.

Com efeito os atos praticados na instrução do inquérito policial devem atender

49 Entendo que o art. 5º, LV, da Constituição da República, por seu fundamento garantista, não pode ser objeto de leitura e interpretação restritiva, mas sim que o Código de Processo Penal deve, como legislação infraconstitucional, adaptar à Constituição. (Aury Lopes Júnior, 2018)

os requisitos dos atos administrativos (competência, forma, objeto, finalidade e motivação). Mas não só. Atos como o indiciamento e o relatório final, são atos que encerram um juízo de valor fundamentando da autoridade policial, aplicando o direito vigente ao fato concreto. É dizer, eles concretizam uma norma jurídica abstrata, portanto, são atos dotados de juridicidade.

A Lei 9784/99 que regulamente o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal traz em seu texto:

> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
> Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
> I - Atuação conforme a lei e o **Direito** [...]. (Grifo nosso)

O destacado inciso I do art. 2º é o que traz o conceito de juridicidade administrava. Segundo Sandro Lúcio Dezan (2016) a juridicidade regente das atuações da administração estatal, opera em conjunto com o princípio da legalidade. A juridicidade impõe o dever de a Administração Pública orientar-se pela lei e pelo Direito em todo e qualquer mover-se procedimental. O dever de juridicidade dá à autoridade encarregada da tomada de decisões, esse dever de atuação de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico (juridicidade administrativa) obviamente calcado no Direito.

Eis aí o hibridismo do inquérito policial. A um só tempo se arrima em regramento de Direito Administrativo e de Direito Processual. Esses atos – privativos do Delegado de Polícia - são atos administrativos com graves efeitos jurídicos, vez que alteram a condição jurídica de investigados, firmam-se em argumentos de Direito e repercutem na seara processual penal.

Em um Estado Democrático de Direito o Processo Penal deve ser encarado como um instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais assegurados na Constituição Federal, como o estado de inocência, o contraditório, a ampla defesa etc. Assim, se o inquérito policial possui natureza hibrida e inflige efeitos no processo penal, sobre ele devem recair a força constitucional de proteção a direitos e garantias. “O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal” (BRITO, 2018). No mesmo sentido, mas com foco na investigação

criminal — inquérito policial a cargo da Polícia Judiciária - Ensina Eliomar da Silva Pereira (2010) que "os direitos e garantais fundamentais, na investigação criminal, desempenham uma função negativa do âmbito de investigação, sobretudo no contexto de descoberta, pois limitam ou condicionam os meios de obtenção de provas".

Desta feita, sempre que possível, os direitos fundamentais devem ser levados em conta na fase do inquérito policial. Em que pese a maioria da doutrina (AVENA. 2015, RANGEL. 2018, PACELLI. 2018)[50] e da jurisprudência afirmarem inexistir o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, essas impressões tendem a ceder espaço a uma hermenêutica mais constância com os ensinamentos de um processo penal constitucional.

É de se ver a redação do disposto no Art. 5°, inciso LV da Constituição:

"Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Já se afirmou alhures, que o Inquérito Policial é um procedimento híbrido com nuanças de processo administrativo e judicial. Assim, diante da clareza do texto constitucional, ainda que tenha a finalidade precípua de descoberta da verdade, é ele contraditório e, por poder causar gravame ao investigado, deve nele haver espaço para defesa. Caso contrário, o texto constitucional e os princípios da dignidade da pessoa humana encontrariam no inquérito policial uma exceção que, a toda lógica, é incompatível com os Estado Democrático de Direito. "A contrariedade da investigação consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que por ser um elemento decisivo no processo penal não pode ser transformado em nenhuma hipótese, em mero requisito formal" (TUCCI, 2004).

Nesse sentido, por ocasião da edição da súmula l4 STF[51] o voto do Ministro Gilmar Mendes é esclarecedor. Pela precisão, transcreve-se *in verbis*:

> No âmbito do inquérito policial e originários, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se firmado no sentido de garantir, a um só tempo, a incolumidade do direito constitucional de defesa do investigado ou indiciado

[50] "PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL, INEXISTÊNCIA: "(...) Os princípios do contraditório e da ampla defesa não se aplicam ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial". STJ, Rel. Ministro Gilson Gipp, DJ. 04-08-2003, p.327.

[51] SUMULA 14 STF: E 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 judiciaria, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

> e a regular apuração de fatos e documentos que sejam, motivadamente, imprescindíveis para o desenvolvimento das ações persecutórias do Estado
> Não é demais enfatizar que estamos a consolidar nesta súmula o entendimento que conforma, mais uma vez, o firme compromisso desse tribunal com a efetiva aplicação das garantias constitucionais dos direitos fundamentais.
> Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais.[52]

Na mesma linha é hodiernamente sustentável a tese de haver defesa em sede de inquérito policial. A redação atual da Constituição permite concluir que não se admite mais persecução penal preparatória ou prévia unilaterais: não se admitem instruções secretas ou interrogatórios sob coação. Não se pode excluir a presença de defensor. (SAAD, 2004). São os cânones do Estado Democrático de Direito que exigem essa nova visão.

Outro ponto a ser observado é o entendimento de não haver nulidade em inquérito policial. Ora, quando se diz que nulidades observadas na produção do inquérito policial contamina o processo penal, e o STJ já o fez com a seguintes dicção: "as nulidades verificadas na fase pré-processual, e demonstradas à exaustão, contaminam futura ação penal" (STJ, HC 149.250, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, DJ 07/06/2011) tem-se mais uma confirmação de que os atos produzidos na marcha do inquérito policial repercutem no processo penal. Logo, mais uma vez se aponta a natureza hibrida do procedimento.

É de todo lógico que o exercício do contraditório e da defesa no inquérito policial devem ocorrer de forma mitigada. Contrário sensu estar-se-ia a preconizar a própria inutilidade do instrumento de investigação. Logo, o contraditório e a defesa no inquérito policial devem ser realizadas sempre que possível. Não pode, pois, comprometer o interesse público em investigar um crime. Não é outro o entendimento esposado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto aqui lembrado em que afirma ser dever do STF proteger o direito constitucional da defesa, mas também a regular apuração dos fatos criminosos.

Nesse sentido tem-se que a Súmula 14 do STF reconhece haver no inquérito policial a possiblidade de atuação da defesa após a produção das provas. É o contraditório diferido ou postergado que, segundo LIMA (2015) reconhece a atuação do contraditório após a formação da prova.

[52]Gilmar Mendes, http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1. pdf.

Reafirmando a relevância do inquérito policial e a gravidade dos atos nele executados pelo Delegado de Policial, em decisão recente o Ministro Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal no Inquérito Policial nº 4621, reconheceu o indiciamento não apenas como ato privativo da autoridade policial, mas ato que não comporta interferência, seja do Ministério Público, seja do Poder Judiciário. Em seu voto o ministro acabou por reforçar o entendimento por vezes intencionalmente afastado por casuísmos no sentido de que as funções de investigação, acusação, defesa e julgamento são distintas.

O ministro destacou que não atentar para o ato de indiciamento como autônomo e privativo de delegado de polícia poderia gerar "subversão do modelo acusatório, baseado na separação entre as funções de investigar, acusar e julgar."

A compreensão do ministro Barroso sobre o tema, favorece a tese de ser o inquérito policial um instrumento de natureza híbrida com características de direito administrativo e processual. É que ao enaltecer os papéis diferenciados entre os atos de investigar, denunciar e julgar e ainda ao reconhecer o papel do delegado de polícia no ato privativo de indiciamento (alterando a condição jurídica do indivíduo) o magistrado, ainda que de forma reflexa, reconhece os efeitos processuais penais da fase investigativa na fase processual.

3.6.3 A questão da prova na fase pré-processual

O inquérito policial é o instrumento previsto em lei (artigo 4º do Código de Processo Penal) no qual se materializam por excelência os atos de investigação criminal no Brasil. Eliomar da Silva Pereira (2011, p.32) define investigação criminal como:

> Pesquisa, ou conjunto de pesquisas, administrada estrategicamente, no curso da qual incidem certos conhecimentos operativos oriundos da teoria dos tipos e da teoria das provas, apresentando uma teorização sob várias perspectivas que concorrem para a compreensão de uma investigação criminal cientifica e juridicamente ponderada pelo respeito aos direitos fundamentais, segundo a doutrina do garantismo penal.

A doutrina tradicional ainda se apega à definição da primeira metade do século passado para definir o inquérito policial como peça informativa que não possui valor probatório. Todavia, a realidade a cada dia revela o equívoco desta compreensão.

> Dizer-se, por isso, que o inquérito policial consiste em mero procedimento administrativo e encerra investigação administrativa é simplificar, ao excesso

> a realidade sensível. Resta-se na necessidade esforçada de asseverar, em seguida, que a decisão judicial, que recebe a denúncia ou a queixa, embasada em inquérito, volta no tempo e no espaço judicializando alguns atos de procedimento (16). As buscas e apreensões, bem como tidas as perícias (exames, vistorias e avaliações) emergem quais modelos de tal operação. Espécie de banho lustral sobre os meios de prova, encontráveis no inquérito. (PITOMBO, 1998, p.313)

A teoria das provas amplamente aceita indica que provas são elementos de convicção que se submetem ao contraditório em juízo. Logo, inexistindo o contraditório na fase inquérito estar-se-ia desautorizado falar em prova nessa fase.

Antonio Sacarance ensina que provas podem ser as testemunhais, a pericial, o reconhecimento e a prova documental. Ressalvadas as provas testemunhais e o reconhecimento, o que se observa é que as demais provas carreadas aos autos do inquérito policial não são repetíveis em juízo. Insistir, pois, que tais elementos não são provas é negar a realidade.

Registre-se, ademais, as modernas técnicas investigativas atualmente empregadas pelas policias judiciárias na investigação contra organizações criminosas. As interceptações telefônicas e as interceptações ambientais por exemplo, são provas e não há como repeti-las em juízo. Ademais, acaso colhidas de forma ilegal, tornam-se nulas e contaminam as demais provas. Em ambos os casos o que se tem é a oportunidade, na fase do contraditório, da defesa em refutar a colheita das conversas interceptados ou de descontextualizar tais conversas como forma de refutá-las. Todavia, a prova já foi colhida e se incorporou ao inquérito.

Há ainda a corroborar a existência de provas em sede de investigação criminal os elementos levados a juízo para justificar medidas cautelares como prisões processuais, sequestro de bens, afastamento de sigilos, etc. Nestes casos, o juízo estaria decidindo arrimado em que?

> O inquérito policial traz elementos que não apenas informam, mas de fato instruem, convencem, tais como as declarações de vítimas, os depoimentos das testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral (exames, vistorias e avaliações), a identificação dactiloscópica, o estudo da vida pregressa, a reconstituição do crime. Assim, não é senão em consequência do inquérito que se conserva alguém preso em flagrante: que a prisão preventiva será decretada, em qualquer fase dele, mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria, e como garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal; que à autoridade cumpre averiguar a vida pregressa do indiciado, resultando dessa providência,

> como é sabido, sensíveis repercussões na graduação da pena. (SAAD, 2004, p.35)

O artigo 155 do Código de Processo Penal, assevera que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. Porém o mesmo artigo ressalva os casos das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. É destas pois que se estar a falar na fase do inquérito policial. Provas não repetíveis e antecipadas que, diga-se, são a maioria.

3.6.4 Defesa e contraditório no Inquérito Policial

Eliomar da Silva Pereira (2013, p.37) ao discorrer sobre o contraditório na investigação criminal lembra que "embora não existam partes e contraditório, no inquérito policial, há um sujeito de direito (portanto não apenas um objeto da investigação) com interesses legítimos à defesa". Por certo, continua o autor, "talvez não ampla, mas em alguma medida proporcional aos atos de restrição ao âmbito de proteção de direitos fundamentais do investigado". Eis aí uma conquista garantista no modelo de investigação criminal no Brasil: o reconhecimento cada vez maior da possibilidade da participação da defesa – ainda que de forma mitigada – na fase pré-processual penal.

O próprio Supremo Tribunal Federal no HC 73.271/SP, em voto dado pelo ministro Celso de Mello, analisou a posição do investigado no sistema persecutório brasileiro e assentou: "a unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. "

Reconhece-se, pois o investigado ou o indiciado como sujeito de direitos que dispõe de garantias, legais e constitucionais, de obrigatória observância por parte do Estado e de seus agentes. Olvidar desta verdade pode gerar nulidade da investigação e acarretar responsabilização civil, administrativa e criminal por parte do agente faltoso.

É de ser reconhecer que a investigação criminal que antecede à ação penal é uma conquista do Direito. "Do mesmo modo que o processo não tem como único fundamento a instrumentalidade, a investigação preliminar também atende a um patente interesse garantista para evitar as acusações e os processos infundados" (LOPES JR, 2003, p.44). As funções da investigação criminal, ou investigação preliminar à ação penal,

representam verdadeiras garantias para o sujeito passivo e para o próprio Estado já que ambos podem deixar de pelejar em uma ação penal ou, em sendo essa inafastável, possam fazê-lo com o mínimo de informações e segurança. É de todo recomendável, pois, que a parte investigada possa atuar na fase da investigação. Tanto o investigado quanto o Estado têm interesse nessa participação.

Por óbvio, porém, que esta participação há que se dar em certos limites sob pena de inviabilizar a própria investigação. O tema é tormentoso e parece colocar em choque a doutrina antiga que mantém firme a visão do Código de Processo Penal de 1941 e a nova concepção garantista do processo penal tal como exigível pela Carta de 1988. Sob o tema esclarece Marta Saad (2004, p.26):

> Para alguns operadores jurídicos que lidam diariamente com a investigação criminal, a admissão do contraditório nesse procedimento significaria uma burocratização exacerbada da investigação criminal, pois o investigado faria jus às garantias do acusado em processo criminal. Entendemos de maneira diversa. É perfeitamente possível a aplicação do contraditório, de forma mitigada, na fase inquisitorial.

O contraditório mitigado e a defesa limitada na fase da investigação criminal é possível no Brasil e calha ao pensamento de Luigi Ferrajoli (2002, p.39), que sustenta a tese de que "para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes", bem como "que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação". Logo, reconhecer que no modelo brasileiro é possível a intervenção regrada da parte investigada na fase de investigação e saber que quem preside a investigação – delegado de polícia – não tem interesse na lide porque dela não será jamais parte é uma conquista.

3.6.5 Duração do inquérito policial – instrumento de cognição sumária?

Ponto que merece atenção é o tempo razoável para a conclusão de uma investigação criminal – no modelo brasileiro, tempo de conclusão do inquérito policial.

Abordar o tema é reconhecer a relevância deste para o sistema garantista de justiça criminal que a Carta Magna de 1988 legou aos brasileiros. É que, como já dito, a investigação criminal por si só já representa um ônus para aquele que nela figura. Logo, a angustia de estar sendo investigado pelo Estado há que ter termo. Ou se bem denuncia o investigado com base em provas ou, na inexistência destas, arquiva-se a investigação.

A Emenda Constitucional 45/2004 instituiu a garantia da duração razoável do processo. Estando incluída no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição trata-se de norma de aplicação imediata e representa direito fundamental. A referida Emenda Constitucional, todavia, não promoveu, em verdade, uma inovação. É que já vigorava, por força da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica – tal princípio.

Na legislação brasileira, o Código de Processo Penal estipula como regra para a conclusão do inquérito policial o prazo de 10 dias se o investigado estiver preso (se for na justiça federal o prazo é de 15 dias em razão da lei 5010/66) e de 30 dias se o investigado estiver solto. Após transcorrido esse prazo, o Delegado de Polícia pode solicitar ao juiz mais tempo para concluir as investigações.

Neste ponto é que surge um problema. Inexiste lei que vede a prorrogação sucessiva de prazos para a conclusão do inquérito policial. Logo, sua duração pode ser de anos sem que se defina pela denúncia ou arquivamento.

Sem dúvidas, este é um grave problema já que, como lembra Fauzi Hassan Chouker (2001, p.160) a ausência da barreira cronológica fomenta o desaparelhamento do Estado e o despreparo dos profissionais que lida com a matéria que acabam se sentido desobrigados a controlar suas atividades em relação ao tempo.

Não é raro, portanto, atribuir-se a demora na aplicação da justiça criminal à demora na conclusão das investigações criminais. Nesse sentido, mais uma vez o modelo é criticado sem que se analise as causas desta demora quando ela ocorre.

Não resta dúvidas de que a inexistência de norma que imponham prazos para a conclusão dos trabalhos investigativos seja fator a colaborar para a demora. Contudo, fatores como a falta de estrutura e insuficiência de recursos materiais e humanos por parte das policias judiciárias também não pode ser olvidado.

Outro ponto que deve ser lembrado é o que Auri Lopes Junior (2003, p.176) chama de limitação qualitativa do inquérito policial. Para o autor o inquérito policial deve ter uma limitação de cognição nos planos horizontal e vertical. No plano horizontal a limitação representaria o alcance do inquérito em demonstrar a probabilidade da existência do fato aparentemente punível e a autoria, coautoria ou participação do sujeito passivo. O inquérito deveria se limitar a averiguar e comprovar o fato em grau de probabilidade. Proceder-se-ia, assim, a uma cognição perfunctória e deixar-se-ia a cognação plenária para a vindoura fase processual. Já no plano vertical estaria o direito. Seriam os elementos jurídicos referentes à existência de crime observados no conceito

formal (fato típico, ilícito e culpável) o inquérito deve demonstrar essas condições de forma meramente aparente. A antítese a isso, ou seja, a certeza desses elementos, seria obra a ser perseguida no processo.

A vingar a tese de Auri Lopes, de fato, os inquéritos ganhariam grande celeridade. Todavia, a realidade da liça forense revela que o que se pretende o inquérito policial, por mais paradoxal que seja, é que ele seja um instrumento de investigação criminal que ao fim e ao cabo indique exaustivamente os elementos que comprovem autoria, materialidade e circunstâncias delitivas. Disse-se, paradoxalmente, porque como já foi exposto a doutrina clássica insiste em desmerecer o procedimento taxando-o de peça meramente informativa e dispensável. Todavia, em verdade, o inquérito policial revela-se peça fundante na grande maioria das denúncias ofertadas ao poder judiciário. Ademais, no curso do processo penal, em regra, as ações do *dominu litis* limita-se a reproduzir em juízo as provas colhidas em sede policial.

Por essas razões, tem-se que a duração de um inquérito policial é complexa e de difícil delineamento. Fatores tecnológicos, complexidade cada vez maior dos crimes – máxime os crimes econômicos, quantidade absurda de ocorrências policias levadas a registro, falta de estrutura material e humana, inexistência de norma de limitação temporal para realização de atos, tramite burocrático entre polícia, ministério público e justiça, e uma série de outros fatores devem ser levados em conta. A tudo isso soma-se que a limitação vertical e horizontal proposta por Auri Lopes Junior nunca ocorreu. Logo, a investigação criminal na prática e a ensejar uma denúncia nunca é perfunctória, mas sim exauriente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida societária sempre exigiu do ser humano a entrega de parte de sua liberdade individual em favor da paz coletiva. A segurança proporcionada pela vida em grupo é o que anima o homem a viver coletivamente. Todavia o viver coletivo não representa, por si só, um conviver harmônico.

Para manter a paz social o engenho do homem criou normas a serem observadas por todos. Para obrigar a todos ao cumprimento destas normas fez-se a polícia. E a força legítima do Estado exercido por esses grupos armados o verdadeiro instrumento garantidor da ordem e da paz.

Com o evoluir do pensamento ocidental foram resgatados os conceitos de direitos inatos a todos os homens desde seu nascimento. O resgate dos chamados direito naturais propiciou os fenômenos do constitucionalismo e do reconhecimento dos direitos fundamentais nos estertores do século XVII.

Para garantir os direitos fundamentais os Estados se valem de sistemas de justiça criminal que, em sua ponta mais remota e em contato direto com o povo, está a polícia.

Como é de se esperar na refrega travada entre o interesse do Estado em manter a segurança – visão *ex parte principis* – e a visão do particular em manter sua liberdade – visão *ex parte populi* — é a polícia quem primeiro age.

No Brasil essa marcha evolutiva não destoa do havido no restante do mundo ocidental em que pese suas peculiaridades locais.

Como também se observou e ainda se observa em grande parte do planeta o emprego de força armada — polícia — sob o argumento de manutenção da paz social e da ordem pública volta e meia foi feito de forma sub-reptícia a esconder interesses inconfessáveis. Para manter governos e apaniguados e não para servir ao povo o aparato de segurança pública ao longo da história brasileira confundiu conceitos imiscíveis como “segurança nacional”, “segurança interna” e “segurança de Estado” com o conceito de “segurança pública”.

Um dos fenômenos decorrentes deste desvirtuamento recorrente pode ser reconhecido na militarização da segurança pública que mesmo na atual quadra insiste em se fazer presente.

Na balança do sistema de justiça criminal que ora tende a valorizar garantias, ora tende a valorizar o eficientismo na atuação repressiva do Estado, a história do Brasil revela-se pródiga em favorecer o recrudescimento das ações punitivas.

Em que pese o marco garantista representado pela Carta de 1988, o fato é que o Brasil do século XXI ainda flerta com o expansionismo do Direito Penal. Soluções militarizadas e de força que fragilizem garantias ainda convencem acadêmicos, políticos e operadores do direito. Mais que isso, o discurso de lei e ordem encanta o vulgo e rende votos.

Todavia, os mais de sessenta mil mortos vitimados pela violência a cada ano no Brasil e a população carceraria de mais de setecentos mil presos parece gritar aos incautos algo como: a violência não resolve a violência! Mesmo a violência institucional já se revelou incapaz de solucionar a questão como lembra Ferrajoli e, por isso, deve ser refreada.

Neste cenário pouco alvissareiro encontra-se a Polícia Judiciaria brasileira. Devotada a realizar a investigação criminal no sistema acusatório, esta força policial se coloca entre a eficiência que lhe exige atuar mais fortemente na repressão criminal e a função garantidora de cada vez mais preservar direitos fundamentais mesmo daqueles que transgridam a norma. Sua posição, pois, é das mais complexas. De todos os atores que atuam no sistema de justiça criminal, a Polícia Judiciaria é aquela mais sensível às mudanças de comportamento da sociedade que hora exige forca, ora exige liberdade.

Não por acaso é a polícia judiciaria a instituição mais controlada e criticada no sistema de segurança pública e justiça criminal no Brasil. Alguns chegam a lhe atribuir a responsabilidade por um suposto fracasso do sistema de justiça criminal. Mas como falar de fracasso ou em crise se os mais de setecentos mil presos passaram, em algum momento e em alguma medida, pelas delegacias de polícia? Como falar em crise no sistema investigatório se outros setecentos mil indivíduos possuem contra si mandados de prisão decorrentes de procedimentos policiais que os indicaram como autores de crimes? Como falar em fracasso do modelo investigativo, se as ocorrências criminais pululam aos borbotões nas delegacias de polícia, que há décadas não recebem recursos materiais e humanos para realizarem seu mister? A guisa de mero exemplo, tem-se que no ano de 2018 o Estado de Minas Gerais[53] gastou pouco mais de um bilhão e oitocentos milhões de reais com a polícia judiciaria mineira. Deste valor, mais de oitocentos milhões foram

[53] Dados do site <www.transparéncia.gov.mg.br> Acessado em: 20 de fevereiro de 2019

para o DETRAN e não para o trabalho de polícia judiciária. Com a metade dos servidores da Polícia Civil, o Ministério Público de Minas Gerais recebeu no período mais de dois bilhões de reais.

Logo, falar em crise no modelo de investigação criminal brasileiro e pretender aplicar aqui modelos alienígenas — máxime introduzindo no ordenamento nacional a figura do promotor investigador — ou pretender admitir que a todos os tipos de polícia previstos na Constituição possam indistintamente realizar investigação criminal – militarização da segurança pública — é um retrocesso na marcha garantista que, talvez em solo brasileiro já de há muito seja o modelo que mais se coaduna com os cânones pensado por Ferrajoli. E que por aqui, o órgão estatal dedicado a investigação, busca a verdade e não elementos de prova de acusação. A polícia judiciaria brasileira não investiga para acusar já que não é parte. E no modelo brasileiro, com algumas adaptações, que o princípio da paridade de armas, em matéria de direito processual penal, está mais próximo de se realizar.

Por fim, registre-se que o modelo nacional de investigação criminal não é indene de críticas. Ha nele muito que se aperfeiçoar. Todavia, as propostas de aperfeiçoamento devem volver os olhos não somente para a eficiência do sistema em comprovar autoria, materialidade e circunstais de crimes no maior número de casos possíveis e em menor tempo. Ha que se atentar também, para a necessidade de se chegar a estes resultados garantindo direitos fundamentais e reduzindo a violência institucional.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. **ISBN**: 978-85-309-7755-9

ARANTES, Rogério Bastos; LOUREIRO, Maria Rita; COUTO, Cláudio; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. **Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, Tribunais de Contas, Judiciário e Ministério** Público. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando; PACHECO, Regina; (Org.).

Burocracia e política no Brasil: desafios para o Estado Democrático no século XXI. 1ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. Campinas: Millennium, 2000 Acesso em: 13 de fevereiro de 2019. **ISBN do livro**: 978-85-225-0777-1

AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015. **ISBN**: 978-85-309-6207-4

AZAMBUJA. Darcy. **Introdução à Ciência Política**. Rio de Janeiro. Globo. 1989. **ISBN**: 978-85-250-4574-4

BARATTA, Alessandro. ***Criminologia crítica e crítica do direito penal***. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. **ISBN**: 978-85-353-0188-5

BARROSO. Luís Roberto. **Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. a síntese possível e necessária.** 2004. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/183279. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Rio de Janeiro 2005. https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. ISBN: 978-85-352-1561-8

BIACHINI, Alice**.** *Pressupostos materias mínimos da tutela penal*. Série as Ciências Criminais do Século XXI. Vol. 7, São Paulo: RT, 2002. ISBN: 8520321372

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. ISBN: 978-85-352-1561-8

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. ISBN: 85-274-0328-5

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006. ISBN: 8577530876

BONACCORSI, Daniela Villani. A Atipicidade do crime de lavagem de dinheiro:análise crítica da Lei 12684/12 a partir do emergencialimso penal. LumenJuris.Rio de Janeiro.2013. ISBN: 978-8537522776

BONACCORSI, Daniela Villani. A denúncia alternativa no crime de lavagem de dinheiro. D`Pácito. Belo Horizonte. 2014. ISBN: 978-8584250226

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15a ed. São Paulo. Malheiros. 2000. ISBN (edições posteriores): 978-8539204700

BONAVIDES. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo. Malheiros. 2011. ISBN: 978-8539200825

BONAVIDES. Paulo. **A quinta Geração de Direitos Fundamentais.** Disponível em <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-

quintagera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf> Acessado em: 10 de novembro de 2018. https://doi.org/10.30899/dfj.v2i3.534

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. STF, RE-593727, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14/05/2015.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado** In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). Reforma do estado e da administração pública gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 21-37. ISBN: 978-8522502363

BRITO, Alexis Couto. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN: 978-85-224-9814-7

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN: 978-85-0206-9725

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2015. ISBN: 978-8553613762

BUSNELLO. Priscila de Castro. O Papel da Polícia Judiciária no Brasil e sua **Importância para a Estruturação, Manutenção, Fortalecimento e Evolução da Democracia**. Revista Brasileira de Ciências Policiais. Vol. 6. N. 2. Brasília. 2015. https://doi.org/10.31412/rbcp.v6i2.380

CAMPOS, Ana Maria. ***Accountability*: Quando poderemos traduzi-la para o português?** Revista da Administração Pública. Rio de Janeiro: FGV, fev./abr. 1990. https://doi.org/10.1590/S0034-76122009000600006

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina. 1995. ISBN: 9789724021065

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a Marteladas.** Lumem Jures. São Paulo, 2016. ISBN: 9788551910108

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth, **Do patrulhamento ao Policiamento Comunitário**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1998. ISBN: 9788535302295

CHOUKR, Fauzi Hassan**. Garantias constitucionais na investigação criminal.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2006;000759838

CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?** Prólogo de Eugenio Raul Zaffaroni. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993. ISBN: 9879943708

COTTA, Albert Francis**. Breve História da Polícia Militar de Minas Gerais.** Belo Horizonte. Crisalida. 2006. ISBN: 978-8587961211

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do poder de polícia**. Rio de Janeiro. Forense, 1999. ISBN: 978-8530908461

CRETELLA JUNIOR, José. **Polícia e Poder de Polícia**. Revista Direito Administrativo. Rio de Janeiro.1985. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44771/43467> Acessado em: 20 de novembro de 2018. https://doi.org/10.12660/rda.v162.1985.44771

DAHL, Robert A. **Poliarquia**. São Paulo: EDUSP. 1999. ISBN: 978-8531404092

DEL VECCHIO, Giorgio, **História da filosofia do direito**; Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006. ISBN: 978-8588466333

DEZAN, Sandro Lucio; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **A juridicidade do Estado administração na concretização de políticas públicas de saúde – Um método para a justificação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. A&C – Revista de

Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 211-238, jan. /mar. 2016. https://doi.org/10.21056/aec.v16i63.49

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito administrativo.** 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. dos Tribunais, 2002. ISBN (edições posteriores): 978-8530979126

DOTTI, René Ariel. **A autoridade policial na Lei 9099/95**. Boletim IBCCRIM. n. 41. maio/1996. https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigos/61-41-Maio-1996

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN: 978-8520336182

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. - São Paulo: Editora Revista. ISBN: 978-8520319550

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo. Atlas. 1980. ISBN: 978-8522416929

FERREIRO FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 978-8502176843

FISCHER, Douglas**. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; PINTO, Felipe Martins. **Da ilegitimidade dos atos probatórios desenvolvidos pela Polícia Militar: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade.** Revista *Duc In Altum* - Caderno de Direito. v.4. n.6. jul-dez. 2012. https://www.studocu.com/pt-br/document/universidade-federal-de-minas-gerais/direito-processual-penal-i/freitas-jessica-pinto-felipe-m-ilegitimidade-dos-atos-probatorios-desenvolvidos-pela-policia-militar/74479897. https://doi.org/10.22293/2179-507X.V4I6.105

GARLAND, David. **La Industria del Control: CRIMEN Y ORDEN SOCIAL EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA**. Ed. Del Puerto. Buenos Aires. 1993. https://archive.org/details/LaCulturaDelControlDavidGarlandCrimenYOrdenSocialEnLaSociedadContemporanea

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). Editorial **"Ciclo completo de Polícia": ou indevida investigação legal**. Boletim 199 São Paulo, 2009. https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3880-EDITORIAL-Ciclo-completo-de-Policia-ou-indevida-investigacao-legal

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). Editorial **Advertências à militarização da ideia de segurança pública**. Boletim 206. São Paulo, 2010. https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4011-EDITORIAL-Advertencias-a-militarizacao-da-ideia-de-seguranca-publica

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988. ISBN: 978-85-7164-011-5

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm. 2015. ISBN (edições posteriores): 978-8544225226

LOPES JUNIOR, AURY **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal** – São Paulo. Lumen Juris. 2014. ISBN: 978-8573871722

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2000. ISBN: 8586833223

MATIAS PEREIRA, José. **Curso de administração pública**: foco nas instituições e ações governamentais. São Paulo: Atlas, 2008. ISBN: 9788522450558

MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo**. Curso de Direito constitucional**. -São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 9788502622746

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3ª Ed. Atlas. São Paulo.2015. ISBN: 9788522494071

MONET, Jean-Claude **Polícias e Sociedade na Europa**. Polícia e Sociedade. v. 3 São Paulo, Edusp. 2002. ISBN: 9788531406485

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. **Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. Volume 3. São Paulo. Atlas 1998. ISBN: 9788522445127

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 16. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014. ISBN: 9788530939670

MOURA, Adriana Galvão. **A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Cidadania. In Constituição e Construção da Cidadania**. Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Paulo José Freire Teotônio (organizadores). Leme: JH Mizuno, 2005. https://www.academia.edu/102200954/A_Dignidade_Da_Pessoa_Humana

NUCCI, Guilherme de Souza. **Juizados Especiais Criminais Federais**. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN: 9788530939670

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**: Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 9788530962517

O'DONNELL, Guilhermo. ***Accountability* horizontal e novas poliarquias**. São Paulo: Lua Nova, 1998. 10.1590/S0102-64451998000200003 [scielo.br]

OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach. **A teoria geracional dos direitos do homem.**

2010. Disponível em:

<http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teoria_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf> Acessado em: 10 de dezembro de 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2018. **ISBN:** 978-85-9701-438-9

PASTANA, Débora Regina. *Os contornos do Estado punitivo no Brasil*. *Perspectivas, São Paulo, v. 31, p. 29-46, jan./jun. 2007. Disponível em* http://www.fclar.unesp.br/seer/index.php?journal=perspectivas&page=article&op=viewFile&path[]=518&path[]=476. Acessado em 10/10/2014.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. São Paulo: Almedina, 2010, p. 185. **ISBN:** 978-972-40-4356-2

PEREIRA, Eliomar da Silva. Introdução: **Investigação Criminal, Inquérito Policial e Polícia Judiciária.** In: PEREIRA, Eliomar da Silva e DEZAN, Sandro Lúcio. Investigação criminal conduzida por Delegado de Polícia. Comentários à Lei n° 12.830/2013. Curitiba: Juruá, 2013. **ISBN (impresso):** 978-85-362-4449-5 e **ISBN (digital):** 978-65-5605-266-3

PEREIRA. Eliomar da Silva. **Autonomia da Polícia Judiciária: a discussão sobre a PEC 412/2009**. Revista Brasileira de Ciências Policiais. V 6. N 2. Brasília. 2015. 10.31412/rbcp.v6i2.384

PEREIRA. Eliomar da Silva. **Saber e Poder: o processo (de investigação) penal**. Florianopolis. Tirant to Blanch. 2019. ISBN: 978-85-9477-283-1

PITOMBO. Sérgio Marcos de Moraes. **O indiciamento como ato de polícia judiciária**. Revista dos Tribunais, n. 577. São Paulo. 1998. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/handle/2011/165461. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

PRADO. Luiz Régis. SANTOS Diego Prezzi. **Prisão Preventiva a Contramão da Modernidade**. Forsense. Rio de Janeiro. 2018. ISBN: 978-8530981594

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2018. **ISBN:** 978-85-9701-508-9

RIPOLLÉS, José Luis Díez. ***La política criminal en la encrucijada***. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. Colección Estudios y debates em Derecho Penal, nº 3. **ISBN: 978-9974-578-86-9**.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 4 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

SAAD. Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. São Paulo. RT. 2004. **ISBN:** 852032617X

SANTIN, Valter Foleto. **CONTROLE JUDICIAL DA SEGURANÇA PÚBLICA: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo. Verbatim. 2004. **ISBN:** 8520326056

SILVA SANCHÉZ, Jesus Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. - Série as ciências criminais no século 21; v. 11. **ISBN:** 8520322875

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. **ISBN: 978-85-7348-789-3**.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiro. 1999. **ISBN-10:** 8539200216

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. atual. até a EC 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009. **ISBN:** 978-85-7420-921-0

SILVA, Wellington Clay Porcino. **O Estabelecimento de indicadores para a Polícia Judiciária**. Revista Brasileira de Ciências Policiais. Vol. 6. N. 2. Brasília. 2015. : 10.31412/rbcp.v6i2.386

TEIXEIRA, Luiza Reis. **Accountability Horizontal no Brasil: uma Análise do programa de fiscalização dos Sorteios Públicos no Estado da Bahia**. Rio de Janeiro. EnANPAD. 2013. Disponível em:

<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013_EnANPAD_APB2319.pdf> Acessado em: 15 de dezembro de 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantais individuais no processo penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 257-360. **ISBN-10:** 8520325793

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009. **ISBN:** 978-972-40-4034-9

WERNER. Guilherme Cunha. **Aspectos Inconstitucionais do Controle Externo da Polícia Judiciária**. Brasília. Revista de Direito de Polícia Judiciária. 2017. **DOI:** 10.31412/rdpj.v1i1

ZACARIOTTO, José Pedro. **A Polícia Judiciária no Estado Democrático**. Sorocaba. Braziliense Books. 2005. **ISBN:** 85-99080-01-6

ZAVERUCHA, Jorge. **FHC, forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia, 1999-2002**. São Paulo. Ed. Record. 2005. **ISBN-10:** 85-01-07449-7

ZAVERUCHA, Jorge. **Frágil democracia: Collor, Itamar, FHC e os militares: (1990-1998) São Paulo**. Ed. Record. 2000. **ISBN:** 8520005217