

**UNINOVE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCELO ALVES NUNES

**DURAÇÃO RAZOÁVEL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL:
UMA GARANTIA FUNDAMENTAL DO INVESTIGADO**

**São Paulo
2013**

MARCELO ALVES NUNES

**DURAÇÃO RAZOÁVEL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL:
UMA GARANTIA FUNDAMENTAL DO INVESTIGADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNINOVE - Universidade Nove de Julho, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Prof. Ruy Cardozo de Mello Tucunduva Sobrinho, Dr, Orientador.

**São Paulo
2013**

NUNES, Marcelo Alves.

DURAÇÃO RAZOÁVEL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: UMA GARANTIA FUNDAMENTAL DO INVESTIGADO / Marcelo Alves Nunes. 2013.

120 p.

Dissertação (Mestrado), Uninove, 2013.

Orientador: Dr. Ruy Cardozo de Mello Tucunduva Sobrinho.

1. Investigação criminal. 2. Constitucionalização. 3. Duração razoável.

MARCELO ALVES NUNES

**DURAÇÃO RAZOÁVEL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL:
UMA GARANTIA FUNDAMENTAL DO INVESTIGADO**

Dissertação apresentada à Universidade Nove de Julho – UNINOVE, para obtenção do grau de Mestre em Direito, pela Banca Examinadora, formada por:

São Paulo, XX de XXXX de 2013.

Presidente: Prof. Ruy Cardozo de Mello Tucunduva Sobrinho, Dr. Orientador, UNINOVE.

Membro: Prof. (a), Dr. (a) UNINOVE

Membro: Prof. convidado

Titulação

Aos meus pais, *Tuta* e *Diva*, um singelo
fragmento do meu infinito amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Nove de Julho (UNINOVE), por proporcionar-me a realização de um antigo sonho, que, por muitas vezes, imaginei inatingível.

À Prof.^a Dra. Monica Bonetti Couto, que, desde o primeiro momento, mostrou-se uma amiga disposta a ajudar-me na concretização deste trabalho.

E ao meu orientador, Prof. Dr. Ruy Cardozo de Mello Tucunduva Sobrinho, prova de que a maturidade intelectual pode habitar a mente de um jovem, capaz de dominar tranquilamente diversos assuntos e de refrear, pacientemente, os frequentes arroubos dos jejunos, como eu.

O delegado de polícia é o primeiro garantidor da legalidade e da justiça (Ministro Celso de Mello).

RESUMO

A proposição de garantias constitucionais na fase de investigação criminal constitui, sem dúvida, significativo avanço na construção de um processo penal mais ético e justo, consentâneo com os valores republicanos materializados na Constituição Federal de 1988. E assim, como instituição de Estado, a Polícia Judiciária vem sendo ideologicamente remodelada, assumindo conformação mais garantista nesta era constitucionalista do direito. Isso porque, na prematura fase do inquérito policial, é possível o investigado sofrer sérias restrições em seu patrimônio jurídico nuclear, com afetação de sua *dignidade, liberdade, intimidade e patrimônio*. Com efeito, a opção do legislador pela regra do não-prazo em matéria de investigação policial [e não só] reclama imediata revisão, vez que a ausência de controle normativo sobre os atos investigatórios fomenta abuso do Estado-polícia em detrimento de caros valores da pessoa humana. Como reação, a garantia da duração razoável dos procedimentos administrativos, constitucionalmente erigida à categoria de direito fundamental pela EC n. 45/2004 (CF, art. 5º, inc. LXXVIII), aponta a premente necessidade de revisitação crítica da investigação criminal, considerada em seu conjunto, posto que a demora na conclusão do procedimento agrava o sentimento de angústia e estigmatiza injustamente a pessoa investigada, a quem é infligida antecipadamente uma pena que poderá não ser confirmada pelo Estado-juiz, em etapa subsequente da *persecutio criminis*. Tomada a tempestividade da investigação criminal como eixo central, foi desenvolvido o presente estudo acadêmico, a partir de conceitos elementares, da legislação positivada (ordinária e constitucional), da jurisprudência, do fenômeno da constitucionalização do direito e da doutrina especializada. Na exploração do objeto de conhecimento, não foram olvidados aspectos jurídicos correlatos, de sensível relevância para o assunto, notadamente as consequências da investigação intempestiva para a ação penal, as possíveis defesas do sujeito da perseguição, e a responsabilidade civil do Estado e de seus agentes, complementando e enriquecendo sobremaneira os argumentos teóricos submetidos à reflexão.

Palavras-chave: Investigação criminal. Constitucionalização. Duração razoável.

ABSTRACT

The proposition of constitutional guarantees in the criminal investigation stage is undoubtedly a significant progress in building a more ethical and fairer criminal case, consistent with republican values embodied in the Constitution of 1988. Thus, as an Estate institution, the Judicial Police has been ideologically remodeled, assuming a more guaranteed conformation in this constitutionalist era of law. This is because, in the early stage of the police investigation, the investigated might suffer serious restrictions on their nuclear legal heritage, as an example of dignity, freedom, intimacy and equity. Indeed, the choice of the legislature by the rule of non-term research officer [not only] demands immediate review, since the lack of regulatory control over the investigative acts fosters abuse of the Estate-police rather than expensive state values of the human person. As a reaction, the guarantee of reasonable duration of administrative procedures, constitutionally erected a fundamental right by EC 45/2004 (CF, art. 5th, inc. LXXVIII), points to the urgent need for critical revisiting of the criminal investigation, taken as a whole, since the delay in the completion of the procedure exacerbates feelings of distress and unfairly stigmatizes the investigated person, on whom an anticipated punishment, that cannot be confirmed by the State court, in a subsequent procedural step of the *persecution criminis*. Using the timing of the criminal investigation as its centerpiece, this study was initiated, from elementary concepts, positive legislation (ordinary and constitutional), the case law, the phenomenon of constitutionalization of law and specialized doctrine. In the exploration of the object of knowledge, related juridical aspects of sensitive relevance to the subject have not been left aside, especially the unintended consequences of investigation for the penal action, the possible defenses of the subject of prosecution, and the liability of the State and its agents, complementing and enriching excessively theoretical arguments submitted to reflection.

Keywords: Criminal investigation. Constitutionalization. Reasonable length.

LISTA DE ABREVIATURAS

APn	Ação penal
Câm. Crim.	Câmara Criminal
c.c.	combinado com
CCn	Câmara Criminal
CF	Constituição Federal
CR	Constituição da República
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
COM	Código Penal Militar
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
DGP	Delegacia Geral de Polícia
DJe	Diário da Justiça eletrônico
DJU	Diário da Justiça da União
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
<i>Ibidem</i>	Na mesma obra
<i>Ibid</i>	Na mesma obra
<i>Idem</i>	Do mesmo autor
<i>In fine</i>	Parte final
IP	Inquérito Policial
<i>Ipsa facto</i>	Consequentemente, por isso mesmo
JECRIM	Juizado Especial Criminal
JSTF	Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
JSTJ	Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
JTACrimSP	Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
LCP	Lei das Contravenções Penais
LEP	Lei de Execução Penal
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MP	Ministério Público
MS	Mandado de segurança
m.u.	maioria de votos
NECRIM	Núcleo Especial Criminal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RJDTACrimSP	Revista de Jurisprudência e Doutrina do TACrimSP
RJTJSP	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo
ROHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RT	Revista dos Tribunais
StPO	Código Penal da Alemanha
STF	Supremo Tribunal Federal

STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
TACrimSP	Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJMA	Tribunal de Justiça do Maranhão
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
<i>Verbi gratia</i>	Por exemplo
v.g.	Por exemplo
v.u.	votação unânime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	16
1.1 O INQUÉRITO POLICIAL COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	18
1.1.1 Atos policiais de persecução criminal	20
1.1.2 Reprodução simulada dos fatos	31
1.2 INCIDENTES JURISDICIONAIS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	32
1.2.1 Busca e apreensão de pessoas e coisas	32
1.2.2 Medidas assecuratórias	35
1.2.2.1 Sequestro: medida assecuratória sobre “os bens” do investigado.....	36
1.2.2.2 Medidas assecuratórias sobre “o corpo” do investigado.....	37
1.2.2.2.1 <i>Prisão em flagrante delito</i>	37
1.2.2.2.2 <i>Prisão preventiva em sentido estrito</i>	41
1.2.2.2.3 <i>Prisão temporária</i>	45
1.2.3 Intercepção das comunicações telefônicas	49
1.2.4 Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados, a informações eleitorais ou comerciais, e a registros fiscais, bancários e financeiros	51
1.2.5 Captação e intercepção ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos	52
1.2.6 Infiltração de agentes policiais em quadrilhas ou bandos, organizações criminosas e associações criminosas	53
1.3 “INVESTIGAÇÃO POLICIAL” NO SISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL (JECRIM).....	55
2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	59
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	62
2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	62
2.1.2 Princípio da legalidade	67
2.1.3 Princípio do devido processo legal	69
2.1.4 Princípio da presunção da inocência	72
2.1.5 Princípio da motivação	75

2.1.6 Princípio da proibição das provas ilícitas.....	77
3 O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	82
3.1 NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	82
3.2 SIGNIFICADO DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	86
3.3 O TEMPO ENQUANTO PENA.....	91
3.4 DELIMITAÇÃO DO RAZOÁVEL.....	95
3.5 TERMO INICIAL E TERMO FINAL DO PRAZO RAZOÁVEL.....	96
3.6 A OPÇÃO BRASILEIRA PELA REGRA PROCESSUAL DO NÃO-PRAZO.....	98
3.7 CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS QUANTO À INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	102
3.8 DEFESAS DO INVESTIGADO CONTRA A DURAÇÃO EXCESSIVA DA INVESTIGAÇÃO	105
3.9 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO E DE SEUS AGENTES.....	107
CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

A preocupação com o assunto eleito surgiu em razão da menor importância que os teóricos e tribunais conferem, em tema de garantias fundamentais, aos atos de investigação criminal. De modo preocupante, reduzem o seu principal e ordinário instrumento, que é o inquérito policial, à condição de peça meramente informativa, propalando a falsa percepção de que as anomalias jurídicas ocorridas em seu *iter* possam ser normalmente remediadas, sem maiores prejuízos para o processo penal subjacente ou para a pessoa do investigado.

Pensando dessa maneira, esquecem-se os expertos de que o Estado-investigador, ao deflagrar a persecução criminal pré-processual, sacrifica, em certa medida, a liberdade do indivíduo, um bem humano fundamental. E desse modo, posto o problema sob esse ângulo, força admitir que o plexo de direitos e garantias elementares há de também modular a ação investigatória, vez que o inquérito policial integra o processo penal (em sentido amplo), precipuamente ubicado à formação preliminar da culpa, condição sem a qual não pode ser deduzida a pretensão punitiva em Juízo.

Sucedem que o inquérito policial de há muito deixou de ser instrumental unicamente informativo. Para além disso, constitui procedimento criminal preparatório, em que se busca exaurir a prova do delito, em toda a sua extensão e profundidade, dispondo a autoridade policial de poderes requisitórios para tanto, muita vez invadindo o patrimônio jurídico do sujeito investigado. Por extensão, este agente policial não está a presidir procedimento estático, apenas movimentado a partir de impulsos externos, nem dele se tolera postura exclusivamente passiva, limitando-se a documentar dados e informações que, esporadicamente, cheguem ao seu conhecimento.

Essa ruptura de paradigma talvez seja o grande desafio do novo delegado de polícia, algo não inteiramente compreendido por muitos profissionais: agir sobre o ponto mediano entre segurança pública, que está a servir, e a liberdade individual, que está a tutelar na nova ordem constitucional. Em outros termos: manejar os expedientes de investigação criminal para satisfazer a vontade coletiva *ex parte príncipe* e, com o mesmo escopo, servir de bastião das garantias *ex parte populi*.

Em verdade, a ideia de entronizar na investigação criminal garantias processuais fundamentais nada tem de inédito, mas é certo que desde a promulgação da Carta de 1988 volta constantemente ao foro de discussão, como num movimento pendular em que se desenha a estrutura dogmática de um processo penal mais humanizado, aqui colocado como

instrumento jurídico de afirmação da liberdade individual ante o poder repressivo e verticalizado do Estado.

Neste sistema ético-jurídico, ao suspeito não mais se atribui o desvalor de “objeto” da investigação criminal, despido de garantias mínimas, senão o conceito positivo de “sujeito” de direitos, atributo juspositivo que acompanha o indivíduo em toda e qualquer relação jurídica, pela elementar condição de pessoa humana.

Na repressão ao crime, cumpre à Polícia Civil resguardá-los, nos lindes de suas atribuições constitucionais, contra toda a sorte de ataques e ameaças. Isso porque a atividade apuratória não pode ser dissociada do Estado democrático e constitucional de direito, devotando-se a Instituição, acima de quaisquer conveniências políticas de ocasião, à realização de seus fins, *pari passu* com a tutela dos valores constitucionalmente assegurados ao investigado, dentre os quais a conclusão do procedimento investigatório em prazo minimamente razoável.

E neste ponto reside o objetivo do trabalho: revisitar tradicionais institutos da investigação criminal a partir do fenômeno da constitucionalização do direito, com acentuado destaque para o grau de impacto da garantia da duração razoável do processo sobre o inquérito policial e demais atos de Polícia Judiciária, a cargo das Polícias Cíveis dos Estados (CF, art. 144, § 4º), e suas consequências para o processo criminal e também para o *status dignitatis* do sujeito passivo da persecução criminal.

A proposição tem pertinência notadamente porque, no processo penal, a abreviação do tempo tanto resguarda a integridade e qualidade dos elementos de prova, como atenua o drama e põe a salvo direitos daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado-investigador e do Estado-juiz, preocupação republicana quando o bem jurídico fustigado é, invariavelmente, a liberdade humana.

Por tudo isso, traz-se à reflexão o direito fundamental à duração razoável da investigação criminal, secundando a conformação jurídica que a EC n. 45/2004 conferiu, quanto ao tempo, aos processos judiciais e procedimentos administrativos (art. 5º, inc. LXXVIII).

Para justificar as hipóteses suscitadas, convém registrar que foi utilizado o método dedutivo, partindo da análise de diversos textos legais e, em complemento à metodologia de pesquisa bibliográfica, valeu-se o estudo da doutrina e da jurisprudência para o embasamento teórico.

1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Consiste a investigação criminal no conjunto de atos e diligências encadeados e coordenados entre si, cujo escopo é a descoberta da verdade sobre o objeto perquirido, ou seja, os aspectos objetivos e subjetivos de uma infração penal.

Não se confunde com o inquérito policial, em que pese ser do nosso vezo jurídico tomar um termo por outro¹. A rigor, o inquérito policial é apenas mais um dos variados conteúdos da atividade persecutória estatal, ao lado de outros expedientes voltados para o mesmo fim, os quais, em conjunto, constituem o continente da investigação criminal.

Em se cuidando de infrações penais comuns, cumpre às Polícias Cíveis estaduais desvendar a verdade sobre crimes, ficando apenas ressalvada a competência da União, como se infere diretamente do disposto no art. 144, § 4º, da Constituição Federal.

Do aludido dispositivo constitucional deflui que o delegado de polícia é a autoridade investida do poder estatal para coordenar e dirigir as ações de Polícia Judiciária. Nesse aspecto, releva acentuar que nem mesmo a recente “derrubada” da Proposta de Emenda à Constituição n. 37 (PEC 37), que se propunha a negar poderes investigatórios ao Ministério Público, terá o condão de alterar, a nosso ver, essa hígida conformação do sistema constitucional.

Nessa ordem de pensamento, calha obtemperar que a Polícia Judiciária² não está hierarquicamente subordinada ao órgão de acusação oficial, sendo ainda certo que a sobredita norma, em nenhum instante, deixa entrever que a atividade de persecução policial possa também ser atribuição do *Parquet*, sequer residualmente.

Por desígnio do legislador originário, são os delegados de polícia os legítimos membros da Polícia Judiciária e, por coerência lógica, suas conclusões são remetidas ao magistrado, representante do Poder Judiciário, a quem se encontram vinculados pelas normas do processo penal. É claro que o promotor de justiça, porque lhe permite a Lei Suprema, pode

¹ Tal como José Frederico Marques, para quem “investigação é atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a ação penal. Daí apresentar caráter preparatório e informativo, visto que seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, p.152).

² A Polícia é uma instituição de direito público destinada a manter a paz pública e a segurança individual. Recebe o qualificativo “Judiciária” quando serve de braço auxiliar à justiça, fornecendo às autoridades judiciárias informações necessárias à instrução e julgamento dos processos criminais, realizando diligências requisitadas pelo juiz ou pelo órgão do Ministério Público, além de cumprir os mandados de prisão expedidos pela Justiça. De natureza repressiva, sua atuação ocorre, em regra, depois da infração penal, sendo sua finalidade apurar o delito no aspecto objetivo (materialidade) e subjetivo (autoria). No âmbito estadual, essa atribuição é cometida às Polícias Cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira (CF, art. 144, § 4º); na esfera federal, essas atividades são desenvolvidas pela Polícia Federal (CF, art. 144, § 1º, IV).

requisitar-lhes diligências e até acusá-los de prevaricação, quando o caso (art. 129, incs. VII e VIII), mas não mais que isso³.

Para esse sentido, a propósito, converge a recente Lei n. 12.830/13, que regulamenta a investigação criminal sob presidência privativa do delegado de polícia (art. 2º), sem qualquer referência a outros órgãos ou autoridades, até porque, se o fizesse, padeceria do mal incurável da inconstitucionalidade.

Em função do caráter meramente declaratório da proposta, nada haveria para se lamentar senão o inoportuno momento em que a PEC 37 foi colocada em votação. Não se pode ignorar que o povo tomava as ruas e, em tom de protesto, estava a cobrar maior responsabilidade administrativa dos poderes constituídos, em torno de valores republicanos, a exemplo da transparência, ética, eficiência dos serviços públicos, rigor no combate à corrupção etc.

A fúria popular não poupou a Polícia (em sentido amplo)⁴, invariavelmente associada à corrupção e à impunidade que de longa data afrontam a sociedade brasileira. Infelizmente, uma falácia que ganhou projeção na grande imprensa, que, mal informada ou talvez manipulada por interesses escusos, transformou a PEC 37 em a “PEC da Corrupção”, enfatizando um desvalor que não é regra e está longe de ser exclusivo dos órgãos de Polícia Judiciária⁵.

³ Pela inconstitucionalidade das investigações ministeriais já teve oportunidade de se manifestar o STF, ao fundamento de que assistiria ao MP a requisição de instauração de inquérito policial, e não colher provas por força própria (RE 233072-4/RJ – RHC 81326/DF).

⁴ De acordo com a Constituição da República, são órgãos policiais: I) polícia federal; II) polícia rodoviária federal; III) polícia ferroviária federal; IV) polícias civis; V) polícias militares e corpos de bombeiros militares (art. 144).

⁵ Não surpreende. A imprensa brasileira sempre se ocupou mais com os desacertos e menos com o honrado trabalho realizado pela imensa maioria dos policiais. A propósito, em interessante estudo sobre a imagem da polícia no Brasil, José Renato Nalini constata que “A comunidade recebe todos os dias carga considerável de queixas e críticas contra a polícia. São policiais arbitrários, que atiram antes de saber quem são suas vítimas, fazem surgir drogas nas revistas a que procedem, exigem propina e participação no produto do crime, utilizam-se de tortura e não respeitam, em síntese, nenhum direito humano. É eloquente que tenham desaparecido os *seriados* em que os policiais eram heróis respeitados pela comunidade. Estes sobrevivem apenas em séries norte-americanas veiculadas pela TV paga. O cinema brasileiro também não promove a figura do policial, geralmente a figurar como a serviço do crime ou dentro de uma ambiguidade suspeita. O filme sobre o episódio do “Carandiru” reflete essa tendência. A exceção parece ser o filme *Tropa de elite*, em que se procura restituir uma aura de respeitabilidade à classe policial. A tentativa de opor à imagem assim divulgada a saudável reação dos órgãos de cúpula, mediante atuação das Corregedorias da Polícia, não recebe da imprensa a mesma atenção. A mídia dissemina o exótico, o mórbido, o que atrai a atenção do seu alvo. Mesmo sem conhecer que a polícia coíbe a ação dos maus policiais, não se comove. As estatísticas mostram que inúmeros maus policiais são expulsos todos os meses. Além disso, são processados, julgados e condenados. Existem presídios especiais para policiais. Com tudo isso, os fatos não constituem notícia. O resultado é que, em regra, a população **teme a polícia**, em lugar de considerá-la aliada sua. Esse temor não é igual em relação a todos os ramos da polícia. A polícia rodoviária goza de boa imagem. Seus policiais são considerados atenciosos e prestativos (...). Os bombeiros também são policiais estimados pela comunidade. A atuação em episódios dantescos, quais os incêndios, ou pitorescos, qual a salvação de um animal doméstico de uma criança enferma, é sempre objeto de divulgação simpática (...). Já com relação aos investigadores da polícia civil, os ocupantes de viaturas que se

Não há dúvida, pois, que essa distorção maniqueísta dos fatos foi fundamental para a decisão da Câmara dos Deputados⁶, notadamente porque, até então, tencionava confirmar a proposta, tendo em vista a correlação ideológica da PEC 37 com a Lei n. 12.830/13, chancelada dias antes pela Casa do Povo.

O fato é que a PEC 37 foi rejeitada. O que resta, ao fim de tudo, é reverenciar a maturidade democrática a que chegou a sociedade brasileira, rompendo larga tradição histórica de resignação. Já quanto à capacidade investigatória de outros órgãos oficiais, perdeu o Congresso Nacional oportunidade de estancar uma fresta que vem se abrindo perigosamente no sistema constitucional, cujos riscos foram vaticinados por Marcos da Costa, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo (OAB/SP), nestes termos:

Na verdade, a PEC busca retomar o sistema de pesos e contrapesos na organização do Estado, de forma que não haja um descompasso que possa atingir os direitos e garantias dos cidadãos. Dentro do sistema de persecução penal brasileiro cabe à Polícia Judiciária (Civil e Federal) investigar com isenção, ao MP oferecer denúncia e ao Judiciário, julgar. Se a investigação penal ficar concentrada nas mãos do Ministério Público isso resultará em um grande desequilíbrio de armas entre acusação e defesa, num claro prejuízo à Justiça e ao cidadão (...).

Finaliza o advogado:

Defender o equilíbrio dentro da persecução penal não é antagonizar com qualquer tipo de luta contra a malversação de recursos públicos ou contra a impunidade; pelo contrário é buscar preservar princípios que asseguram o Estado de Direito, evitando a fragilização da divisão dos Poderes, base de sustentação de nossa democracia.⁷

E para tanto, a pretexto de assegurar a higidez do sistema, bastaria a Câmara dos Deputados declarar, solenemente, o que a Constituição Federal já preconiza sem rodeio, desde 1988.

1.1 O INQUÉRITO POLICIAL COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Criado pela Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, por sua vez regulamentada pelo Decreto-lei n. 4.824, de 28 de novembro de 1871, o instrumento investigatório, denominado inquérito policial, era assim definido: “Art. 42. O inquérito policial consiste em todas as diligências

deslocam a velocidades incríveis e com a sirena em funcionamento, a mera menção à palavra ROTA, no Município de São Paulo, gera nítido temor nas pessoas comuns”. (NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 496-497).

⁶ Na ocasião, foram registrados 430 (quatrocentos e trinta) votos contrários à emenda, 9 (nove) a favor, e duas abstenções.

⁷ COSTA, Marcos da. **Desmistificando a PEC-37**. OAB/SP. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2013/193/>. Acesso em: 17.set.2013.

necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstancias e dos seus autores e complices; e deve ser reduzido a instrumento escripto”[...].⁸

A definição não foi repetida no CPP em vigor.

Na doutrina, com poucas e mínimas variações, predomina o pensamento de que o inquérito policial corresponde a um procedimento destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria⁹. Constitui fase preliminar da ação penal destinada à colheita de elementos de prova, muitos deles de difícil obtenção na etapa de instrução judiciária, a exemplo dos exames periciais em geral¹⁰.

Com efeito, noticiada a infração penal, a estrutura da Polícia Judiciária é imediatamente mobilizada para reunir os elementos atinentes ao desvio, em seu duplo aspecto, a saber: (a) objetivo: materialidade; e (b) subjeto: autoria¹¹.

A esse conjunto de ações dá-se o nome de persecução criminal, como pontifica Fernando da Costa Tourinho Filho:

Como o Estado Soberano, titular do direito de punir autolimitou tal direito, é claro que, quando alguém transgredir a norma penal incriminadora, sua punição somente se efetiva por meio do processo. E, para que isso ocorra, é preciso que o Estado-Administração leve a notícia daquele fato ao conhecimento do Estado-Juiz (apontando-lhe o respectivo autor), a fim de que, apreciando-o, declare se procede ou improcede, se é fundada ou infundada a pretensão estatal.

O Estado, para tanto, desenvolve intensa atividade que se denomina *persecutio criminis*, primeiro por meio da Polícia Judiciária ou Polícia Civil (segundo a terminologia da Constituição da República) e depois pelo Ministério Público, instituições por ele criadas para, preferentemente, exercerem tal função, personificando o interesse da sociedade na repressão às infrações penais. Assim, é o Ministério Público quem leva ao conhecimento do Juiz, por meio da denúncia, o fato que se reveste de aparência delituosa, apontando o seu autor, a fim de que o Juiz possa verificar se deve, ou não, puni-lo, e, de outra banda, é a Polícia Civil quem leva ao conhecimento do Ministério Público a notícia desse fato delituoso, com a indicação do respectivo responsável.¹²

E na tarefa de preparar a acusação em juízo, a Polícia Civil lança mão de diversos expedientes e técnicas de investigação. Exemplificativamente, é o que será visto a seguir.

⁸ Texto conforme publicação original.

⁹ Como dizia João Mendes Júnior, o inquérito policial é “um instrumento ou para a denúncia ou para a queixa” (MENDES JÚNIOR *apud* MARQUES, *op. cit.*, p. 168).

¹⁰ Embora destinado à formação da *opinio delicti*, o inquérito policial não se presta exclusivamente a esse fim. Basta ver que materializa e preserva contra a ação do tempo provas cautelares irrepetíveis em juízo, a exemplo das perícias em geral e laudos de constatação. Sobremais, é a partir de elementos colhidos em sede preliminar que a Justiça Criminal se posiciona acerca de algumas medidas assecuratórias, como sequestro de bens, prisão temporária, prisão preventiva e interceptação telefônica.

¹¹ “Praticado o fato delituoso – diz PESSINA – ‘o dever de punir do Estado sai de sua abstração hipotética e potencial para buscar existência concreta e efetiva. A aparição do delito por obra de um ser humano torna imperativa sua persecução por parte da sociedade (*persecutio criminis*)’, a fim de ser submetido o ‘delinquente à pena que tenha sido prevista em lei” (MARQUES, *op. cit.*, p. 137).

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108/109.

1.1.1 Atos policiais de persecução criminal

Embora não seja o único meio apuratório, o inquérito policial é o principal instrumento de investigação criminal, e, em seu bojo, a autoridade policial, ante a *notitia criminis*¹³, desencadeia atividade persecutória, mais ou menos intensa conforme a complexidade do caso, modulada principalmente pelo Código de Processo Penal, sendo seu dever funcional:

a) Dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais (art. 6º, inc. I)

Trata-se de providência obrigatória desde a Lei n. 8.864/94, razão pela qual a autoridade policial tem o dever legal de dirigir-se ao local do crime. Isso porque a preservação do palco do delito é elementar para o trabalho técnico-pericial que ali será desenvolvido, o que pode determinar o êxito ou fracasso de toda a atividade investigatória a partir daí encetada¹⁴.

Discorrendo sobre o assunto, Hidejalma Muccio:

Um objeto, por mais insignificante que seja, pode ser a peça chave para que se desvende o crime. Um fio de cabelo pode conter material genético do criminoso. O talher encontrado no local ou proximidade pode conter impressão digital do autor da infração penal. No local pode ser encontrado um objeto que, por sua natureza, seja de uso restrito, facilitando a investigação e a descoberta da autoria, pois pode ter ligação com o crime, sendo exemplo: a faca de sapateiro; a faca de açougueiro; uma roupa de palhaço; uma espátula usada em pinturas. Esses objetos podem sugerir à autoridade policial quais devem ser os primeiros passos da investigação. No furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo, a possibilidade de se colherem impressões digitais, deixadas pelos autores, é maior. O local do fato, a constatação dos ferimentos, bem como a localização e a origem deles (se por projéteis de arma de fogo, faca ou outro instrumento qualquer), e a posição do cadáver, por exemplo, são fundamentais para o esclarecimento do delito de homicídio. Esses elementos podem indicar, de plano, a prática de suicídio ou homicídio, orientando a atividade investigatória. Se afastada qualquer possibilidade

¹³ É a notícia do crime que chega ao conhecimento da autoridade policial. Pode ser (a) espontânea (ou de cognição imediata): ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento do fato no exercício rotineiro de suas atribuições, através de jornais, revistas, investigações feitas por sua equipe de trabalho, comunicação feita pela polícia preventiva, descoberta ocasional de um corpo de delito, denúncia anônima etc. ; (b) provocada (ou de cognição mediata): dá-se quando a notícia chega ao conhecimento da autoridade policial mediante provocação formal de terceiros, tais como: requisição do juiz ou do Ministério Público (CPP, art. 5º, inc. II); *delatio criminis* (CPP, art. 5º, inc. II, e §§ 1º, 3º e 5º); requerimento da vítima (CPP, art. 5º, § 1º); representação da vítima (*delatio criminis* postulatória), nos crimes de ação penal pública condicionada à representação (CPP, art. 5º, § 4º); e requisição do Ministro da Justiça, nos crimes em que a persecução criminal fica condicionada à sua autorização (CP, arts. 7º, § 3º, b, e 141, inc. I. c.c. o parágrafo único do art. 145); (c) *notitia criminis* de cognição coercitiva, apresentada juntamente com o infrator detido em flagrante.

¹⁴ Essa cautela é justificada apenas nos delitos não transeuntes, que são aqueles que deixam vestígios materiais, tais como o furto qualificado, o roubo, o homicídio, o aborto, o sequestro etc. Naqueloutros que não deixam rastros (delitos transeuntes), a diligência é dispensável, como, v.g., no crime de injúria verbal.

de suicídio, o delito de homicídio passa a ser perseguido imediatamente. No caso de homicídio, esses elementos podem indicar uma possível luta anterior entre ofendido e agressor; que a vítima teve a defesa impossibilitada ou dificultada; ter sido o crime praticado por mais de uma pessoa; que o ofendido foi emboscado etc.¹⁵

Malgrado o comando genérico da lei, que não faz distinção segundo a gravidade dos delitos, a realidade policial impede que o delegado de polícia cumpra, em todos os casos, essa determinação de aspecto operacional. Na prática, tendo em vista o grande volume de ocorrências em certos distritos, acaba sendo obrigado a priorizar casos, pautando-se principalmente pela prudência e bom-senso, além da gravidade objetiva do fato. Assim, ante a notícia simultânea de um furto e um homicídio, preferível que se apresente ao local do segundo, inegavelmente de maior reprovação social e geralmente mais intrincado, do ponto de vista da prova.

O que não se pode admitir, sob pena de responsabilização administrativa e até criminal, é o completo desprezo pela regra, deixando de agir o delegado de polícia sem qualquer justificativa plausível, transformando uma norma cogente em mera faculdade, a seu bel prazer.

No campo da legalidade a que está adstrito, somente nos crimes de trânsito é autorizado a proceder de forma diversa, a teor do disposto no art. 1º da Lei n. 5.970, de 11.12.1973, *verbis*:

Em caso de acidente de trânsito, a autoridade ou agente policial que primeiro tomar conhecimento do fato poderá autorizar, independentemente de exame do local, a imediata remoção das pessoas que tenham sofrido lesão, bem como dos veículos nele envolvidos, se estiverem no leito da via pública e prejudicarem o tráfego. Para autorizar a remoção, a autoridade ou agente policial, lavrará boletim de ocorrência, consignando o fato, as testemunhas que o presenciaram e todas as demais circunstâncias necessárias ao esclarecimento da verdade.

b) Apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos (art. 6º, inc. II)

Como desdobramento natural do inciso anterior, impõe-se à autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato, depois de liberados pelos peritos criminais. Por se tratar de ato de ofício, prescinde de autorização judicial (RT 789/730) ou até mesmo de prévia instauração de inquérito policial.

Recomenda a cautela que sejam recolhidos e apreendidos não apenas os instrumentos utilizados na execução direta do crime, mas igualmente todos os objetos que possam, mesmo indiretamente, elucidá-lo ou indicar a linha inicial de investigação. Assim, apreende-se

¹⁵ MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 140/141.

[..] desde o revólver, a faca, a foice, o machado, o pedaço de madeira que serviu de instrumento para a prática do crime, como também o documento, o batom, o pente, o fio de cabelo, a borracha, o parafuso, encontrados no *locus delicti*.¹⁶

Alguns objetos, contudo, não ficam em poder da polícia e são restituídos aos proprietários. Isso se dá com aqueles ocasionalmente apreendidos, mas que, numa triagem mais rigorosa, constata-se que não têm relação com o fato que se pretende conhecer. Permite a lei que o próprio delegado promova a devolução do objeto, contanto que o direito do reclamante seja indubitado e a coisa não tenha sido apreendida em poder de terceiro de boa-fé (CPP, art. 120, §§ 1º e 2º).

c) Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (art. 6º, inc. III)

A norma redobra a cautela do delegado no curso da investigação criminal. Para alcançar a verdade (possível) dos fatos, é autorizado a notificar testemunhas, a vítima e o suspeito para prestar declarações, inclusive determinando que lhes sejam apresentados coercitivamente, caso deixem de comparecer sem justo motivo.¹⁷

d) Ouvir o ofendido (art. 6º, inc. IV)

Não há dúvida de que as palavras da vítima podem orientar o trabalho de investigação criminal; é a pessoa que normalmente vê os detalhes físicos do criminoso. Entretanto, devem ser recebidas com reservas, pois, não raras vezes, a natureza atávica alimenta no espírito do ofendido o ódio, o desejo de vingança, o torpor dos sentidos, sentimentos que podem ilaquear ou turvar o trabalho policial.

É bem verdade que, em casos muito particulares, pode não haver outros meios de prova. É o que se verifica nos crimes praticados na clandestinidade, às ocultas, sem testemunhas, em que a palavra da vítima, à míngua de outros elementos, torna-se prova concludente, não só em sede de apuração preliminar, como ponto de partida para o desvendamento do crime, mas também para efeito de condenação em juízo.¹⁸

¹⁶ MUCCIO, *ibid*, p. 144. Acrescenta o autor em outra passagem: “Um objeto por mais insignificante que seja pode ser útil para desvendar o crime, para estabelecer a autoria delitiva. Um fio de cabelo, considerado o seu tamanho, cor e características, pode sugerir o sexo do assassino. Um apontador de lápis pode trazer alguma impressão digital. A calcinha da vítima pode revelar a presença de esperma... Um arbusto pode conter material sanguíneo do autor do fato etc.” (*ibid*, p. 145).

¹⁷ Quanto às testemunhas, aplicam-se, por analogia, as disposições dos arts. 202 a 225 do CPP. A autoridade policial, no entanto, não está autorizada a aplicar a multa prevista no art. 458 do CPP, por se tratar de atribuição exclusiva do magistrado (CPP, art. 219).

¹⁸ Não destoia a jurisprudência: “A palavra da vítima de crime contra os costumes, ainda que se trate de menor, merece credibilidade se coerente com o conjunto probatório, erigindo-se em prova vertical em delitos como os

É preciso registrar que não são poucas as investigações que chegam a bom termo graças à colaboração da vítima. A partir de suas palavras, por exemplo, pode ser elaborado o retrato falado do autor, com a sua descrição física (sexo, cor, compleição física, formato do rosto, formato e cor dos olhos, cor e formato dos cabelos, eventual gilvaz etc.), e de outros sinais particulares, como a fala; a descrição do instrumento empregado na prática do delito, do *modus operandi*, do veículo utilizado na fuga etc.

Por tudo isso, a realização dessa diligência é indispensável, exceto em situações de absoluto impedimento, em que a vítima não é localizada ou está morta.

Quanto à sua condição jurídica, cumpre acrescentar que o ofendido não é considerado testemunha. E assim, embora tenha obrigação moral, não tem dever legal de dizer a verdade, tanto que não assume compromisso nesse sentido, não respondendo por crime de falso testemunho. Todavia, se a partir de sua versão mendaz for instaurada investigação criminal (ou processo judicial), incorrerá, em tese, no crime de denunciação caluniosa (CP, art. 339).

Contudo, não há como negar que é parte interessada, sendo seu direito subjetivo, ao final do apuratório, ser informada sobre o desfecho da investigação. Nesse sentido, o teor da Portaria da DGP (Delegacia Geral de Polícia) n. 18, de 25.11.1998, da Polícia Civil bandeirante:

Caberá à autoridade policial que presidiu o inquérito dar aviso à vítima acerca de sua conclusão e encaminhamento ao Poder Judiciário, pondo-se à disposição dos interessados para a prestação de esclarecimentos que, então, se fizerem pertinentes (art. 12, parágrafo único).

e) Ouvir o indiciado (art. 6º, inc. V)

O suposto autor da infração penal, conhecida sua identidade, há de ser ouvido, em declarações, no procedimento policial. Porém, confirmados os indícios de autoria, será indiciado e, nessa posição, ouvido novamente, mas em interrogatório.

Ao ato aplicam-se, no que couber, os arts. 185 a 196 do CPP, que cuidam do interrogatório judicial, sendo ao interrogando, também na fase policial, asseguradas todas as garantias constitucionais, a exemplo do direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII, da CF).

da espécie, cometidos à pureza” (TJSP, RT 631/289); “Indícios fortes e indubitáveis são suficientes para a condenação em crime de atentado violento ao pudor, uma vez que, neste tipo de delito, pela sua própria natureza, por ser cometido sempre às escondidas, não se exige prova testemunhal para a condenação, bastando a palavra da vítima e a prova indiciária” (TJMG, RT 636/325); “Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima surge com coeficiente probatório de ampla valoração, ainda mais se corroborada pelos demais elementos dos autos”. (TJSP, RT 666/295)

Diferentemente do que alguns alegam, essa prerrogativa não tem o condão de desautorizar a condução coercitiva do indiciado, com base no poder de polícia do Estado¹⁹. Agora, quando apresentado ao delegado de polícia, não pode ser constrangido a falar, e nisso reside a garantia fundamental, sem embargo de ser, por outro lado, submetido a reconhecimento pessoal, se e quando necessário²⁰. De toda sorte, a recalcitrância não caracterizará crime de desobediência, vez que poderá assim proceder por estratégia da defesa.

Em se tratando de prisão em flagrante, não sendo exercido o direito de permanecer calado, deve o flagrado sempre ser ouvido, sob pena de invalidade do auto (CPP, art. 304), exceto quando (a) estiver embriagado a ponto de não poder se expressar; (b) for estrangeiro, não falar o idioma nacional e não houver intérprete na localidade; (c) for surdo-mudo analfabeto, e não houver pessoa capaz de interpretar seus gestos; (d) estiver gravemente ferido (inconsciente ou em cirurgia, *verbi gratia*). Seguramente, todas essas situações, justificadoras da não oitiva do conduzido, devem ser registradas e motivadas nos autos de inquérito policial.

Quando necessário para a elucidação dos fatos, ou a pedido do indiciado, é possível a repetição do ato (CPP, art. 196), a critério da autoridade policial (CPP, art. 14), que deve atentar para a real vantagem da reinquirição, vez que a complementação da oitiva, ao mesmo tempo em que pode ser bastante útil, também pode oportunizar ao investigado a indicação de outros elementos, com a intenção manifesta de turbar os trabalhos de investigação, com negativa repercussão sobre a dinâmica do procedimento.

Ao fim do ato, prudente que a autoridade policial faça minudente leitura de seu conteúdo e, sendo o caso, determine novas e pertinentes diligências, inclusive a pedido do interrogado, como ato de reconhecimento pelo ofendido ou testemunhas (CPP, art. 226), ou de acareação, na hipótese de divergência entre as declarações dos indiciados, dos indiciados e vítimas, ou dos indiciados e testemunhas (CPP, art. 229).²¹

f) Proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações (art. 6º, inc. VI)

¹⁹ Nesse sentido: “No poder legal dos delegados de polícia, iniludivelmente se encontra o de interrogar pessoa indiciada em inquérito, para tanto podendo mandá-la conduzir à sua presença, caso considere indispensável o ato e o interessado se recusa a comparecer” (RT 482/357). Merece nota, contudo, posição pela indispensabilidade de autorização judicial, mercê da previsão constitucional da garantia ao silêncio.

²⁰ “A condução coercitiva do indiciado, no curso do inquérito policial, para a realização de reconhecimento pessoal, não gera nenhuma nulidade, vez que compete à polícia colher todos os elementos de prova necessários ao exercício da pretensão persecutória do Estado, preparando a apresentação da acusação ao Juízo Criminal, máxime sabendo-se que o inquérito, como instrumento da denúncia, não está sujeito às sanções que o Código de Processo Penal prevê para os atos processuais” (RJDTACRIM 11/128).

²¹ Tendo direito ao silêncio, o indiciado não pode ser constrangido a participar da acareação, o que não significa dizer que o ato não possa ser determinado. Nesse caso, lavrar-se-á termo de acareação negativo, no qual serão assentadas as razões justificadoras da diligência e de sua não realização.

Reconhecer é a atividade mental consistente na identificação de pessoa ou coisa com a qual o reconhecedor teve contato em momento anterior (CPP, arts. 226 a 228).

No inquérito policial, constitui ato regrado pelo critério da necessidade, pois, se o autor do fato for pessoa do relacionamento da vítima, não há por que submetê-lo a reconhecimento.

Noutras hipóteses, porém, a diligência é considerada imprescindível, a saber: (a) crime cometido em meio à multidão, sendo o suspeito detido com base na descrição física fornecida pelo ofendido ou testemunhas; (b) crime praticado na clandestinidade, às ocultas, sem a presença de testemunhas; (c) quando o suspeito é detido em função de retrato falado ou de reconhecimento fotográfico.

De todo o ocorrido é elaborado auto de reconhecimento, subscrito pela autoridade policial, pela pessoa chamada a fazer o reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (art. 226, inc. IV)²².

O ato é dividido em três etapas. Na primeira, a pessoa que tiver que proceder ao reconhecimento será instada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida²³. Na sequência, a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem semelhança física²⁴. Na terceira, será convidada a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (art. 226, incs. I e II)²⁵.

Na fase policial, é bastante comum o reconhecimento fotográfico. É costume que cada delegacia de polícia conserve álbum contendo imagens de pessoas com passagem pela repartição²⁶, com a respectiva descrição do *modus operandi*, da região de atuação e do crime(s) cometido(s). Embora não encontre disciplina no CPP, tem reconhecido valor probatório, enquanto prova inominada. Também inominada é a prova obtida através da voz do investigado, com base no perfil do som produzido (chamado clichê fônico), de valor evidentemente precário, mas que pode ser aproveitado quando corroborado por outros elementos.

²² Em se tratando de vários atos de reconhecimento, para cada pessoa será lavrado um auto, evitando-se eventual comunicação entre elas (art. 228).

²³ Essa descrição se refere ao sexo, idade, cor da pele, cor dos olhos, tipo e cor dos cabelos, altura, complexão física, vestimenta, eventual anomalia física, dentre outros detalhes peculiares ao infrator.

²⁴ O reconhecimento feito somente com o indivíduo suspeito não é, *a priori*, imprestável. Conforme a própria lei, a colocação do suspeito ao lado de outras pessoas somente é exigível “se possível” (art. 226, inc. II).

²⁵ “Se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela” (CPP, art. 226, inc. III).

²⁶ As fotografias podem ser fornecidas por terceiros, como membros da família do investigado, amigos, ou ser requisitadas diretamente a repartições públicas ou privadas.

Como visto linhas acima, não é incomum que a investigação tenha como ponto de partida um “retrato falado”, feito com informes fornecidos geralmente pela vítima e/ou testemunha do crime. É certo que, uma vez identificado e encontrado o suspeito, mister seja ele submetido a reconhecimento pessoal, para formalização do ato.

Quanto ao reconhecimento de coisas, “proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que lhe for aplicável” (CPP, art. 227). Em outros termos, ao reconhecimento de objeto aplicam-se, no que couber, as regras atinentes ao reconhecimento de pessoa.²⁷

A acareação cuida-se de diligência por meio da qual a autoridade coloca frente a frente duas ou mais pessoas que, no curso do procedimento policial ou do processo, tenham apresentado versões conflitantes, dando-lhes oportunidade para que expliquem as divergências.²⁸

É o que pode suceder quando, na investigação de um homicídio, por exemplo, o indiciado confessar que atirou na vítima ao se defender de uma injusta agressão, revelando a testemunha presencial que, contrariamente, foi o homicida quem surgiu no palco do crime e, sem permitir qualquer possibilidade de reação à vítima, desfechou-lhe o disparo letal.

Em tese, a acareação pode ser feita entre (a) indiciados e acusados, (b) entre vítimas, (c) entre testemunhas, (d) entre o indiciado ou acusado e vítima, (e) entre o indiciado ou acusado e testemunha e (f) entre vítima e testemunha.

Quanto à forma do ato, presentes as pessoas a serem acareadas, a autoridade fará leitura das declarações e depoimentos prestados anteriormente, apontando as divergências. Se o embaraço persistir, isso será consignado no Termo de Acareação, como também eventual retratação ou esclarecimento feito de parte a parte. O documento é subscrito pelo escrivão, assinado pela autoridade policial (ou pelo juiz, caso feita em juízo), acareados e partes presentes.

Nesse passo, não se pode olvidar que o indiciado, tendo direito assegurado ao silêncio, não está obrigado a se submeter ao ato. Caso manifeste o interesse de não participação, será lavrado termo de acareação negativo, de que constarão a necessidade do ato e a legítima recusa do autor do fato.

²⁷ Exceção feita, obviamente, ao disposto no art. 226, inc. III, do CPP: “Se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela”.

²⁸ O art. 230 do CPP traz a previsão da acareação por carta precatória, advertindo o legislador que a diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente. A despeito da referência legal à figura do juiz, é evidente que, ante o disposto no art. 6, inc. IV, do CPP, também aplicável quando se tratar de autoridade policial.

g) Determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias (art. 6º, inc. VII)

Quando necessária ao esclarecimento da verdade, a autoridade policial deve determinar, de ofício ou a requerimento da parte, quaisquer perícias, desde o recebimento da *notitia criminis* até a conclusão do inquérito policial. Essa necessidade da prova técnica é ordinariamente avaliada delegado de polícia, sem qualquer influxo exterior, salvo exame de corpo de delito, pois, se não determinado de plano, pode ser exigido pela parte (CPP, art. 184, primeira parte).

Entre as diversas perícias, merecem destaque a de exame de corpo de delito, o exame grafotécnico, o exame de insanidade mental no autor do delito e o exame químico-toxicológico, conforme o objeto de investigação.²⁹

Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais e sensíveis deixados pela infração penal, o que sucede nos delitos não transeuntes (*delicta facti permanentis*), como o de lesão corporal, homicídio, estupro, furto qualificado, falsificação de documento, aborto e outros. À perícia feita nos elementos físicos do crime dá-se o nome de exame de corpo de delito, sendo indispensável por força do disposto no art. 158 do CPP³⁰. Quando feito diretamente sobre os vestígios da infração penal, recebe o nome de exame de corpo de delito direto, a exemplo do exame cadavérico (CPP, art. 162). Inversamente, não dispondo o perito do corpo do delito, acaba por emitir seu parecer com base nas declarações feitas pela vítima, testemunha ou até mesmo pelo autor do fato. Nesse caso, fala-se em exame de corpo de delito indireto.³¹

Se o esclarecimento do delito passar pelo reconhecimento de escritos, seja para confirmar-se a autenticidade documental, seja para proclamar sua falsidade, imprescindível o exame por comparação de letra, denominado exame grafotécnico (CPP, art. 174).

Quando a dúvida recair sobre a higidez mental do autor da infração penal (CP, art. 26)³², tem-se o exame de insanidade mental. Ao contrário dos demais, não pode ser

²⁹ Há outros exames periciais de interesse policial, a saber: exame perinecrosópico (exame do local do crime); exame de vestígios e instrumentos do crime (CPP, arts. 171 e 175); avaliação (CPP, art. 172); e perícia sobre incêndio (CPP, art. 173).

³⁰ “A inexistência de exame pericial quando se cuida de delito que deixa vestígios, como o falso, não leva somente a reconhecer a nulidade processual, mas implica ter-se como não provada a materialidade da infração”, como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 580/316).

³¹ O CPP admite que, na inexistência de vestígios, a prova da materialidade se faça pelas declarações do indiciado ou acusado, ofendido ou testemunhas, colhidas no inquérito ou instrução processual (art. 167). De ver, porém, que o exame direto prevalece sobre o indireto, de caráter apenas subsidiário, ou seja, quando não possível a realização do exame diretamente sobre o corpo de delito.

³² Nos termos do art. 26, *caput*, do CP, “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

determinado de ofício pela autoridade policial, devendo, se o caso, representar ao juiz competente (CPP, art. 149, § 1º).

Por último, na apuração de delitos contra a saúde pública, ou para se comprovar alguma circunstância relevante, como o emprego de veneno no homicídio, impõe-se a realização de exame químico-toxicológico.³³

De acordo com o art. 160 do CPP, parágrafo único, os peritos elaborarão o laudo no prazo máximo de 10 (dez) dias, podendo esse prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos expertos.

Trata-se, evidentemente, de prazo impróprio, cuja inobservância não tem reflexo sobre a validade da prova, de sorte que raramente as perícias, mesmo singelas, são cumpridas no prazo legal. A justificativa é lugar comum: falta de pessoal, carência de recursos materiais e grande volume de trabalho, em carga muito superior à capacidade de vazão dos Institutos de Criminalística.

No entanto, é preciso ter em conta que a inobservância sistemática dos prazos repercute no trabalho de investigação criminal, desenvolvido pela Polícia Civil, o que contribui para afirmar perante o cidadão comum imerecida imagem institucional de ineficiência.

h) Ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes (art. 6º, inc. VIII)

Por meio da identificação o indiciado é apontado na sua individualidade, pois no mundo jurídico não há espaço para duplicidade de sujeitos. “Identificar”, no dizer de Heráclito Mossin:

[...] Significa estabelecer sua identidade por intermédio de seus sinais e dados pessoais: deformidades, cicatrizes, tatuagens, peculiaridades, compleição, cútis, cor dos olhos, cor dos cabelos, altura, alcunha, bem como outras qualidades sociais e morais que possam também identificá-lo.³⁴

Através deste procedimento objetiva-se a segurança jurídica, no sentido de que pessoas inocentes não sejam injustamente processadas e condenadas, enquanto os verdadeiros culpados continuam a desfrutar de plena liberdade.

³³ “Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos e esquemas” (CPP, art. 170). Ademais, o laudo de constatação da natureza da substância entorpecente é indispensável para a validade do flagrante (cf. art. 50, § 1º, da Lei n. 11.343/06).

³⁴ MOSSIM, Heráclito. **Comentários ao código de processo penal**. São Paulo: Manole, 2005, p. 34.

Ao delegado de polícia cabe ordenar a identificação do indiciado pelo processo dactiloscópico, mesmo quando detido em flagrante³⁵. Consiste basicamente na colheita das impressões digitais, de cada um dos dedos, em diferentes folhas de papel, às quais se dá o nome de planilha.³⁶⁻³⁷

No entanto, a identificação criminal é procedimento de natureza excepcional. Isso porque, segundo a Lei Maior, excluem-se os civilmente identificados, salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 5º, inc. LVIII).

A fim de disciplinar a matéria, foi editada a Lei n. 10.054/2000, posteriormente revogada pela Lei n. 12.037/09, que passou a admitir a identificação criminal, sem prejuízo da identificação civil³⁸⁻³⁹, nestes termos:

Art. 3º. Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I - O documento apresentar rasura ou tiver indício de identificação;

II - O documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III - O indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV - A identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa⁴⁰;

³⁵ Inicialmente, o processo dactiloscópico foi chamado de “Icnofalangometria”, atribuindo-se ao Dr. Francisco Latiniza a substituição do termo por “Dactiloscopia” (*daktylos* – dedos; *skopein* – examinar). O método nasceu dos estudos desenvolvidos por D. Juan Vucetich, no Séc. XIX, na Argentina. A bem da verdade, a comunidade científica não dava atenção ao seu trabalho, até que em 1892 irrompeu em Buenos Aires a notícia de que em Necochea, pequena cidade próxima da capital, fora cometido um duplo homicídio numa cabana. Tudo estava a indicar Velasquez como o autor dos crimes. A Polícia ainda estava confusa em face da acusação que a mãe das vítimas, Francesca Rojas, fazia a Velasquez. Depois de iniciada a investigação, surgiu o inspetor Alvarez, que não acreditava na culpa do suspeito. No local do delito, Alvarez viu uma mancha na madeira da porta, que se tratava de uma impressão digital (polegar manchado de sangue). Serrou a parte da porta que continha a mancha e a levou ao posto policial, ordenando que Francesca Rojas premesse o dedo sobre uma almofada de carimbo. Confrontou as impressões e notou a perfeita semelhança. Depois, fez com que Francesca também observasse. E ela, que vinha acusando Velasquez, finalmente reconheceu sua culpa. A partir de então, a dactiloscopia tornou-se o principal sistema de identificação do mundo, sendo o Brasil o primeiro país a adotá-lo oficialmente, por meio do Decreto n. 4.764, de 5.2.1903. Relevante notar que as impressões digitais existem e são imutáveis desde o 6º (sexto) mês de gestação até a putrefação. Apenas excepcionalmente podem desaparecer ao longo da vida do indivíduo, por amputação ou putrefação dos dedos, por lesões profundas nas polpas digitais e em razão de certas doenças como a hanseníase (lepra). É tão confiável que, segundo cálculo de probabilidades, são necessários 4.660.337 séculos para a coincidência, na terra, de duas impressões digitais.

³⁶ Estando o indiciado em lugar incerto e não sabido, faz-se sua qualificação indireta.

³⁷ Uma planilha acompanha os autos do inquérito, outra segue para o Departamento de Investigação e a terceira é encartada aos autos suplementares.

³⁸ De conformidade com o art. 2º da Lei n. 12.037/09, a identificação civil é atestada por qualquer destes documentos: carteira de identidade; carteira de trabalho; carteira profissional; passaporte; carteira de identificação funcional; outro documento público que permita a identificação do indiciado. No parágrafo único, ressalta que os documentos de identificação militares equiparam-se aos documentos de identificação civis.

³⁹ Ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado, as cópias dos documentos exibidos deverão ser juntadas aos autos do inquérito policial, *ex vi* do disposto no art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 12.037/09.

⁴⁰ Nesta hipótese, diz a lei especial que a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético do criminoso (art. 5º, parágrafo único, e art. 5º-A).

- V - Constar dos registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
 VI - O estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Portanto, o civilmente identificado por documento original não será constrangido à identificação criminal, exceto quando restar configurada uma das hipóteses taxativamente previstas na Lei n. 12.037/09⁴¹. Em outras palavras, respeitados os temperamentos contidos na norma, não há que se tomar a identificação criminal como ato de constrangimento ilegal⁴².

De conteúdo complexo, a identificação criminal inclui o processo datiloscópico e o registro fotográfico do indiciado, obrigatoriamente juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial (art. 5º da Lei n. 12.037/09).⁴³

Como parte componente da identificação, a autoridade fará ainda a juntada aos autos da folha de antecedentes do indiciado (CPP, art. 6º, inc. VIII, *in fine*), cujos informes servirão de subsídio, na fase preliminar, para adoção de medidas cautelares privativas de liberdade, ou de contracautela, como concessão de fiança (e respectivo valor) ou liberdade provisória sem fiança.

i) Averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuirão para a apreciação do seu temperamento e caráter (art. 6º, inc. IX)

Vida pregressa representa tudo o que se passou na vida indiciado até o momento do crime. Pelo largo alcance temporal, trata-se de pesquisa abrangente, de sorte a revelar aspectos individuais, familiares e também sociais do investigado.

⁴¹ O nosso modelo garantista, contudo, não evita graves inconvenientes. Por exemplo: Luiz sofre um furto de sua carteira, a qual continha seu registro civil (RG). Por falta de orientação, deixou de comunicar o fato à polícia. Pouco tempo depois, um outro indivíduo, portando os seus documentos, é preso em flagrante pela prática de tráfico ilícito de drogas. Tanto sua qualificação como indiciamento, portanto, são feitos com base nos dados Luiz. E como foi “civilmente identificado”, deixou de ser submetido a identificação criminal, como lhe assegura a lei. Libertado no curso do processo, foi ao final condenado e “contra ele” é expedido mandado de prisão. Até Luiz conseguir explicar o que realmente houve, seguramente terá de amargar, na prisão, a solução do caso. Os acontecimentos divulgados pela imprensa comprovam que a ilustração não é incomum, recaindo invariavelmente a culpa sobre a autoridade policial, Ministério Público ou juiz, quando, em verdade, o erro teve origem no nosso sistema de identificação criminal, favorecendo o criminoso contumaz em prejuízo do homem de bem.

⁴² Convém ressaltar que a Lei n. 12.037/09 revogou tacitamente a Lei n. 9.034/95, no ponto em que admitia a identificação criminal do indiciado ou acusado já identificado civilmente, envolvido com a ação praticada por organizações criminosas. Isso porque, de acordo com o seu art. 1º, o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nos casos previstos “nesta Lei”, é dizer, apenas naquelas situações que a lei especial de regência excepciona.

⁴³ No caso de não oferecimento da denúncia, sua rejeição ou absolvição, é facultado ao indiciado ou réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil (art. 7º da Lei n. 12.037/09).

Seu nome, prenome, apelido, filiação, se já foi tutelado ou curatelado, se tem algum vício, se possui alguma anomalia mental, qual o grau de instrução etc., são alguns dados que dizem respeito ao indivíduo. Do ponto de vista familiar, são relevantes informações sobre o seu estado civil, se tem filhos, composição da família e grau de instrução de seus membros. No plano social, por fim, há que se perquirir a reputação do investigado e eventuais problemas no meio em que está inserido.

Por condição econômica entende-se a posição financeira do indiciado antes e depois da infração penal, patrimônio e investimentos (conta poupança, renda fixa e ações).

Conhecer sua atitude e estado de ânimo antes, durante e depois do crime pode revelar o temperamento e caráter do investigado. Nesse quesito, a autoridade policial deve explorar, dentre outros aspectos, a motivação do crime; eventual premeditação; meio empregado; arrependimento; e o resultado da ação.

1.1.2 Reprodução simulada dos fatos

Sob o eixo da investigação criminal, ainda no bojo do inquérito policial, a autoridade policial pode proceder à reprodução simulada dos fatos, sendo impedida apenas, quanto a isso, pela moralidade ou ordem pública.

Para os léxicos, reproduzir tem o sentido de “produzir de novo”, “repetir”, “apresentar novamente”. Esse ato policial geralmente aparece no noticiário sob a rubrica reconstituição do crime, vale dizer, diligência na qual o crime é reconstituído, ocasião em que as versões apresentadas para o mesmo delito são “testadas” sob o crivo técnico-pericial.

Trata-se de interessante técnica de investigação, cuja realização fica a critério exclusivo da autoridade policial, sempre que tiver dúvidas sobre o modo de execução da infração⁴⁴.

Não obstante, mesmo pertinente, jamais será autorizada quando contrariar valores caros à coletividade. Por essa razão, não se concebe a reconstituição de crimes contra a dignidade sexual (a exemplo do estupro), pois atentam contra a moral média; e porque ofendem a ordem pública, é vedada, exemplificativamente, nos crimes de incêndio e inundação.

O fator tempo deve também ser sopesado. Essa diligência demanda prazo adicional à investigação; logo, deve ser informada pelo critério da necessidade. Do contrário, se temerária

⁴⁴ Por exemplo: dúvida sobre a ocorrência de homicídio ou suicídio; para confirmar ou afastar eventual qualificadora do delito; para confirmar o ponto de onde foi efetuado o disparo letal; para compreender a dinâmica de acidente de trânsito etc.

ou desnecessária, apenas prejuízo trará à investigação, sem qualquer resultado prático relevante. Além disso, recomenda a experiência que a medida seja adotada com a máxima brevidade, uma vez que o risco de esquecimento por parte dos protagonistas, sobretudo quanto aos detalhes, progride com o passar do tempo, o que pode torná-la inócua.

Exatamente porque as versões existentes devem ser confrontadas, todas as pessoas que, de certa maneira, tiveram contato com o delito, notadamente a vítima, testemunha(s) e, obviamente, o indiciado, devem ser convocadas para o ato.

É bem verdade que, quanto ao investigado, há consenso no sentido de que não está obrigado a participar da reprodução simulada, como corolário do seu direito sagrado ao silêncio (CF, art. 5º, inc. LXIII). Entretanto, mesmo que esse seja o seu desejo, tempestivamente manifestado nos autos, deve comparecer no dia e hora apazados, em atenção à determinação policial, sob pena de condução coercitiva (CPP, art. 260).⁴⁵ Contudo, não há que se cogitar decretação de prisão preventiva pela recusa do indiciado em participar da reconstituição do crime, sequer em crime de desobediência, por se tratar de exercício regular de direito.⁴⁶

1.2 INCIDENTES JURISDICIONAIS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

1.2.1 Busca e apreensão de pessoas e coisas

Na tarefa de reconstruir a verdade dos fatos, a autoridade policial pode se valer da busca e apreensão (CPP, art. 240 *usque* art. 250). Em síntese, cuida-se de diligência voltada ao encontro de pessoa ou coisa que seja de interesse para a investigação criminal, sendo a apreensão normalmente uma consequência da busca precedente.⁴⁷

Sobre sua natureza jurídica, esclarece Marcelo Polastri Lima que:

Apesar do Código de Processo Penal a classificar como meio de prova, a busca e apreensão, com finalidade de preservar elementos probatórios ou assegurar reparação do dano proveniente do crime, ontologicamente, não é prova, tendo, ao contrário, a natureza jurídica de medida cautelar que visa à obtenção de uma prova para o processo, com o fim, portanto, de assegurar a utilização do elemento probatório no processo ou evitar o seu perecimento.⁴⁸

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85.

⁴⁶ STF: *RTJ* 127/461; *RT* 576/449, 624/372.

⁴⁷ Pode haver busca sem apreensão, como na hipótese em que a pessoa ou coisa não seja encontrada. O inverso também pode ocorrer, ou seja, apreensão sem busca preliminar, a exemplo do indivíduo que se dirige à delegacia e entrega a arma utilizada no homicídio, do que é lavrado auto de exibição e apreensão.

⁴⁸ POLASTRI LIMA, 2005 *apud* TÁVORA; ALENCAR. **Curso de Direito Processual Penal**. 5. ed., rev. ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 444.

De ver que a autoridade, ao ir ao local do crime, apreendendo todos os objetos e instrumentos relacionados com o fato, como impõe o art. 6º, incs. I e II, do CPP, está procedendo, de fato, à busca e apreensão. Outrossim, a medida pode também ser realizada em outros cenários e em outros momentos, como, por exemplo, no domicílio do suspeito, dias após o fato delitivo.

Neste ponto, convém lembrar que a busca em domicílio, lugar do crime, encetada imediatamente após, prescinde de qualquer autorização, pois emana diretamente do dever do delegado de polícia. Quando não, a busca domiciliar, local juridicamente protegido⁴⁹, carece sim de permissão judicial⁵⁰, por força da cláusula de reserva jurisdicional contida no art. 5º, inc. XI, da CF, salvo se a ação policial for autorizada pelo morador ou na hipótese de flagrante delito.

Daí temos que a busca domiciliar levada a efeito pela autoridade policial, independentemente de controle judicial, somente é possível (a) com o consentimento do morador, a qualquer hora do dia ou da noite (b) sem o consentimento do morador, a qualquer hora do dia ou da noite, se a hipótese for de flagrante delito.

Fora dessas hipóteses, dependerá a autoridade policial de ordem judicial, a ser cumprida somente durante o dia⁵¹. Nesse particular, aliás, o art. 241 do CPP, que dispensava o mandado judicial quando a diligência de busca domiciliar era feita pessoalmente pela autoridade policial, não foi recepcionado pela CF. Atualmente, sem mandado, apenas ao juiz competente é assegurada a mesma prerrogativa, bastando declarar ao morador sua qualidade e o objetivo da diligência para validação do ato (CPP, art. 245, § 1º).

⁴⁹ Para além do conceito extraído do art. 150, § 4º, do CP, o amplo significado de casa está a alcançar qualquer espaço íntimo do indivíduo, a exemplo do automóvel que lhe sirva de residência (trailer, barcos, parte traseira da boléia de caminhão).

⁵⁰ Ensina-nos Cleonice Bastos Pitombo que em razão “da vigente Constituição, apenas a autoridade judiciária pode determinar a realização da busca processual penal (art. 241, CPP, c/c o art. 5º, XI, CF/88). Nenhuma outra autoridade, ainda que investida de poderes excepcionais de investigação, poderá expedir mandado de busca. Não podem determinar a busca e apreensão a autoridade policial (civil ou militar); o presidente da comissão parlamentar de inquérito; o Ministério Público. Podem, entretanto, pedir a restrição ao direito fundamental ao poder judiciário”. (BASTOS PITOMBO, Cleonice. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 186-187).

⁵¹ Em doutrina, discute-se o conceito de dia e noite. Para alguns doutrinadores, noite corresponde ao intervalo entre o crepúsculo (pôr do sol) e a aurora (nascer do sol). No campo da analogia, há quem defenda a aplicação do art. 172 do CPC, para o qual o período da noite representa o intervalo entre as 18 (dezoito) e às 6 (seis) horas, sendo esse o entendimento prevalente. Portanto, sem consentimento do morador, a busca mediante ordem judicial somente poderá ser levada a cabo no período das 6 (seis) às 18 (dezoito) horas, sendo esse o período do dia. É preciso acrescentar que, iniciada a diligência durante o dia, poderá estender-se para além das 18 horas, desde que a interrupção signifique prejuízo para a finalidade do ato. No entanto, percebendo a autoridade policial que a medida vai prolongar-se por tempo demasiadamente logo, deve interrompê-la, tomando as devidas cautelas para que os objetos procurados não sejam sonogados, inclusive determinando campana em frente ao imóvel, prosseguindo a diligência nos primeiros instantes da manhã seguinte.

Essa é uma “regra de ouro”, que não pode ser aviltada no Estado Constitucional de Direito. Entrementes, como reação aos abusos policiais praticados sob a égide da Constituição revogada, a diligência de busca e apreensão foi erigida à posição de incidente jurisdicional de investigação, sobre o quê exige-se rígido controle.

A preocupação com os abusos já foi apontada por Alexandro Carrió, e segue atual:

[...] La presencia de la policía en un domicilio suscita en la mayoría de los habitantes una sensación como mínimo de intranquilidad, que hace difícilmente sepan como reaccionar si se nos pide firmemos una Constancia de que ‘consentimos’ el procedimiento que se está por llevar a cabo... Es más, para el oficial actuante en una investigación es mucho más seductor ir directamente el domicilio del sospechoso a requerir su consentimiento que molestarse en tramitar la correspondiente orden judicial.⁵²

De toda sorte, a autoridade policial lançará mão da medida de força, de ofício ou mediante representação, conforme o caso, quando necessária para prender criminosos; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender instrumentos de falsificação ou contrafação ou objetos contrafeitos ou falsificados; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu (ou indiciado); apreender cartas, abertas ou não⁵³, destinadas ao acusado (ou indiciado) ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; apreender pessoas vítimas de crimes; colher qualquer elemento de convicção (art. 240, § 1º, alíneas “a” a “h”, do CPP).

Não deve sonegar o delegado de polícia as fundadas razões da medida propugnada, apontando lastro probatório mínimo de que os objetos ou pessoas encontram-se realmente na casa que sofrerá a ação invasiva. Isso porque o mandado é reflexo do pedido, contendo clara e suficientemente o exato propósito e limites da medida⁵⁴; não constitui um cheque em branco, chancelando a devassa geral na residência alheia. Tanto pior é o mandado genérico,

⁵² CARRIÓ, 1991 *apud* CHOUKE. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 90.

⁵³ Quando abertas, as cartas têm valor de documento, razão por que podem ser validamente apreendidas. Já as cartas fechadas ou lacradas são invioláveis por força do art. 5º, inc. XII, da CF, e assim não podem ser objeto de constrição, segundo interpretação do texto legal em conformidade com a Constituição. Não obstante, há notícia de que o STF já admitiu a violação de correspondência de presidiários pela administração penitenciária, ao argumento de que o direito subjetivo ao sigilo não pode ser invocado para a prática de infrações por parte daquele que está preso (STF – 1ª T. – HC 70.814/SP – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 24/06/1994).

⁵⁴ São requisitos do mandado de busca: (a) indicação pormenorizada da casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, em se tratando de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; (b) indicação do motivo e os fins da diligência; (c) ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir (CPP, art. 243).

permitindo o ingresso em número indeterminado de casas, localizadas, por exemplo, em uma favela.

Em princípio, a busca em escritório de advogado não é proibida⁵⁵. A diligência, contudo, deve ser feita sob o olhar de representante da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, inc. II, da Lei n. 8.906/94). O que está expressamente vedado é a apreensão de documento em poder do defensor do acusado (ou indiciado), regra excepcionada quando constituir elemento do corpo de delito (CPP, art. 243, § 2º).

Igualmente não há objeção à busca em repartição pública, independentemente de prévia comunicação ao respectivo chefe, sob pena de ser frustrado o objetivo da diligência, sobretudo quando o próprio dirigente estiver interessado na ocultação de provas.

Também é exigível mandado para execução de busca pessoal⁵⁶, salvo no caso de prisão, quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida é encetada no curso de busca domiciliar (CPP, art. 244).

Quando feita em mulher, a busca será feita preferentemente por pessoa do mesmo sexo, contanto que não importe retardamento ou prejuízo da diligência (CPP, art. 249). Vê-se, pois, que não está totalmente excluída a busca feita por homem, como ressalva expressamente a norma, desde que medida de força respeite o pudor e a dignidade da mulher submetida ao ato.

1.2.2 Medidas assecuratórias

No plano processual, medidas assecuratórias são aquelas destinadas a assegurar a exequibilidade de futura decisão judicial, viabilizando a reparação do dano *ex delicto*, o efetivo cumprimento da sentença penal condenatória ou obstando o locupletamento ilícito do infrator. No CPP, são exemplos: hipoteca legal⁵⁷, sequestro, arresto⁵⁸, fiança, busca e apreensão e, relativamente às pessoas, prisão provisória.

⁵⁵ Admite-se (a) quando o advogado é coautor ou partícipe da infração penal; (b) se o advogado não estiver funcionando no processo como defensor em que for determinada a diligência; (c) se o advogado não possuir os documentos como “secretário”, isto é, em razão de seu ofício; e (d) para apreender documentos ou objetos que constituam elemento do corpo de delito.

⁵⁶ Envolve busca nas vestes e objetos em poder do investigado, como malas, mochilas, sacolas, automóveis etc.

⁵⁷ Medida assecuratória que recai sobre imóveis de origem lícita, de propriedade do acusado, em relação aos quais, portanto, não há interesse policial. Aliás, sua decretação somente pode se dar no curso do processo, jamais no inquérito policial (CPP, 134).

⁵⁸ Medida assecuratória incidente sobre bens móveis, manejável quando inexistirem bens imóveis de origem lícita, ou, em havendo, sejam insuficientes para viabilizar futura indenização. Pode igualmente incidir sobre coisas imóveis, de procedência lícita, a serem submetidos, em momento ulterior, à hipoteca legal. Embora o

De todas elas, sob a estrita ótica da autoridade policial, é de interesse o estudo do sequestro e da prisão provisória, considerando que os institutos da busca e apreensão e da fiança (concedida pela autoridade policial) já foram abordados em outras passagens.

1.2.2.1 Sequestro: medida assecuratória sobre “os bens” do investigado

De acordo com o art. 125 do CPP, “Caberá sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiros”.

Como se depreende da leitura, o sequestro constitui medida de constrição dos bens imóveis adquiridos com recursos provenientes de infração penal. O Código de Processo Penal, com isso, guarda consonância com a legislação material, tendo em vista que a perda do produto do crime (vantagem diretamente obtida)⁵⁹ ou do proveito (bens adquiridos indiretamente com o produto do crime) é efeito genérico de toda e qualquer condenação criminal (CP, art. 91, inc. II, “b”).

Na mesma linha ideológica, impedindo que o criminoso amealhe patrimônio com a prática de crimes, o art. 243, parágrafo único, da CF, determina o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico obtido em decorrência do tráfico ilícito de drogas.⁶⁰

Basicamente, destina-se o sequestro a evitar que o indiciado ou réu, antecipando-se à condenação, dissipe o patrimônio haurido com proventos do crime, frustrando, assim, futuro confisco.

Ao cuidar dos requisitos, fala a lei em indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, nos termos do art. 126 do CPP. A qualificação dos indícios torna-os mais do que “simples indícios” e, certamente, menos do que “prova plena”, de modo a impor aos legitimados critério e cautela na identificação desse binômio, a partir de aspectos concretos, porquanto “la orden global de secuestro ‘de todos los objetos encontrados’” não se compraz “com el principio del Estado de Derecho”.⁶¹

arresto possa ser requerido na fase do inquérito policial, a autoridade policial não tem legitimidade para suscitá-lo perante o juiz.

⁵⁹ Para o caso de produto direto do crime, a medida cautelar adequada é a busca e apreensão (CPP, art. 240, § 1º, b).

⁶⁰ Sobre apreensão, arrecadação e destinação de bens do traficante de drogas, ver art. 60 e ss. da Lei n. 11.343/06.

⁶¹ ROXIN, 2003 *apud* TÁVORA; ALENCAR, *op. cit.*, p. 323.

Quando esses indícios qualificados são revelados precocemente na fase do inquérito policial, a lei autoriza à autoridade policial a formulação do pedido, mediante representação ao juiz competente (CPP, art. 127).

Todavia, embora se trate de solução provisória, não define a norma o prazo de sua duração no tempo, podendo se manter por toda a extensão temporal do inquérito policial (10 ou 30 dias, estando o indiciado preso ou solto, respectivamente), apenas determinando a lei que, concluída a diligência, seja a ação penal ajuizada no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de desoneração do bem sequestrado (CPP, art. 131, inc. I).

Admite-se igualmente o sequestro de bens móveis adquiridos com o proveito do crime, tal qual o veículo comprado com o dinheiro do assalto (CPP, art. 132), cujo regime jurídico segue, no que for compatível, o do sequestro imobiliário.

1.2.2.2 Medidas assecuratórias sobre “o corpo” do investigado

Também a liberdade ambulatorial do indivíduo pode ser cerceada, em caráter cautelar, durante a investigação criminal. Como antecede o juízo condenatório definitivo, é chamada de prisão sem pena, prisão provisória, prisão processual ou, simplesmente, prisão cautelar.

A prisão *ad cautelam* “tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as consequências do *periculum in mora*. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória. Assenta-se ela num juízo de probabilidade: se houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que não se frustrem a sua execução e seu cumprimento. A prisão preventiva e a prisão em flagrante são exemplos clássicos de prisão cautelar”, ensina José Frederico Marques⁶².

Nosso Código de Processo Penal prevê, atualmente, três espécies de prisão provisória, a saber: prisão em flagrante, prisão preventiva em sentido estrito e prisão temporária (CPP, art. 283).

1.2.2.2.1 Prisão em flagrante delicto

⁶² MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965, vol. II, p. 78.

Derivada do latim *flagrare*, o vernáculo “flagrante” significa ardente, inflamado, acalorado, o que está em chamas, evidente, manifesto, insofismável. Com esse sentido, a expressão flagrante delito denota o crime que ainda arde, que está acontecendo, sobre o qual não há dúvida de existência.⁶³

Em nossa legislação o conceito vai além, de sorte a contemplar outras hipóteses que, isoladamente, não mereceriam o mesmo sentido semântico, nem o mesmo tratamento jurídico. Como dispõe o CPP, está em situação de flagrante delito quem⁶⁴:

a) Está cometendo a infração penal (CPP, art. 302, inc. I): trata-se de flagrante em sentido próprio ou real, por isso chamado de flagrante verdadeiro.

b) Acaba de cometê-la (CPP, art. 302, inc. II): diferentemente da hipótese anterior, nesta o agente é surpreendido assim que finaliza a execução do delito, havendo absoluta imediatidade entre o crime e a prisão em flagrante. Para a lei, pois, inexistente diferença substancial entre surpreender o agente, por exemplo, desfechando disparos contra a vítima (hipótese do inciso I) ou assim que efetua o último tiro, ainda esvaindo gases do cano da arma de fogo (hipótese do inciso II). Daí a identidade de tratamento, sendo também considerado verdadeiro flagrante (flagrante próprio ou real).

c) É perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração penal (CPP, art. 302, inc. III): eis o flagrante em sentido impróprio, quase-flagrante ou flagrante irreal, em que não há propriamente certeza visual do crime, mas perseguição “logo após” o seu cometimento, hipótese em que a autoria é apenas presumida. A rigor, não há prazo para a prisão, bastando que a perseguição seja desencadeada logo após o crime, de forma contínua, ininterrupta. Quanto à expressão “logo após”, a interpretação há de ser restritiva, pois conflita a medida de força com a liberdade individual. À falta de definição legal, impõe-se que a perseguição se inicie no menor tempo possível, cabendo ao delegado (no primeiro momento) valorá-la à luz das circunstâncias do caso concreto, com base no seu poder discricionário.

d) É encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (CPP, art. 302, inc. IV): é o chamado flagrante presumido, ficto ou assimilado. Nessa espécie, o agente é encontrado “logo depois” do crime, com

⁶³ “Se na flagrância, há manifesta evidência probatória quanto ao fato típico e sua autoria, justifica-se a detenção daquele que é surpreendido cometendo a infração penal, a fim de que a autoridade competente, com presteza, possa constatar a realidade fática, colhendo, sem tardança, prova da infração, seja *a parte objecti*, seja *a parte subjecti*”. É lição de TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 663.

⁶⁴ A doutrina aponta outras espécies: flagrante facultativo (CPP, art. 301, primeira parte); flagrante obrigatório ou compulsório (CPP, art. 301, segunda parte); flagrante forjado; flagrante esperado; flagrante preparado ou provocado; flagrante prorrogado ou retardado (art. 2º da Lei n. 9.034/95).

instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do delito. Diferentemente dos anteriores, não se conhece o autor da infração, nem mesmo a sua descrição. À expressão “logo depois” dá-se o sentido de máxima brevidade temporal. Como no flagrante impróprio, a dificuldade está na definição deste hiato, entendendo a doutrina que “logo depois” comporta elastério temporal ligeiramente maior que a expressão “logo após”.

Uma vez reconhecido o flagrante, qualquer que seja a modalidade, a prisão do infrator prescinde de mandado judicial, sendo os seus requisitos e formalidades aquilatados diretamente pela autoridade policial (CPP, art. 304)⁶⁵.

Por imposição constitucional, a prisão e o local onde se encontra o detido não de ser comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso, ou à pessoa por ele indicada (CF, art. 5º, inc. LXII; CPP, art. 306, *caput*).⁶⁶

Para que seja viabilizado o controle judicial, determina a lei, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, a remessa de cópia do auto de prisão em flagrante ao juiz competente e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (CPP, art. 306, § 1º), sob pena de relaxamento da prisão, conforme o disposto no art. 5º, inc. LXV, da CF.

Não há mais espaço, portanto, para práticas policiais, próprias do totalitarismo repudiado pelo Estado Democrático, marcado pela negação da transparência na esfera pública e no emprego sistemático da mentira, como forma de manipulação ideológica.⁶⁷ Exatamente por esse motivo, não mais se sustenta a abominável prisão para averiguação, prática tolerada num passado não muito distante, mas que hoje é iniludivelmente perniciosa ao regime constitucional de garantias fundamentais (CF, art. 5º, inc. LXI).

Ainda no prazo de 24 horas⁶⁸, o delegado deve providenciar a entrega da nota de culpa ao flagrado, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas (CPP, art. 306, § 2º), cuja finalidade é explicitar as razões da prisão e assim permitir ao preso adotar providências necessárias ou convenientes à sua defesa.⁶⁹

⁶⁵ Sobre a natureza jurídica, em que pese se tratar de medida cautelar, o ato de prender alguém em flagrante constitui ato administrativo, levado a efeito pela Polícia Civil. Desse modo, apenas se convola em prisão processual quando ratificada pelo juiz competente.

⁶⁶ E desde o advento da Lei 12.403/11, a comunicação passou a ser regra exigida também em relação ao representante do Ministério Público.

⁶⁷ LAFER, 1988 *apud* CHOUKE, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁸ De notar que o prazo para entrega da nota de culpa é contado a partir da prisão (CPP, art. 306, §§ 1º e 2º).

⁶⁹ Embora nem a lei nem a Constituição determinem expressamente, recomenda a nova ordem garantidora a leitura dos direitos constitucionais da pessoa detida, tão logo se iniciem os trabalhos de polícia judiciária, para que possa se defender adequadamente ante a sanha repressiva do Estado.

À lavratura segue-se a prisão do flagrado, salvo quando admitida a fiança em sede policial, por iniciativa do delegado de polícia, nos termos do art. 322, *caput*, da lei instrumental: “A autoridade policial somente concederá fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”.⁷⁰

De ressaltar, outrossim, que o delegado de polícia, enquanto primeiro guardião da legalidade e da liberdade individual, pode até relaxar o flagrante quando, depois de ouvido condutor, testemunhas, ofendido e o próprio conduzido, contra ele não resultar das respostas fundada suspeita, verificando, então, ser totalmente abusivo o ato de constrição física (art. 304, § 1º, do CPP). Como exemplo, cite-se o caso em que, ante os elementos preliminarmente coligidos, conclui a autoridade policial ter sido forjado⁷¹ o estado de flagrancial ou que se trata de flagrante írrito, preparado ou provocado (Súmula 145 do STF).⁷²

Imperioso mencionar que a lavratura do auto de prisão em flagrante delito representa uma das formas de instauração de inquérito policial, por ato de ofício da autoridade policial, com dispensa de portaria.

Diversamente, em se tratando de crime de ação penal pública condicionada, exige-se uma condição especial de procedibilidade, na forma de representação da vítima ou requisição do Ministro da Justiça, a depender do caso. Tais atos de vontade devem ser manifestados até o momento da conclusão do auto de prisão em flagrante, sem os quais ficará impedida a autoridade policial de consumir a prisão (CPP, art. 5º, § 4º). Assim, a despeito de todas as provas do delito, será obrigada a liberar o ofensor depois de formalmente documentar o ocorrido em boletim de ocorrência. No tocante aos crimes de ação penal privada, considerando que não pode haver instauração de inquérito sem manifestação de vontade, o não requerimento da vítima obstaculizará a lavratura do auto (CPP, art. 5º, § 5º).

Uma vez instaurado o inquérito policial a partir do auto de prisão em flagrante, sem que o indiciado tenha se livrado solto, segue-se, quanto ao prazo de encerramento, a regra geral do art. 10 do CPP, qual seja, 10 (dez) dias. Agora, se se cuidar de crime previsto na Lei

⁷⁰ Quando não for de alçada da autoridade policial, ou quando por ela negada, a fiança poderá ser arbitrada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte (CPP, art. 322, parágrafo único).

⁷¹ Flagrante forjado é aquela arditosamente “fabricado” com o fito de incriminar pessoa inocente. É o que ocorre quando, por exemplo, policial coloca substância entorpecente no interior de um veículo, com a intenção de prejudicar o seu proprietário. Além de inexistir crime, responderá o policial por delito de abuso de autoridade.

⁷² No flagrante preparado ou provocado o agente é induzido ou instigado a cometer o delito, e, neste instante, acaba sendo preso em flagrante. Trata-se, a rigor, de modalidade de crime impossível, de maneira que o flagrante, nas circunstâncias, é considerado nulo, na linha da Súmula 145 do STF: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Secundando esse entendimento, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Se o agente policial induz ou instiga o acusado a fornecer-lhe a droga que no momento não possuía, porém saindo do local e retornando minutos depois com certa quantidade de entorpecente pedido pelo policial, que, no ato da entrega, lhe dá voz de prisão, cumpre reconhecer a ocorrência de flagrante preparado” (RT, 707/293).

de Drogas (Lei n. 11.343/06), o prazo é dilargado: 30 (trinta) dias, podendo ser duplicado pelo juiz, depois de ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária (art. 51).

1.2.2.2.2 *Prisão preventiva em sentido estrito*

Tal qual a prisão em flagrante, a prisão preventiva em sentido estrito antecede a condenação definitiva. Por esse motivo, é mais uma drástica medida de agressão do Estado contra o indivíduo, porquanto se prende pessoa inocente ou culpada, mas ainda não julgada.

Nesse sentido é a posição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Se é injustiça porque compromete o *jus libertatis* do cidadão, ainda não definitivamente considerado culpado, por outro lado, em determinadas hipóteses, a Justiça Penal correria risco muito grande deixando o indigitado autor do crime em liberdade. Por isso mesmo, entre nós, a prisão preventiva somente poderá ser decretada dentro daquele mínimo indispensável, por ser de incontrastável necessidade e, assim mesmo, sujeitando-a a pressupostos e condições, evitando-se ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico tutela e ampara.⁷³

Toda prisão sem pena, como visto alhures, tem natureza cautelar, sendo, pois, preventiva em sentido amplo. Para evitar confusão com as demais espécies, as quais, aliás, têm denominação própria - prisão em flagrante e prisão temporária -, prefere então a doutrina nominar a medida constritiva dos arts. 311 a 316 do CPP de “prisão preventiva em sentido estrito”, cujos pressupostos são: (a) prova da existência do crime e (b) indício suficiente de autoria (CPP, art. 312, parte final, do CPP).

A combinação desses pressupostos representa o chamado *fumus boni juris* típico das medidas cautelares, sem os quais a prisão preventiva fica obstada. Por conseguinte, exige-se prova concreta e segura sobre a existência do crime e, no tocante à autoria, prova indiciária, ou seja, um juízo de probabilidade de que o autor do fato criminoso é, com certo grau de segurança, a pessoa contra quem é decretada a custódia preventiva.⁷⁴

Por outro lado, de ressaltar o aspecto seletivo de tão excepcional medida, cujo âmbito de incidência é restrito às infrações penais de maior gravidade objetiva⁷⁵ e aos casos em que o agente revela maior periculosidade social (art. 313 do CPP).

⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3, p. 469.

⁷⁴ “Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória” (RT, 554/386).

⁷⁵ Desde a Lei n. 12.403/11, que alterou a redação do art. 313 do CPP, é cabível, em tese, prisão preventiva por crime culposos, quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos

Somam-se a tudo isso os requisitos para a prisão preventiva, identificadores do *periculum in mora*, isto é, a indispensabilidade da medida para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia de aplicação da lei penal, garantia da ordem econômica e descumprimento da medida cautelar imposta (CPP, art. 312 e parágrafo único).

Ao decretar a prisão para garantia da ordem pública⁷⁶, pretende a Justiça Pública impedir que o agente, em liberdade, continue a delinquir, de modo que a antecipação da tutela penal é justificada pelo risco concreto que o sujeito passivo da persecução representa para a tranquilidade no meio social.

A prisão fundada no juízo de conveniência da instrução criminal⁷⁷ visa a evitar que o agente perturbe ou mesmo impeça a produção de provas, geralmente ameaçando testemunhas ou suprimindo provas. Nesse passo, de notar que a locução “instrução criminal”, fase processual destinada à preparação probatória para julgamento, admite interpretação extensiva, justificando-se a tutela antecipatória já na fase pré-processual, por “conveniência da investigação criminal”.

Sob o pretexto de garantir a aplicação da lei penal, a prisão preventiva destina-se a evitar a fuga do agente do distrito da culpa, frustrando assim a futura execução da pena. É o que se verifica, com certa frequência, quando o criminoso não apresenta residência fixa, ocupação lícita ou qualquer ligação (pessoal, familiar, social ou profissional) com o lugar onde praticado o crime, ou ainda quando se põe a vender seus bens de raiz, a fim de que se evite o *periculum libertatis*.

Sob a rubrica garantia da ordem econômica pretende a lei coibir desvios contra a ordem econômica, é dizer, evitar que o investigado ou réu, mantido solto, continue a praticar

suficientes para esclarecê-la, mas limitada estritamente pelo tempo necessário para a identificação (art. 312, parágrafo único). Continua sendo vedada a prisão preventiva nas contravenções penais, pois estas, a rigor, não são crimes, ou quando presente qualquer excludente da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal). Por último, estão fora do alcance da prisão preventiva os crimes, mesmo dolosos, se apenados tão-somente com multa ou com pena privativa de liberdade de até 4 (quatro) anos, salvo se, nesta hipótese, for o agente reincidente, ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa portadora de deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência, ou quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

⁷⁶ O conceito é inconsistente e demasiadamente aberto. Geralmente, sem muito critério e ao sabor da sensibilidade do magistrado, é confundido com “comoção social”, “perigosidade do réu”, “insensibilidade moral”, “credibilidade da Justiça”, “clamor público” etc. O fato é que, mercê da sua fluidez, é facilmente enquadrável em qualquer situação (cf. voto vencedor no Recurso em Sentido Estrito n. 70006880447, 5ª Câm. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, j. em 29.10.2003). Sobre a necessidade de ser decretada a prisão com base em elementos concretos do inquérito ou do processo, em decisão exauriente e devidamente fundamentada, consultem-se: STF, HC 80.719/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 28.09.2001; STJ, RHC 4.724/PR, DJU, 26.02.1996, p. 4031).

⁷⁷ Malgrado o termo conveniência, melhor falar-se em necessidade da instrução criminal.

infrações em prejuízo da ordem econômica, como aquelas descritas no art. 20 da Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste)⁷⁸.

Finalmente, poderá também ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, arroladas no art. 319 do CPP. A prisão preventiva, nesse caso, tem caráter residual, impondo-se somente quando não cabível a substituição da medida cautelar descumprida por outra providência menos onerosa (CPP, art. 282, § 6º).

No curso da investigação criminal, a prisão preventiva pode ser determinada a qualquer tempo, competindo ao juiz decretá-la mediante representação da autoridade policial, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente (CPP, art. 311), estando presentes os pressupostos e requisitos legais.⁷⁹

A respeito da duração da medida, tema da mais alta relevância, a lei silencia. É o que há para se lamentar.

Na fase do inquérito policial, tendo em vista a clausura imposta ao indiciado, aplica-se a regra do art. 10 do CPP, que apenas diz respeito ao prazo para conclusão do procedimento investigatório.

Afora isso, não há parâmetros fixos, pois, para aferição de um prazo razoável para esta modalidade de prisão cautelar⁸⁰. Para preencher esse vácuo, foi desenvolvido pela

⁷⁸ A medida legal é duramente criticada pela doutrina: “Quer-nos parecer, contudo, à primeira vista, que tal circunstância é um tanto quanto esdrúxula. Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. Antes, tem acentuadas e inequívocas funções repressivas. Se a medida visa a preservá-la, evitando a ganância, a *auri sacra fames*, o certo seria a adoção de sanções contra a empresa, p. ex., seu fechamento por determinado tempo, o confisco dos lucros indevidos, dos bens com aqueles adquiridos, a proibição de participar de licitações... Os resultados seriam bem melhores... Para o ganancioso, para o avaro, meter-lhe a mão no bolso é o castigo maior” (TOURINHO FILHO, *op. cit.* p. 684).

⁷⁹ Nesse passo, pontifica Helio Tornaghi: “Em qualquer das hipóteses previstas no art. 312, o juiz deve ser prudente e mesmo avaro na decretação. Há alguns perigos contra os quais deveriam premunir-se todos os juízes, ao menos os de bem: a) juízes que terminam esquecendo os inconvenientes da prisão fazem aquilo como ato de rotina, como o caixeiro que vende mercadoria ou o menino que joga bola despreocupado com a sorte alheia; b) o perigo da precipitação, do açodamento, que impede o exame maduro das circunstâncias e conduz a erro; c) o perigo do exagero, que conduz o juiz a transformar suspeitas vagas em criminoso que tem numa das mãos a poderosa arma da prisão provisória e na outra um *bill* de indenidade. Para ele não há freios internos nem disposição de espírito; só a lei pode coartá-lo e contê-lo dentro dos limites da razão ou mandá-lo para o manicômio” (TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. I, p. 270).

⁸⁰ No modelo alemão, a partir da reforma da lei de 19 de dezembro de 1964, passou a ser previsto prazo máximo de 6 (seis) meses para duração da prisão preventiva, podendo ser excedido “se as dificuldades particulares ou a anormal complexidade da investigação ou outro motivo importante não permitirem ainda a sentença e justifiquem a continuação da prisão” (StPO, § 121, 1º). O Código de Processo Penal português, de 1987, estabelece parâmetros temporais de acordo com a fase da *persecutio criminis*. “A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido: a) 6 meses sem que tenha sido deduzida acusação; b) 10 meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória; c) 18 meses sem que tenha havido condenação em 1ª instância; d) 2 anos sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado (art. 215, n.1). O recente Código Processual Penal do Chile estabeleceu prazo máximo correspondente à metade da pena

jurisprudência pátria critério baseado na soma dos prazos de cada uma das etapas do procedimento comum ordinário (incluindo a fase extrajudicial), chegando-se a 81 (oitenta e um) dias⁸¹.

O problema é que referido posicionamento, de nítido viés garantista, é válido tão-só para justificar o tempo de duração da prisão preventiva, não resolvendo a questão de fundo, qual seja, a duração razoável do processo penal, tanto que não engloba fases posteriores à decisão de primeiro grau.⁸²

Nem mesmo as recentes alterações promovidas no CPP se apropriaram desse assunto⁸³, ainda grassando no Brasil a absoluta indeterminação sobre a duração da prisão cautelar, situação apenas excepcionada pela lei que regula a prisão temporária.⁸⁴ Enquanto isso:

prevista em caso de condenação (art. 154). Ainda na América do Sul, o Paraguai tem o prazo máximo de 4 anos, após o qual o processo será extinto (Código de Processo Penal do Paraguai, art. 137).

⁸¹ De acordo com o TJSP, o prazo para conclusão da instrução processual, com o advento da Lei n. 11.719/08, passou a ser de 125 dias no procedimento ordinário, em hipótese de citação pessoal e de inexistência de diligência requerida em audiência. Isso porque são necessários: 10 dias para o inquérito policial (artigo 10, do CPP), 5 dias para a denúncia (artigo 46 do CPP), 1 dia para a ordem de citação (artigo 800, inciso III, do CPP), 3 dias para o cumprimento do mandado (item 2.4 da Seção I do Capítulo IV do Tomo 1 das Normas de Serviços dos Órgãos Judiciais da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo), 10 dias para a resposta (art. 396 do CPP), 11 dias caso não seja apresentada resposta (artigo 396-A c/c artigo 800, inciso III, ambos do CPP), 5 dias para o recebimento da denúncia (artigo 800, inciso II, ambos do CPP), 60 dias para a realização da audiência (artigo 400 do CPP), 10 dias para a sentença (artigo 403, § 3º, do CPP) (HC 990081579057, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. 27.11.2008).

⁸² Vale lembrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que o excesso de prazo para formação da culpa apenas se configura enquanto não encerrada a instrução criminal, a teor da Súmula n. 52, *verbis*: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. Um retrocesso em matéria de direitos fundamentais, na medida em que reduz o conceito de duração razoável do processo à duração razoável da instrução criminal. Daí a proposta de releitura e reinterpretção da Súmula n. 52 do STJ, consoante a jurisprudência do STF: HC N. 85.611/DF, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24.5.2005, v.u., DJ 17.06.2005; HC n. 85.400/PE, 1ª T., Rel. Min. Eros Grau, j. 22.02.2005, v.u., DJ 11.03.2005.

⁸³ A Lei n. 11.719/2008 cuidou de distinguir os diferentes ritos procedimentais em dois grupos: comum e especial. O procedimento comum é fracionado em ordinário (CPP, art. 394, § 1º, inc. I), sumário (CPP, art. 394, § 1º, inc. II) e sumaríssimo (CPP, art. 394, § 1º, inc. III), em função, basicamente, da pena máxima cominada ao delito. O procedimento especial, por sua vez, ficou reservado a todos os procedimentos com regramento específico, a exemplo dos crimes de competência do tribunal do júri (CPP, arts. 406 a 497), crimes contra a honra, tráfico de drogas etc. É possível entrever, com isso, a preocupação do legislador com a concreção da celeridade processual, tendo em vista a ênfase dada ao princípio da oralidade, do qual decorrem (a) a concentração dos atos processuais em audiência única, (b) imediatidade e (c) identidade física do juiz. Nessa linha, a audiência de instrução e julgamento será realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) e 30 (trinta) dias, no procedimento ordinário e sumário, respectivamente. Contudo, a questão referente à duração da prisão preventiva continua sem resposta, tampouco foi enfrentado o núcleo sensível da duração global do processo penal. Não se trata de um preciosismo sem sentido, nem há que se falar que o problema foi solucionado implicitamente pela nova lei. Tais argumentos soçobram diante do caráter não absoluto dos prazos legais, podendo ser prorrogados a depender das peculiaridades do caso concreto, situação sobre a qual não há qualquer controle normativo. Não se pode, ademais, ignorar a realidade da grande maioria das varas criminais, geralmente com pautas sobrecarregadas, tornando inócuo o comando legal, a despeito do esforço dos juízes em cumpri-lo.

⁸⁴ O fato de haver prazos máximos para a prisão cautelar não exclui a necessidade de se perquirir, *in concreto*, se são ou não extensos em demasia, vale dizer, se excedem ou não o limite da razoabilidade.

Os tribunais avalizam a (de)mora judicial a partir dos mais frágeis argumentos, do estilo: complexidade (apriorística?) do fato, gravidade (in abstrato?), clamor público (ou seria opinião publicada?), ou a simples rotulação de ‘crime hediondo’, como se essa infeliz definição legal se bastasse, auto-legitimando qualquer ato repressivo.⁸⁵

Nesse aspecto, o ordenamento jurídico-penal precisa evoluir. Somente com a regulação temporal das prisões cautelares estará resguardada, em grande medida, a liberdade individual diante dos frequentes excessos cometidos pelo Estado-juiz, sob pena de ser indevidamente relativizada a garantia fundamental da duração razoável do processo, em evidente retrocesso. A tudo isso, complementa Claudio Brandão:

Se é através da legalidade que se limita a intervenção penal, é porque ela tem a função de garantir o indivíduo do próprio Direito Penal (e processual), delimitando o âmbito de atuação do Estado na inflicção da pena. Nesse espeque, podemos fazer a ilação de que é a legalidade que torna o homem a figura central de todo o Ordenamento Penal, valorizando-o em sua dignidade.⁸⁶

Em matéria processual penal, Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró vão um pouco além, sugerindo a cominação de sanção para a demora processual, representada pela imediata soltura do réu preso, conforme modelo já encampado pela Lei n. 7.960/89, que cuida da prisão temporária.⁸⁷

1.2.2.2.3 Prisão temporária

Das prisões cautelares, a prisão temporária é a única vocacionada para servir à investigação criminal.⁸⁸ Não por outra razão, somente na fase do inquérito policial pode ser decretada, quando reputada imprescindível para o esclarecimento da infração penal.

Diversamente das demais, cujo regime jurídico está disciplinado nos quadrantes do CPP, a prisão temporária é regulada em lei especial: Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Tendo em conta sua natureza cautelar, é modulada pelos já aludidos requisitos *fumus boni juris e periculum in mora*. O primeiro resulta das fundadas razões baseadas em qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado, quanto a qualquer

⁸⁵ Cf. LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 105.

⁸⁶ BRANDÃO, 2002 *apud* LOPES JR.; BADARÓ, *ibid*, p. 106.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 105. Como já decidido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), “nos casos em que a duração máxima da privação da liberdade é fixada pela lei, de modo inderrogável, todo prolongamento da detenção além do termo fixado, caracteriza uma violação do art. 5º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos” (Caso K. F., sentença de 27.11.1977).

⁸⁸ Foi introduzida no sistema processual em substituição à prisão para averiguação, realizada pela polícia, sem controle judicial, em desacordo com a Lei Maior atual (CF, art. 5º, inc. LX).

dos crimes elencados na lei, em rol taxativo (art. 1º, inc. III). O segundo decorre da imprescindibilidade da medida para as investigações do inquérito policial (art. 1º, inc. I).

A medida de força é justificada porque, muita vez, o esclarecimento da infração penal fica comprometido pelo *status libertatis* do investigado⁸⁹. Nessa condição, pode perfeitamente acompanhar os passos da polícia, até mesmo antecipando-se em alguns momentos em prejuízo da apuração dos fatos, destruindo e ocultado provas incriminatórias; ameaçando ou subornando testemunhas.

Portanto, em casos em que a ação policial é resistida pelo próprio autor do delito, o bom andamento da investigação criminal impõe, excepcionalmente, o sacrifício temporário de sua liberdade.

É a lição de Guilherme de Souza Nucci:

A prisão temporária é medida urgente, lastreada na conveniência da investigação policial, justamente para, prendendo legalmente um suspeito, conseguir formar, com rapidez, o conjunto probatório referente tanto à materialidade quanto à autoria.⁹⁰

Naturalmente, a imprescindibilidade de que fala a lei há de ser aferida casuisticamente, a partir do parâmetro de ser a medida um meio necessário para o conhecimento do crime e sua autoria. A mesma solução é ainda alvitrada quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, inc. II).

Em um ou outro caso (art. 1º, incs. I e II), a prisão temporária está especialmente reservada para a investigação de alguns crimes, como aqueles descritos no art. 1º, inc. III, da Lei 7.960/89, em elenco fechado:⁹¹

- a) Homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º);
- b) Sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);
- c) Roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) Extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);⁹²

⁸⁹ Nem sempre será o indiciado, ou seja, a pessoa apontada pela autoridade policial como autora da infração penal. Por vezes, a prisão temporária se faz necessária justamente para se chegar a essa conclusão preliminar.

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1096.

⁹¹ Discute-se se os incisos I, II e III, do art. 1º, seriam cumulativos ou alternativos. Se forem considerados cumulativos, a prisão temporária raramente teria aplicabilidade processual. Por outro lado, se forem considerados alternativos, tornar-se-ia banal, pois bastaria que o investigado não tivesse residência fixa, por menor que fosse a infração penal, para decretação da prisão extrema. Por tudo isso, prevalece o raciocínio no sentido de que o inciso III é parâmetro indispensável, podendo figurar ao lado do inciso I ou do inciso II, conforme o caso. Significa dizer, então, que somente será admitida a prisão temporária quando o agente cometer uma das infrações previstas no inc. III do art. 1º, sendo a medida imprescindível para a investigação policial (inc. I) ou quando o investigado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (inc. II).

⁹² A nova figura do sequestro relâmpago, causa de aumento de pena do crime de extorsão (CP, art. 158, § 3º), introduzida pela Lei n. 11.923/2009, não está prevista. No entanto, considerando que a Lei n. 7.960/89 é de

- e) Extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) Estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único)⁹³⁻⁹⁴;
- g) Atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);⁹⁵
- h) Rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);⁹⁶
- i) Epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);
- j) Envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285);
- l) Quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) Genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1º.10.1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) Tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.1976);⁹⁷
- o) Crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986).

Em se tratando de medida cogitável apenas no inquérito policial, a autoridade policial é legitimada para representar pela prisão temporária, o que importa exposição exauriente de todos os requisitos legais (art. 2º). Seguirá o pedido, então, à apreciação da autoridade judiciária, cuja decisão é precedida de manifestação do Ministério Público (art. 2º, § 1º).

Decretada a prisão, expedir-se-á o correspondente mandado⁹⁸, e somente após esse momento é que se dará a execução da medida pela autoridade policial, que deverá, no primeiro momento, informar ao preso todos os seus direitos previstos no art. 5º da CF (art. 2º, § 6º, da Lei n. 7.960/89).

natureza processual, comporta interpretação extensiva, no sentido de autorizar, assim, prisão temporária para esta modalidade mais grave de extorsão.

⁹³ A revogação do art. 223 pela Lei 12.015/09 apenas deslocou o conteúdo da norma para os §§ 1º e 2º do art. 213. Não operou, portanto, *abolitio criminis*, permanecendo a possibilidade de decretação de prisão temporária para estupro, na sua forma básica, assim como na sua dimensão qualificada (com resultado lesão grave ou morte).

⁹⁴ O estupro de vulnerável (art. 217-A), acrescido ao Código Penal por força da Lei n. 12.015/09, admite a decretação da prisão temporária. Isso porque, a rigor, não constitui figura delitiva inteiramente inédita, pois emana da realocação do revogado art. 224 do CP, que cuidava da presunção de violência nos crimes sexuais. Ademais, se para a figura mais branda do estupro admite-se a medida (estupro de pessoa comum), com maior razão cabe a prisão cautelar no tocante à forma mais grave (estupro de pessoa vulnerável).

⁹⁵ Com o advento da Lei n. 12.015/09 deixou de constituir crime autônomo, passando a integrar o conteúdo do art. 213 do CP. Logo, a conduta anteriormente descrita como atentado violento ao pudor é capaz de ensejar a prisão temporária do autor, mas agora com base no estupro (cf. art. 1º, inc. III, alínea “f”, da Lei n. 7.960/89).

⁹⁶ A Lei n. 11.106/06 suprimiu o crime de rapto (art. 219 do CP). Contudo, não houve descriminalização da conduta, que encontra correspondência no art. 148, § 1º, inc. V, do CP. Considerando que o sequestro e o cárcere privado comportam prisão temporária, na prática, nada mudou a respeito.

⁹⁷ Para efeito de prisão temporária, considera-se apenas o tráfico em sentido estrito, previsto atualmente no art. 33 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06).

⁹⁸ O mandado será expedido em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa (art. 2º, § 4º, da Lei n. 7.960/89).

A partir desse instante, terá a polícia 5 (cinco) dias para ultimar as diligências que entender necessárias. Trata-se, pois, de prazo fixo de duração⁹⁹, algo extraordinário em nosso ordenamento jurídico. Ademais, em caso de extrema e comprovada necessidade, faculta a norma a prorrogação deste período, por até 5 (cinco) dias, uma única vez. Daí se vê, portanto, que o tempo máximo de duração da prisão temporária não pode ser superior a 10 (dez) dias.¹⁰⁰

Se a medida cautelar, pela própria natureza e repercussão jurídica, é tida como excepcional, maior rigor há que se ter sobre sua dilação, exigindo redobrado cuidado e critério da autoridade policial no manejo desse odioso instrumento investigatório. Como preconiza o sobredito magistrado bandeirante:

Não basta que a autoridade policial officie ao magistrado apenas e tão somente representando pela prorrogação, sob o singelo argumento de ainda não estarem concluídas as diligências investigatórias necessárias. É indispensável que esclareça, ao juiz, o que efetivamente fez no primeiro período (de um a cinco dias), apresentando provas (ex.: depoimentos colhidos) e demonstrando o que pretende fazer num segundo período (de uma a cinco dias). Deve-se evitar a banalização da prisão temporária pela simples razão de ser uma modalidade de prisão cautelar praticamente avessa à impugnação, por absoluta falta de tempo hábil. Se o magistrado a decreta por cinco dias, sem atentar para a sua real necessidade, prorrogando-a por outros cinco, do mesmo modo, como fará preso para recorrer? Nenhum *habeas corpus* será julgado no exíguo prazo de cinco ou dez dias pelo tribunal [...].¹⁰¹

Na legislação especial, há prazo diferenciado. É o que sucede nos crimes hediondos, prática de tortura, no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e no terrorismo, em relação aos quais o prazo é de 30 (trinta) dias¹⁰², nos termos dos art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/90. Tal como a regra geral, o prazo especial pode ser prorrogado por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.¹⁰³

Desse modo, o prazo máximo de duração da prisão temporária, nesses crimes, será de 60 (sessenta) dias, interstício suficientemente longo para albergar eventual injustiça,

⁹⁹ Não há impedimento para que o juiz decrete a medida por tempo menor, não inferior a 1 dia. Por exemplo: prisão temporária para a realização única de reconhecimento pessoal. É razoável que seja decretada por um dia, considerando a menor complexidade do ato.

¹⁰⁰ Inexiste óbice a que a autoridade judiciária, ao prorrogar a prisão temporária, somente o faça por mais 2 (dois) ou 3 (três) dias, por exemplo. Apenas limita o lei o prazo máximo de prorrogação, que em nenhuma hipótese poderá ser superior a 5 (cinco) dias.

¹⁰¹ NUCCI, *op. cit.*, p. 1099-1100.

¹⁰² Nada impede que se fixe prazo menor, entre 1 (um) e 29 (vinte e nove) dias.

¹⁰³ Interessante a tese sufragada por Roberto Delmanto Júnior. Segundo o advogado, a norma é flagrantemente inconstitucional por ferimento do princípio da isonomia processual e igualdade de todos perante a lei. Afinal, se ao preso cautelarmente, em razão de flagrante ou preventiva, prevê a lei prazo de dez dias para conclusão do inquérito policial, não poderia haver prisão temporária de até sessenta dias para crimes hediondos e equiparados (DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio-São Paulo: Renovar, 2001, p. 251-252).

notadamente quando, ao fim da investigação, chegar-se à conclusão de que o preso simplesmente não cometeu crime algum.

É claro que a duração da medida é aspecto a ser considerado pela polícia e pelo juiz, mas soa desproporcional a solicitação e a fixação dos prazos sistematicamente no máximo sem acurada ponderação das circunstâncias, complexidade da diligência pretendida e reais necessidades da investigação criminal.

De toda sorte, uma vez expirado o ciclo temporal, com ou sem prorrogação, determina a lei o desencarceramento imediato do preso, diretamente pela autoridade policial¹⁰⁴, independentemente de alvará, salvo se anteriormente decretada sua prisão preventiva¹⁰⁵ (art. 2º, § 7º, da Lei n. 7.960/89).

Um ponto a ser observado é a liberação do preso, pela autoridade policial, “antes” do término do prazo. Por exemplo: prisão temporária decretada inicialmente por 30 (trinta) dias, e, ao final dos primeiros 15 (quinze) dias, verifica a autoridade policial a suficiência das provas coletadas quanto à autoria, tendo o suspeito, ademais, domicílio certo.

Ninguém melhor que o presidente da investigação para avaliar a desnecessidade da prisão e, de ofício, liberar o preso temporário, proposição consentânea com o ideal de celeridade dos atos de Polícia Judiciária, malgrado posição em sentido diverso.¹⁰⁶

1.2.3 Interceptação das comunicações telefônicas

Instaurada a investigação criminal, a autoridade policial pode representar pela medida de interceptação das comunicações telefônicas, quando presentes os requisitos legais de admissibilidade (arts. 2º e 3º, inc. I, da Lei n. 9.296/96)¹⁰⁷.

Conceitualmente, a interceptação ocorre quando alguém monitora e invade, por recursos técnicos próprios, a conversação mantida, via telefone, entre duas ou mais pessoas, captando dados, gravando-os ou simplesmente os ouvindo em tempo real, sem o conhecimento dos comunicadores. Nesse aspecto reside a distinção com a chamada escuta

¹⁰⁴ Constitui crime de abuso de autoridade, sujeitando o autor à sanção administrativa, civil e penal, prolongar a execução de prisão temporária (art. 4º, “i”, da Lei n. 4.898/65).

¹⁰⁵ Se decretada a prisão preventiva, é fundamental a remessa imediata dos autos de inquérito policial ao fórum para que o Ministério Público formule denúncia, pois presente, neste caso, a justa causa necessária para o início da ação penal, sem prejuízo das diligências policiais faltantes.

¹⁰⁶ É o pensamento perfilhado por Guilherme Nucci, ao argumento de que, antes de o prazo terminar, cabe a quem decretou a prisão, revogá-la (NUCCI, *op. cit.*, p. 1104).

¹⁰⁷ Os requisitos são os seguintes: (a) indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; (b) impossibilidade de outros meios de prova; (c) crimes punidos com reclusão (art. 2º).

telefônica, situação em que a captação da comunicação telefônica por terceiro se dá com o conhecimento de um dos interlocutores e desconhecimento do outro¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

Por representar invasão da privacidade alheia, é curial que o pleito de interceptação encerre motivação idônea, com descrição exauriente de cada um dos requisitos legais (art. 2º) e indicação dos meios a serem empregados. Tratando-se de tutela de urgência, admite a lei que a representação seja apresentada verbalmente ao juiz, o que não pode ser confundido com mitigação de rigor, caso em que a concessão será necessariamente reduzida a termo (art. 4º, § 1º).

Em decisão fundamentada, a ser proferida em 5 (cinco) dias, o juiz decidirá sobre o pedido. Uma vez deferido, fixará prazo não superior a 15 (quinze) dias, renovável por igual período, quando comprovada a indispensabilidade da prova (art. 5º).

Em que pese o prazo legal, de notar que a [clássica] jurisprudência vem tolerando a interceptação enquanto for ela útil à colheita da prova desejada, argumento estribado na ausência de limitação quanto ao número de prorrogações e no fato de que o prazo máximo de 30 dias, a depender da complexidade do fato investigado, pode mostrar-se bastante exíguo.

É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua (STF – Inq 2424 – RJ, T.P., rel. Cezar Peluso, 26.11.2008).¹¹⁰

Em poder da ordem judicial, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação¹¹¹, dando de tudo ciência ao Ministério Público (art. 6º, *caput*). Depois de

¹⁰⁸ A Lei n. 9.296/96, em seu art. 1º, refere-se à “interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza”, o que tem suscitado acedo debate doutrinário acerca da delimitação da lei. Para Luiz Flávio Gomes, “é vontade da lei, aqui, abarcar tanto a interceptação em sentido estrito quanto a escuta telefônica. Porque ambas consistem em processos de captação de comunicação alheia. Estão fora do regime jurídico instituído pela Lei 9.296/96, conseqüentemente, a ‘gravação telefônica’, a gravação ambiental, a interceptação ambiental, assim como a escuta ambiental” (GOMES, Luiz Flávio. **Legislação criminal especial**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 536). Vicente Greco Filho, diversamente, entende que a escuta telefônica não entra no âmbito de incidência da lei de regência (GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5).

¹⁰⁹ Em doutrina são trabalhados outros conceitos correlatos, a saber: (a) gravação telefônica ou clandestina: é a gravação da comunicação telefônica por um dos interlocutores, sem o conhecimento e anuência do outro; (b) interceptação ambiental: é a captação de uma comunicação no próprio ambiente em que ela ocorre, feita por um terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores; (c) gravação ambiental: é a captação no ambiente da comunicação feita por um dos interlocutores, mediante o uso, por exemplo, de gravador.

¹¹⁰ No mesmo sentido: STF - HC 83.515-RS, Pleno, rel. Nelson Jobim, 16.09.2004, m.v., vencido Marco Aurélio, DJ 04.03.2005. No âmbito do STJ: “O prazo previsto para a realização de interceptação telefônica é de 15 dias, nos termos do art. 5º da Lei 9.296/96, prorrogável por igual período, quantas vezes forem necessárias, até que se ultimem as investigações, desde que comprovada a necessidade, observada a razoabilidade e a proporcionalidade. Precedentes do STJ e STF” (HC 88241 – RJ, 5ª T., rel. Laurita Vaz, 29.09.2009, v.u.).

¹¹¹ A autoridade poderá requisitar suporte técnico às concessionárias de serviço público (art. 7º), o que significa afirmar que o desatendimento importará instauração de inquérito policial por desobediência ou lavratura de auto de prisão em flagrante, conforme o caso.

concluída a diligência, o resultado será encaminhado ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, com o respectivo resumo das operações realizadas (art. 6º, § 2º).

A interceptação correrá em autos apartados e serão apensados¹¹² aos autos do inquérito policial (ou do processo criminal) em momento oportuno, ante o conteúdo sigiloso da prova obtida. Segundo a lei, a apensação é postergada no tempo, somente podendo ser consumada em momento imediatamente anterior ao relatório conclusivo lançado pelo presidente do inquérito policial (CPP, art. 10, § 1º).

Neste ponto, calha ressaltar que, a despeito da jurisprudência dominante, que não fixa prazo o global da interceptação telefônica, a medida excepcional há de encontrar na duração razoável do inquérito o limite temporal, consoante os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, sem abuso, dilação indevida ou injustificada.

Com esse entendimento, a Sexta Turma do STJ, em decisão unânime, anulou quase dois anos de interceptações telefônicas realizadas pela Polícia Federal sobre o Grupo S. do Paraná, ao fundamento de ausência de justificativa razoável (rel. Min. Nilson Naves, HC 76.686-PR, *j.* 09.09.08, *Dje* 10.11.08).

Na doutrina, Luiz Flávio Gomes pondera que:

(...) A interceptação telefônica é medida excepcional e tem por fundamento a sua necessidade para a obtenção de uma prova. Mas não pode ter duração indefinida. Nenhum direito fundamental pode ser restringido indefinidamente. Urge que se coloque um termo final. No caso da interceptação telefônica, três foram as situações aventadas na decisão acima mencionada: (a) trinta dias (isso é o que está na lei); (b) sessenta dias (prazo constitucional fixado para o estado de defesa); ou (c) prazo razoável (além dos sessenta dias), quando há decisão exaustivamente fundamentada (inclusive no que tange ao excesso). Mesmo nesse caso de excesso justificado, a sua duração não pode ser desarrazoada. Dois anos, como se viu, extrapolam a razoabilidade (daí a ilicitude da prova, feita pelo STJ).¹¹³

Melhor assim. Do contrário, a indefinição temporal é capaz de transformar a medida em “interceptação de prospecção”, com grave desvio de finalidade, porquanto deixa de servir à comprovação de crime já ocorrido e passa a ser meio de cognição de eventual infração penal, em manifesto desrespeito à liberdade constitucional da pessoa investigada.

1.2.4 Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados, a informações eleitorais ou comerciais, e a registros fiscais, bancários e financeiros

¹¹² Ato de juntar algo em anexo a outra coisa. Determina a lei que a interceptação telefônica constitua um procedimento, a princípio, “desligado” do principal.

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica: prazo de duração, renovação e excesso**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br> 13 maio.2009>. Acesso em 17.set.2013.

Mesmo na prematura fase da persecução policial admite a Lei do Crime Organizado o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados, a informações eleitorais ou comerciais, como também a registros fiscais, bancários e financeiros, enquanto procedimentos de investigação e formação de provas (Lei n. 12.850/13, art. 3º, incisos IV e VI).

Inova a lei quanto aos dados pessoais do investigado (qualificação pessoal, filiação e endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito), porquanto podem ser acessados pelo delegado de polícia independentemente de autorização judicial (art. 15). Não sendo o caso, o meio de obtenção de prova ficará sujeito a prévio controle judicial, como sói acontecer, na medida em que perpassa o poder requisitório do delegado de polícia¹¹⁴.

De toda sorte, versando a investigação sobre ilícitos praticados por organização criminosa¹¹⁵, o Estado-investigador tem a prerrogativa de descortinar a verdade através do acesso a informações e dados do indivíduo, como, por exemplo, contas telefônicas com especificação das ligações efetuadas durante o período apurado, notas fiscais que documentam negócios sob suspeita criminosa, informações relativas à renda de pessoa física ou jurídica envolvida no ilícito, dados referentes a contas bancárias e sua movimentação, aplicações financeiras, acesso ao cadastro do(s) investigado(s) na Justiça Eleitoral etc.¹¹⁶

1.2.5 Captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

A mesma Lei n. 12.850/13 concebe a captação e interceptação ambiental como legítimos expedientes de apuração do chamado crime organizado, o que reduz sobremaneira o âmbito de aplicabilidade de tais medidas na etapa preliminar do inquérito policial.

Em termos conceituais, dá-se a captação quando um dos interlocutores colhe, por meio diverso do telefone ou carta, os registros do contato com o outro. É o que ocorre quando feito o registro da gravação de voz, filmagem ou fotografia.

¹¹⁴ Vide art. 1º, § 2º, da Lei n. 12.830/13.

¹¹⁵ Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/13).

¹¹⁶ Esclarece Guilherme de Souza Nucci que o inciso III não foi afetado pela decisão do STF que proclamou a inconstitucionalidade do art. 3º, cujo efeito foi de apenas alijar a figura do juiz inquisidor dos procedimentos investigatórios. (NUCCI, *op. cit.*, p. 285)

Por se tratar de medida invasiva da privacidade alheia, não prescinde de controle judicial, sob penal de invalidação da prova assim produzida (CF, art. 5º, inc. X).

A interceptação, por outro lado, ocorre quando um terceiro “atravessa” a conversa alheia a fim de registrar o diálogo, utilizando-se de recurso diverso do telefone, sem o conhecimento nem anuência dos interlocutores, naturalmente. Por conta da intimidade violada, há necessidade de autorização judicial, requisito essencial à validação da prova (CF, art. 5º, inc. X).

Para ambas as hipóteses, a autoridade policial deve ter a cautela de representar previamente ao Poder Judiciário¹¹⁷, identificando clara e pontualmente os requisitos legais autorizadores, a real necessidade do procedimento para o futuro da investigação e o tempo estimado de duração da medida, com base no critério da razoabilidade. Caso a defira, impõe a lei que o juiz o faça de maneira circunstanciada (art. 2º, inc. IV, *in fine*), o que implica, inexoravelmente, fixação de prazo para execução da diligência, a exemplo do que ocorre com a interceptação das comunicações telefônicas, como visto alhures.

1.2.6 Infiltração de agentes policiais

A depender do crime sob apuração, o agente policial¹¹⁸ pode ser judicialmente autorizado a infiltrar-se em organizações criminosas (art. 1º da Lei n. 12.850/13)¹¹⁹, com a finalidade de haurir informações, dados e provas para repressão ao crime organizado, tencionando, ao final, a sua cabal desarticulação. Nisso consiste a chamada tarefa de investigação.

Trata-se de uma auspiciosa técnica em que a pessoa, integrada na estrutura orgânica dos serviços policiais, é introduzida no seio de uma organização criminosa, passando a integrá-la como se criminoso fosse¹²⁰. Desse modo, participando da rotina, conversas, conhecendo os problemas e decisões do grupo, tem condições de repassar informações confiáveis e seguras às autoridades policiais superiores.

¹¹⁷ Guilherme de Souza Nucci sustenta ser prescindível a autorização judicial em se tratando de captação ou interceptação ambiental em espaço público, sem que as partes demandem sigilo. (NUCCI, *Ibid*, p. 286)

¹¹⁸ A respeito da infiltração de agentes de inteligência, cuida-se de solução de duvidosa constitucionalidade, tendo em vista que a eles não são cometidas funções de Polícia Judiciária. Em sentido restritivo, aliás, dispõe a recente Lei n. 12.850/13, em consonância com a Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas).

¹¹⁹ A técnica de infiltração policial também está prevista na Lei de Drogas (art. 53, inc. I, da Lei n. 11.343/06).

¹²⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 53.

Diz a lei de regência que a autorização para esse fim há de ser estritamente sigilosa¹²¹, cautela justificada para a segurança do próprio agente infiltrado e consequente êxito da operação. Por identidade de razões, convém seja previamente fixado prazo para tal fim, a partir de avaliação da autoridade policial encarregada da investigação, cujo parâmetro é a complexidade da tarefa atribuída, sem o que fica evidentemente comprometido o controle judicial sobre o ato, não sendo recomendável a infiltração por prazo incerto.

A pretexto de suprir vazio proporcionado pela lei revogada (Lei n. 9.034/95)¹²², a atual Lei do Crime Organizado evoluiu quanto ao controle temporal da medida, de maneira que a infiltração será autorizada pelo prazo máximo de 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade (art. 10, § 3º).

A reforma veio em boa hora¹²³, mas o fato é que a norma dá azo a renovações sucessivas, em quantidade não definida. Em teoria, portanto, significa a possibilidade de duração por tempo indeterminado, ilação evidentemente temerária em sede de investigação criminal, pois constitucionalmente subordinada a controle temporal.

Sob esse prisma, é fundamental que a atividade probatória encontre e respeite as barreiras erigidas na Lei Maior, porquanto a forma dos atos, *in casu*, constitui garantia não apenas em benefício do investigado, na medida em que se presta igualmente a resguardar a vida e a incolumidade física do policial investigador, pessoalmente envolvido em organizações criminosas de alta perigosidade¹²⁴.

Daí a conveniência de padrões normativos sobre esse método excepcional de investigação, nas palavras de Luiz Otávio de Oliveira Rocha:

Tal resolução deverá fazer referência aos instrumentos de proteção cabíveis (identidade e domicílio falsos, indicação da[s] pessoa[s] que servirá como intermediário para a manutenção de contatos – normalmente o superior hierárquico do policial infiltrado –, descrição dos meios a serem empregados – veículos, armas etc. – e, principalmente, dos direitos fundamentais que poderão ser violados no curso das investigações, com a gravação de imagens ou conversações, ‘grampos’

¹²¹ A despeito do silêncio da norma, somente a autoridade judiciária que autoriza a medida, o membro do Ministério Público que a fiscaliza, e a autoridade policial que preside o inquérito policial devem ter ciência da infiltração efetivada.

¹²² A revogada Lei do Crime Organizado não contemplava regras sobre o tempo de infiltração, possibilidade de prorrogação, licitude das ações, uso lícito de identidade falsa, proteção do agente infiltrado etc., dificultando sobremaneira a sua compreensão e aplicação como técnica legítima de investigação criminal. Com efeito, o controle em concreto desses aspectos era deixado ao subjetivismo judicial, proporcionando uma indesejável ingerência do juiz da causa na atividade policial, situação própria do sistema inquisitorial, que não é o nosso.

¹²³ “A importância de definição de regras mais claras no direito brasileiro já era antigo sentimento da doutrina”. (PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração**. Curitiba: Juruá, 2007).

¹²⁴ A propósito, resguardar o agente infiltrado é uma das preocupações da Lei n. 12.850/13, *verbis*: “Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial (art. 12, § 3º).

telefônicos, violação de correspondência etc.), bem como *fixar prazo inicial de duração da medida*.¹²⁵ (sem destaque no original)

É certo que, quanto mais vinculado for o regramento da matéria, mais afastado ficará o juiz da prova obtida e, como mero espectador, poderá valorá-la adequada e imparcialmente, segundo o que lhe cabe no modelo processual acusatório.

Por isso, à luz da novel legislação, o pedido de renovação, em cada novo momento, deve ser judicialmente modulado como um “novo pedido”, acompanhado da comprovação da indispensabilidade do meio probatório sugerido, é dizer, sua necessidade e inexistência de outro recurso (art. 10, § 2º). Do contrário, ficarão escancaradas as portas para o abuso, pois ainda inexistem, pelo menos quanto ao aspecto temporal, parâmetros rígidos de controle sobre a continuidade de prorrogações.

Em outro giro, caso a infiltração seja dilargada sem justificativa razoável, é preciso dizer que o próprio agente policial terá o direito de fazê-la cessar, a qualquer tempo, na forma como lhe assegura o art. 14, inc. I, da Lei n. 12.850/13.

1.3 “INVESTIGAÇÃO POLICIAL” NO SISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL (JECRIM)

Dispõe o art. 98 da Constituição Federal:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Com o propósito de regulamentar o comando constitucional foi editada a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, organizando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito estadual. Em 2001, sobreveio a Lei n. 10.259/01, com a tarefa de disciplinar o Juizado Especial Criminal na esfera federal, com expressa ressalva quanto à aplicação residual da Lei n. 9.099/95 (art. 1º).

Os órgãos judiciais criados por referidas leis são igualmente competentes para processar e julgar as chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo, cujo conceito está estampado no art. 61 da Lei n. 9.099/95: “Consideram-se infrações penais de menor

¹²⁵ OLIVEIRA ROCHA, Luiz Otávio de. **Agente infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. V. 1, n. 1, 2001, p. 141/166.

potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

A redação do artigo foi alterada pela Lei n. 11.313/06, encerrando o conflito conceitual entre as Leis n. 9.099/95 e n. 10.259/01. Na redação original, o art. 61 dispunha ser infração penal de menor potencial ofensivo a que tivesse pena não superior a um ano, ao passo que o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/01, adotava critério mais benevolente, tratando infração penal de menor potencial ofensivo aquela com pena máxima de até dois anos.

O descompasso era evidente. Daí a Lei 11.313/06, que, em boa hora, **unificou** o conceito, resgatando a segurança jurídica e a garantia constitucional da isonomia nas esferas estadual e federal.

Enquanto órgão do Poder Judiciário, o Juizado Especial é informado pelos critérios da oralidade¹²⁶, informalidade¹²⁷, economia processual e celeridade¹²⁸, cujo objetivo é proporcionar a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62 da Lei n. 9.099/95).

A fase policial, naturalmente, foi afetada pela proposta despenalizadora da lei. Com efeito, foi instituído o termo circunstanciado, menos rígido e mais simples do que o tradicional inquérito policial, para apuração das infrações de menor potencialidade lesiva.

A rigor, o termo circunstanciado é um boletim de ocorrência melhor elaborado, contendo a suma do necessário, como a data e hora do fato, data e hora da comunicação, local e natureza da ocorrência, nome e qualificação do condutor, com resumo de suas declarações, nome e qualificação de outra(s) testemunha(s), com resumo das declarações, nome e qualificação do autor do fato, com resumo de suas declarações (caso queira prestá-las), indicação dos eventuais exames periciais requisitados, assim como juntada de informes sobre a vida pregressa do autor.

Note-se que neste procedimento não há propriamente investigação criminal, mas sim documentação dos fatos que chegam ao conhecimento da autoridade de Polícia Judiciária. Embora seja um rito bastante simplificado, é imperioso que o termo circunstanciado seja minimamente detalhado, contendo os elementos indispensáveis à compreensão da infração penal que constitui o seu objeto, de modo a subsidiar adequadamente a audiência de

¹²⁶ Representa a prevalência dos atos orais no domínio do Juizado Especial Criminal (JECRIM).

¹²⁷ Em decorrência, não se exige o exame de corpo de delito para o oferecimento da denúncia, admitindo-se a prova da materialidade por boletim médico ou prova equivalente (art. 77, § 1º).

¹²⁸ No âmbito policial, manifesta-se pela inexistência de inquérito policial e encaminhamento imediato das partes (autor e vítima) ao Juizado.

conciliação e, quando possível, a proposta de transação penal. Ou até mesmo o seu pronto arquivamento, na hipótese de o fato documentado não ser considerado típico pelo Ministério Público.

Não apenas por isso. Se rejeitada a proposta de transação, a ação penal há de ser proposta com base nos elementos do termo circunstanciado, de maneira que eventuais claros ou vazios podem inviabilizar o exercício da ação penal. Cumpre ao delegado de polícia, pois, evitá-los.

Eis, a respeito, a orientação de Guilherme Nucci:

Assim ocorrendo, pensamos dever o Ministério Público requisitar diretamente da autoridade policial, quando receber o termo e antes da ocorrência da audiência, maiores detalhes, inclusive, se for o caso, com a realização das diligências imprescindíveis para a formação da materialidade e dos indícios razoáveis de autoria. Se as partes forem encaminhadas diretamente ao Juizado, tudo dependerá do caso concreto. Havendo provas suficientes, ainda que resumidamente colhidas, pode haver a conciliação e a composição (civil e/ou penal). Do contrário, se o termo circunstanciado for materializado como se fosse um singelo boletim de ocorrência, parece-nos ideal adiar a audiência da fase preliminar, colhendo-se da autoridade policial outros dados, para, então, o Ministério Público poder atuar convenientemente.¹²⁹

De ver que a confecção do termo circunstanciando constitui atribuição da autoridade policial que primeiro tomar conhecimento do fato, figura funcional aqui entendida como sendo exclusivamente o delegado de polícia, estadual ou federal¹³⁰:

A legitimidade para presidência do TCO é da autoridade policial, afinal, é ferramenta de investigação preliminar, estando circunscrita a margem de atribuição da polícia judiciária. Todavia, já se tem admitido a elaboração de TCO pela polícia militar, em razão da baixa complexidade da peça. No particular, somos obrigados a discordar. A apuração das infrações penais é atribuída constitucionalmente à polícia civil, e o TCO é a peça preliminar correspondente no âmbito dos juzados. Ademais, de regra, ele é o supedâneo para a proposta de transação penal e até mesmo da denúncia, no procedimento dos juzados especiais, exigindo a colheita do lastro probatório idôneo, por autoridade legítima, o que não pode ser generalizado. O papel da polícia militar, de relevância incontestável para a segurança social, não se confunde com a atuação da polícia civil, nem é direcionada a esse objetivo.¹³¹

Por força da simplicidade que orienta a lei, a elaboração de termo circunstanciado dispensa a lavratura de auto de prisão em flagrante quando imediatamente encaminhadas as

¹²⁹ NUCCI, *op. cit.*, p. 829.

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais Federais. Análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59-60; NUCCI, *ibid*, p. 827. O Provimento n. 806/2003 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, todavia, contém orientação em sentido oposto: “Considera-se autoridade policial, apta a tomar conhecimento da ocorrência e a lavrar termo circunstanciado, o agente do Poder Público, investido legalmente para intervir na vida da pessoa natural, que atue no policiamento ostensivo ou investigatório (item 41.1). Complementa o ato: “O Juiz de Direito, responsável pelas atividades do Juizado, é autorizado a tomar conhecimento dos termos circunstanciados elaborados por policiais militares, desde que também assinados por Oficial da Polícia Militar” (item 41.2).

¹³¹ TÁVORA; ALENCAR, *op. cit.*, p. 127.

partes ao JECRIM, ou, não sendo possível, quando assumir o autor do fato compromisso de a ele comparecer em momento oportuno, o que ficará registrado em termo próprio (art. 69, parágrafo único). De tal sorte, inviabilizada a prisão, não há que se falar em fiança (art. 69, parágrafo único).

A lei também não projeta qualquer óbice a que a autoridade policial, ao invés de determinar a lavratura do termo, providencie a instauração de inquérito policial, no bojo do qual pode lançar mão dos tradicionais expedientes investigatórios. Isso é possível quando o fato for considerado complexo, a juízo exclusivo e motivado do delegado de polícia, cabendo a ele zelar pela celeridade dos atos subsequentes.

Quanto ao prazo, inexistente referência legal ao tempo para conclusão do termo circunstanciado. Nem seria necessário, ante o dever de a autoridade policial encaminhá-lo imediatamente ao JECRIM, o que significa dizer “na primeira oportunidade”, sem prejuízo dos exames periciais requisitados. E se acaso o termo for substituído por inquérito policial, por conveniência ou necessidade investigatória, aplicar-se-á a regra temporal de 30 (trinta) dias, em conformidade com o art. 10, *caput*, do CPP.

Concluída a fase preliminar, os autos serão encaminhados ao Juizado para realização de audiência preliminar (art. 72)¹³², na qual se objetiva a composição dos danos civis, seguindo-se (ou não) proposta de transação penal, cujos requisitos são aquilatados pelo Ministério Público (art. 76).

De outra banda, não havendo composição civil nem transação penal, cumprirá ao *Parquet* ofertar denúncia, ou ao ofendido apresentar queixa, iniciando-se o denominado procedimento sumaríssimo (CPP, art. 394, § 1º, inc. III; art. 77 e ss. da Lei n. 9.099/95).

¹³² Em algumas regiões do interior do Estado de São Paulo, a Polícia Civil já implementou o Núcleo Especial Criminal (NECRIM), com a finalidade de garantir atendimento mais célere à população no âmbito das infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei n. 9.099/95), antecipando o momento da conciliação entre vítima e autor do fato (ou responsável legal) para a fase preliminar, desde que a infração seja de iniciativa pública incondicionada ou condicionada à representação. No modelo propugnado, a tentativa de composição é oportunizada na própria delegacia de polícia, sob presidência do delegado de polícia, dirigente do NECRIM, e na presença de um advogado. Restando frutífera, é formalizado termo e encaminhado ao JECRIM, juntamente com o termo circunstanciado, a fim de que seja homologado pelo magistrado, após oitiva do representante do Ministério Público. Visa a medida a contribuir para a redução da sobrecarga que atualmente marca as pautas dos Juizados Criminais, contrariando a expectativa de celeridade que informa a lei, sendo, por tudo isso, louvável a iniciativa da Polícia Judiciária bandeirante. Ignorando essa realidade, a **Subprocuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo emitiu parecer no sentido de que as atividades do NECRIM**, por ausência de supervisão do órgão ministerial, não devem ser ratificadas (cf. aviso do Procurador Geral de Justiça publicado no DOE, no dia 10 de junho de 2010, seção I).

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A proposição de garantias constitucionais na fase de investigação criminal constitui significativo avanço na construção de um processo penal mais ético e justo¹³³, consentâneo com os valores republicanos gizados na Constituição Federal de 1988.

Estabeleceu-se, desde então, um novo paradigma, de sorte a obrigar o intérprete a rever os tradicionais métodos de interpretação do Direito¹³⁴, pois nesta ordem constitucional não mais se deve olhar o novo com as mesmas lentes do passado, ainda que o objeto de reflexão se refira a institutos jurídicos largamente explorados pela doutrina e jurisprudência.

A Constituição está a “invadir” os diversos segmentos do mundo jurídico, condicionando a ordem inferior e o modo de pensar dos teóricos, proporcionando o reencontro do Direito com os valores constitucionais fundamentais. A esse fenômeno dá-se o nome de “constitucionalização”, cuja principal característica reside na ruptura com a singela subsunção formal, legalista, própria do positivismo.

O constitucionalismo contemporâneo, portanto, lança novas perspectivas sobre o direito processual penal, importante instrumento de proteção da liberdade individual contra o mando repressivo e autoritário do Estado. Isso porque, como esclarece Adauto Suannes, o processo penal, a rigor, não existe para oportunizar ao Estado a prevalência de uma pretensão resistida. Antes existe por uma necessidade do suspeito da prática de crime, pois é o Estado quem está questionando e pondo em perigo sua pretensão à liberdade.¹³⁵

De traço marcadamente garantista¹³⁶, essa tutela há de existir desde o primeiro momento em que o sistema repressor do Estado é acionado contra alguém, situação que, no

¹³³ Por exemplo: assegurando o direito ao silêncio do indiciado, a garantia de não produzir provas contra si próprio, o direito à defesa técnica, o direito de trancar o inquérito policial destituído de justa causa, o direito de acesso aos autos do inquérito policial, o direito de requerimento de diligências, o direito de repudiar as provas obtidas ilicitamente etc.

¹³⁴ Está-se a falar na interpretação das leis conforme a Constituição, enquanto princípio de hermenêutica constitucional. Cuida-se fundamentalmente de um princípio de controle, cuja função é assegurar a constitucionalidade da interpretação das leis. É o que se verifica, *grosso modo*, quanto às normas polissêmicas ou plurissignificativas, cumprindo ao intérprete preferir a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do ato normativo com a Constituição.

¹³⁵ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 157-8.

¹³⁶ Luigi Ferrajoli é o principal arquiteto da teoria do garantismo, que, em linhas gerais, contrapõe o *juspositivismo* dogmático ao *juspositivismo* crítico, com vistas a minimizar o poder punitivo estatal e maximizar os direitos subjetivos, como adoção da filosofia política que impõe ao direito e ao Estado valores fundamentais consistentes na tutela dos interesses e necessidades humanas, individuais e coletivas (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução para o espanhol de Alfonso Ruiz Miguel e outros. Madrid: Trotta, 2000, p. 851-855). Ao defender o direito penal mínimo, o garantismo apresenta-se como contraponto ao discurso de “lei e ordem”, expressão do direito penal máximo, a exemplo do movimento Tolerância Zero.

âmbito do processo penal, coincide, de ordinário, com os atos de investigação criminal, sob incumbência, *grosso modo*, da Polícia Judiciária, nos termos do art. 144, § 4º da CF¹³⁷, pois *beneficium juris nemini est denegandi*¹³⁸.

Como instituição do seu tempo, a Polícia Judiciária historicamente acompanha as transformações sociopolíticas do País. Em parte por isso [e não só por isso], chegou a ser desvirtuada para a consecução de fins escusos, como autêntica polícia política¹³⁹ e não como instituição de segurança pública do Estado.

Desde o advento da Carta da República de 88, apresenta conformação democrática, aspecto internamente reforçado pelos Tratados de Direito Internacional de que o Brasil é signatário, em matéria de direitos humanos.

Ao avaliar esse processo de amadurecimento institucional, ao que chamou de “metamorfose”, o delegado paulista Mário Leite de Barros Filho conclui, a propósito, que a “Polícia Judiciária evoluiu com os direitos fundamentais”.¹⁴⁰

Com razão. Nesta era constitucionalista do direito, não há mais como apartear os direitos fundamentais da atividade oficial de investigação criminal, notadamente em função do delicado campo de tensão jurídico entre os interesses envolvidos. Mas essa percepção

¹³⁷ 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. No entanto, a titularidade das investigações criminais não é exclusividade da Polícia Civil. Da leitura do art. 4º, parágrafo único, do CPP, vê-se a viabilidade jurídica de inquéritos extrapoliciais, como sucede com os inquéritos parlamentares, instaurados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs); inquéritos policiais militares, a cargo da Polícia Judiciária Militar (cf. art. 8º do Código de Processo Penal Militar); inquérito civil, presidido por membro do Ministério Público, na forma do art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985, cujo objetivo é a preparação probatória para propositura de ação civil pública; inquéritos por crimes praticados por magistrados ou promotores, casos em que a investigação é presidida e encetada pelos órgãos de cúpula de cada carreira (art. 33, parágrafo único, da LOMAN, e art. 41, parágrafo único da LONMP); investigações envolvendo autoridades que gozam de foro por prerrogativa de função, em trâmite perante o tribunal competente em razão do critério *ratione functionae*.

¹³⁸ A ninguém deve ser negado o benefício do direito.

¹³⁹ Cite-se, como exemplo, o Departamento Estadual de Ordem Política e Social de São Paulo (DEOPS/SP), criado em 30 de dezembro de 1924 e regulamentado em 17 de abril de 1928, com o objetivo de prevenir e reprimir delitos de ordem política e social contra a segurança do Estado. Notabilizou-se pela “arapongagem política”, infiltrando agentes em assembleias sindicais, reuniões partidárias e universidades. Extinto em 1983, seus 150.000 prontuários (nominais e temáticos), 13.000 pastas de dossiês e aproximadamente dois milhões de fichas fazem parte do Acervo Permanente do Arquivo Público do Estado de São Paulo Disponível em: <<http://www.arquivoestado.sp.gov.br/>>. Acesso em: 03 set. 2013.

¹⁴⁰ No contexto dos direitos fundamentais de primeira geração, “o trabalho executado pela Polícia Civil estava vinculado à imagem repressiva”, tendo sido utilizada, no período da ditadura militar (1964-1985), como instrumento de controle político. Acompanhando os direitos fundamentais de segundo geração, foi conferida à “Polícia Civil a atribuição de elucidação de delitos – investigação criminal”, conforme a Constituição Cidadã de 1988, quando a Polícia Judiciária assumiu definitivamente o papel de guardião da segurança pública. No âmbito dos direitos de terceira geração, à Polícia Civil se confere a atribuição de pacificadora social, mediante instrumentos de mediação extraprocessual de conflitos (infrações penais de menor potencial ofensivo). (BARROS FILHO, Mário Leite de. **As metamorfoses da polícia judiciária brasileira sob a óptica da evolução dos direitos e garantias fundamentais** [S.I.]: Jus Navigandi, Teresina, jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21883>>. Acesso em: 01.abr.2012.

somente é possível a partir da premissa de que o processo penal é um todo linear, cujos atos extra e intrajudiciais encontram-se conjugados e dirigidos para um único propósito, qual seja, desvendar os elementos objetivos e subjetivos do delito, culminando com a responsabilização penal ou absolvição do inculpado¹⁴¹.

Logo, não há razão jurídica ou prática para negar a incidência dos princípios processuais fundamentais, no que for cabível, aos atos policiais preparatórios da ação penal em juízo. Basta ver que na fase extrajudicial pode o investigado sofrer sérias mitigações em seu patrimônio jurídico nuclear, uma vez que, em teoria e mediante controle judicial, pode ser preso provisoriamente¹⁴², sofrer invasão em sua vida privada e intimidade¹⁴³, ou ser privado de seu patrimônio¹⁴⁴.

Ponderando sobre o fenômeno da entronização dos direitos fundamentais na etapa pré-processual de apuração do crime, ensina Fauzi Hassan Chouke:

As novas tendências do Estado democrático reservam uma permeabilidade cada vez maior das conquistas processuais para o próprio procedimento (processo) administrativo, daí porque ser encarada com naturalidade a inserção de valores antes somente afetos à etapa jurisdicional, já na fase pré-processual, como, v.g., a motivação das decisões, um juiz 'exclusivo' para os episódios jurisdicionais da investigação (sistema italiano), o questionamento da existência ou não do contraditório, e outras ainda não suficientemente estudadas sob esse enfoque, como a legitimidade exclusiva para a ação penal pública e o controle externo da atividade policial.¹⁴⁵

Como decorrência natural, o alargamento ideológico do processo, permitindo-lhe alcançar a fase preliminar de investigação, autoriza que os atos de Polícia Judiciária sejam igualmente modulados por certos princípios constitucionais¹⁴⁶, raciocínio que reforça a

¹⁴¹ Aqui entendido o processo penal em sentido lato, considerado em toda a sua extensão, assim compreendendo suas duas fases: a pré-judicial e a judicial, que, em conjunto, formam a persecução penal.

¹⁴² Nosso Código de Processo Penal contempla três prisões provisórias: prisão em flagrante delito (CPP, art. 302), prisão temporária (Lei n. 7.960/89) e prisão preventiva *stricto sensu* (CPP, art. 311 e ss.). À exceção da prisão em flagrante, determinada por autoridade policial, a prisão temporária e a prisão preventiva em sentido estrito somente podem ser decretadas por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (CF, inc. LXI).

¹⁴³ Como no caso de interceptação telefônica, nas hipóteses admitidas em lei (Lei n. 9.296/96).

¹⁴⁴ É o que pode suceder quando judicialmente autorizado o sequestro cautelar de bens (CPP, arts. 125 a 133).

¹⁴⁵ CHOUKE, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁶ Nesse sentido, oportuna a transcrição do pensamento de Fernando da Costa Tourinho Filho, *verbis*: “O Processo Penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado. Quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como um notável instrumento a serviço da liberdade individual. Sendo o processo penal, como já se disse, uma expressão de cultura, de civilização, e que reflete determinado momento político, evidente que os seus princípios oscilam à medida que os regimes políticos se alteram. Num Estado totalitário, consideram-se as razões do Estado. Num democrático, como bem disse Bettiol, aqui já citado, a liberdade individual, como expressão de um valor absoluto, deve ser tida como inviolável pela Constituição (Instituições de direito penal e processo penal, trad. Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra, 1974, p. 251). Tanto é assim que da data da promulgação do nosso Código de Processo Penal, início de 1942, quando vivíamos sob a égide de um arremedo de Constituição, até hoje, houve várias mudanças no nosso Processo Penal, sempre

informatio delicti como instrumento a serviço dos valores e postulados democráticos, sem qualquer ameaça de ruína ao sistema de persecução criminal.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Como valor-fonte de todo o sistema jurídico-social, sem embargo de seus múltiplos significados¹⁴⁷, é possível identificar-se a dignidade como patrimônio mínimo invulnerável¹⁴⁸ a ser resguardado pelo direito nas relações do indivíduo com os seus pares e com o Poder Público. Sob esse enfoque, a afirmação da dignidade humana representa a verdadeira origem e meta do Estado de Direito, como conclui Ingo Wolfgang Sarlet:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.¹⁴⁹

procurando, de maneira capenga, mas sempre procurando, buscar a tutela dos direitos e interesses do acusado, amparando-o e salvaguardando suas legítimas expectativas” (TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 57).

¹⁴⁷Sobre a dificuldade de se fixar um conceito ainda em processo de construção teórico, ensina Antônio Junqueira de Azevedo: “É preciso, pois, aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana. A pessoa é um bem, e a dignidade, o seu valor. O direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do ‘bando dos quatros’ – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público – preenchendo-os, pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, surge agora, no século XXI, problema idêntico com a expressão ‘dignidade da pessoa humana’” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 797, mar./2002, p. 11-26). Na mesma linha de pensamento, Fladimir Jerônimo Belinati Martins arremata: “A dificuldade é ainda maior quando verificamos os múltiplos significados atribuídos pela doutrina nacional ao princípio: ora como valor absoluto; ora como critério interpretativo; ora como um direito fundamental em si mesmo; ora como direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana; ora como mera referência filosófica desprovida de maior normatividade. Na verdade, muitas vezes a doutrina adota dois ou mais destes sentidos sem, contudo, precisar qual a relação entre eles, o que pode gerar grande confusão” (MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 57).

¹⁴⁸ Destaca-se na doutrina nacional o conceito de Ingo Wolfgang Sarlet: “A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (WOLFGANG SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60).

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 68.

Não destoia a conclusão de Cármen Lúcia Antunes Rocha, citada por Fladimir Jerônimo Belinati Martins:

A posituação do princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja seus fins: que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.¹⁵⁰

Do direito constitucional advém a lição de que os direitos fundamentais não são absolutos¹⁵¹. Ao contrário, são relativizáveis¹⁵², a exemplo da vida, da liberdade, do patrimônio, da honra etc., em situações juridicamente anormais, o que sucede quando liberdades públicas são posicionadas em rota de colisão, vale dizer, quando um direito fundamental está a afetar diretamente o núcleo de proteção de outro direito fundamental.¹⁵³

Nesses casos, mesmo que a técnica hermenêutica de ponderação prestigie um bem jurídico em detrimento de outro¹⁵⁴, a dignidade humana há de ser preservada, sob pena de desfiguração do nosso modelo eleito de Estado e do sistema constitucional vigente.¹⁵⁵

É como obtempera Fladimir Jerônimo Belinati Martins:

¹⁵⁰ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 78.

¹⁵¹ De conformidade com o princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas, “Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna”, como preconiza Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 59).

¹⁵² Afirmando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié observa que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, mas em nenhum momento negam a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito (LAVIÉ, Quiroga. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 123).

¹⁵³ No exemplo ministrado por Edison Pereira de Farias, é o que ocorre com a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF, art. 5º, IX) em conflito com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem de pessoas (CF, art. 5º, X) (FARIAS, Edison Pereira de. **Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996, p. 94 e ss.). Mesmo nesses casos, não é recomendável o sacrifício total de um bem em relação ao outro, razão pela qual o princípio da concordância prática (ou da harmonização entre os bens jurídicos em conflito) tem sido apontado como o mais adequado para a solução de problemas envolvendo colisão entre direitos fundamentais.

¹⁵⁴ O juízo de ponderação secunda a aplicação do princípio da concordância prática, fundado basicamente no sopesamento valorativo entre os direitos fundamentais colidentes. Embora não sejam valores hierarquizados, o fato concreto pode reclamar a prevalência de um deles em detrimento do outro, a exemplo da liberdade de expressão da imprensa em face do direito individual à intimidade, ou a defesa do meio ambiente quando em conflito com a livre iniciativa.

¹⁵⁵ A proteção da dignidade humana foi o argumento determinante que embasou decisão concessiva de *habeas corpus* em favor de indivíduo que se recusara a fornecer amostra de sangue para exame de DNA, numa ação de investigação de paternidade em que recebeu ordem judicial para fazê-lo (STF – HC 71.373/RS, DJ 22.11.96), sendo o voto condutor da lavra do Min. Marco Aurélio. Eis a ementa: “Investigação de paternidade – Exame DNA – Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, de intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”.

O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado.¹⁵⁶

Revela-se, pois, como princípio-matriz de todos os direitos elementares e valor-fonte de todo o modelo constitucional, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inc. III), na esteira do que dispõe a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que, em seu artigo de abertura, preconiza que “todos os homens nascem livres e iguais, em direitos e dignidade”.

A posição topográfica nada tem de casual. Longe disso. Por figurar logo no preceito inaugural, “porta de entrada” da Lei Maior, implica subordinar, quanto ao aspecto substancial, todas as demais normas, regras e princípios.¹⁵⁷

Toda vez que é negada a condição humana à pessoa, ou quando o indivíduo é rebaixado à condição de objeto (coisificação do ser humano) ou a mero instrumento do Estado¹⁵⁸, ignorado enquanto sujeito de direitos, dá-se, em suma, a violação de sua dignidade.

Força concluir ser essa a melhor compreensão a guiar o trabalho da autoridade policial e de seus agentes, como ideal de atuação profissional e de postura ética. Na qualidade de agente político, cumpre ao delegado de polícia coibir toda a sorte de condutas ilícitas, tutelando concreta e efetivamente a dignidade do investigado, em toda a sua dimensão¹⁵⁹.

Analisando os deveres do delegado de polícia para com a sociedade a que serve, Luiz Carlos Rocha assevera:

O combate à criminalidade deve ser feito de uma posição eminentemente ética. O delegado deve resguardar os direitos humanos, observando que o limite da função investigatória está nos direitos individuais do suspeito. Nesse sentido, fazendo nossa a advertência de Adherbal de Barros, o delegado deve evitar que seja exercida coação sobre a pessoa do acusado ou de testemunhas; busca pessoal abusiva; a

¹⁵⁶ MARTINS, *op. cit.*, p. 63.

¹⁵⁷ Regras e princípios pertencem ao gênero das normas, pois ambos dizem o que deve ser. A distinção reside basicamente na estrutura e forma de aplicação. “Regras expressam deveres definitivos e são aplicados por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, ‘normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas’; são, portanto, mandamentos de otimização”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Ed. Malheiros, 2. ed., 2011, p. 25)

¹⁵⁸ Segundo KANT, “o homem existe como fim em si mesmo, nunca como meio para realização das vontades”.

¹⁵⁹ Ernest Bloch, citado por Antonio Enrique Pérez Luño, destaca que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhe são constitutivas: a) a negativa, que significa que a pessoa não pode ser objeto de ofensas ou humilhações; b) a positiva, que presume o pleno desenvolvimento e autodeterminação de cada pessoa. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 318)

revelação criminosa de segredo; violação de correspondência e outras, para que a obtenção da prova não seja criminosa.¹⁶⁰

Justamente para preservar esse valor fundante do Estado de Direito, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula Vinculante n. 11, que reflete diretamente na atividade operacional dos agentes de segurança pública, ao disciplinar o emprego de algemas, *verbis*:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil ou penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Referido mandamento judicial está a vincular todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nos termos do art. 103-A, da Constituição Federal, comportando reclamação direta à Corte Suprema caso algum ato inferior, judicial ou administrativo, contrarie o seu comando.

À evidência, a utilização abusiva ou injustificada de algemas, além de ofender gravemente a autoestima do indivíduo, é capaz de macular sua imagem perante toda a sociedade, de maneira irreparável¹⁶¹.

O mesmo rigor analítico merecem as demais operações que possam expor pessoas frente à opinião pública, oportunizando um julgamento social açodado, mediante ampla cobertura midiática, muitas vezes. Nisso não se revela, certamente, a eficiência policial.

A bem da verdade, não soa despropositado medir-se a qualidade do trabalho policial civil pelo grau de transtorno provocado aos investigados. Significa dizer, por outras palavras, que quanto menor o abalo provocado à pessoa, provavelmente maior será a eficiência da investigação policial. Para tanto, existem e são cada vez mais aprimoradas técnicas de

¹⁶⁰ ROCHA *apud* NALINI, *op. cit.*, p. 505.

¹⁶¹ Afora isso, o uso de algemas, salvo na hipótese de resistência ou tentativa de fuga, constitui indubitado ato de abuso de autoridade, consoante o pensamento de Fernando da Costa Tourinho Filho: “As prisões de Jader Barbalho, dos proprietários da Schincariol, dos Presidentes do Tribunal de Justiça e da Assembleia Legislativa de Rondônia (conforme fotos estampadas nas primeiras páginas de todos os jornais do País) e, por último, de Celso Pitta e Daniel Dantas são exemplos que não devem ser repetidos, pois implicaram manifesto constrangimento ilegal e, a nosso sentir, constituem crime de abuso de autoridade, previsto na Lei n. 4.898/65. Por outro lado, dogmas constitucionais, como os previstos no art. 5º, III (ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante) e LIV (ninguém será privado da liberdade ou seus bens sem o devido processo legal), foram malferidos. E haverá coisa mais degradante, humilhante, aviltante, ser alguém, sem qualquer resistência, mesmo a ‘ghândica’, ser algemado à vista da imprensa televisiva? Não bastassem os princípios constitucionais, a lei ordinária, conforme vimos, pune o abuso de autoridade. No caso das algemas, sem que o preso ofereça resistência, têm elas apenas e tão somente uma finalidade: rebaixar, humilhar e envilecer o cidadão [...] (TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 656). Sobre o assunto, curial ressaltar, que em algumas unidades da Polícia Civil de São Paulo, notadamente na Central de Flagrantes da 1ª Delegacia Seccional do Departamento de Polícia Judiciária da Capital (DECAP), as autoridades policiais determinam a lavratura de documento intitulado “termo de justificativa para condução de pessoa algemada”, elaborado com base na citada Súmula Vinculante n. 11, para casos em que o uso de algemas se faça necessário.

inteligência e contra-inteligência policial¹⁶², com vistas à produção de conhecimento acerca do crime e sua autoria, principalmente em se tratando de grupos criminosos mais articulados e complexos.

A inteligência policial¹⁶³, matéria-prima com a qual a Polícia Civil coordena suas ações, oferece técnicas que permitem o desenvolvimento de um trabalho de investigação, silencioso, sem que o investigado sequer o perceba. Restam, assim, preservadas sua imagem e reputação, sem prejuízo da colheita de provas, fim precípua da Polícia Judiciária. A título de ilustração, citem-se o uso de estória-cobertura¹⁶⁴, do disfarce¹⁶⁵, comunicações sigilosas¹⁶⁶, leitura de fala¹⁶⁷, análise de veracidade¹⁶⁸ e fotointerpretação¹⁶⁹.

Uma vez presente o investigado na repartição policial, cumpre ao delegado de polícia protegê-lo contra toda a sorte de sensacionalismo e exploração midiática, garantir-lhe entrevista pessoal e reservada com advogado, assistência familiar, assistência médica e chamamento nominal, prerrogativas sem as quais a dignidade do detido, enquanto ser humano, é invariavelmente malferida (CF, art. 1º, inc. III).

É o que dispõe a Portaria DGP 18, de 25 de novembro de 1998, da Polícia Civil do Estado de São Paulo:

Art. 11. As autoridades policiais e demais servidores zelarão pela preservação dos direitos à imagem, ao nome, à privacidade e à intimidade das pessoas submetidas à investigação policial, detidas em razão da prática de infração penal ou à sua disposição na condição de vítimas, em especial enquanto se encontrarem no recinto de repartições policiais, a fim de a elas e a seus familiares não sejam causados prejuízos irreparáveis, decorrentes da exposição de imagem ou de divulgação liminar de circunstância objeto de apuração.

¹⁶² A atividade de inteligência busca informações para uma contingência específica da Polícia Civil, ao passo que a chamada contra-inteligência tem por fim proteger os conhecimentos obtidos ou produzidos pela atividade de inteligência.

¹⁶³ Segundo o art. 2º da Lei n. 9.883/99, que criou a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência) e instituiu o SISTIN (Sistema Brasileiro de Inteligência), inteligência é “a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos, dentro e fora do território nacional, sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado”. Em sede de persecução criminal, a inteligência se destina à produção de conhecimento para o fim de prevenir e reprimir infrações penais, apresentando-se como importante e eficiente recurso à disposição do Estado-investigador.

¹⁶⁴ Técnica operacional baseada na dissimulação, utilizada para encobrir a real identidade dos agentes, facilitando a obtenção de dados e garantindo o sigilo da informação obtida.

¹⁶⁵ Técnica operacional em que o agente, usando recursos naturais ou artificiais, modifica sua aparência física, seja para evitar seu reconhecimento, seja para adequar-se ao cenário de uma estória-cobertura.

¹⁶⁶ Técnica operacional cujo objetivo é viabilizar a comunicação de forma dissimulada, de modo a não ser detectada ou identificada.

¹⁶⁷ Por meio dessa técnica, o agente, a distância, identifica aspectos relacionados ao conteúdo de uma conversação, o que viabiliza a compreensão do assunto.

¹⁶⁸ Utilização de recursos tecnológicos ou metodologia própria para se saber se a pessoa está ou não dizendo a verdade.

¹⁶⁹ Técnica baseada no exame de imagens de objetos com dedução de sua significação.

Parágrafo único: As pessoas referidas nesse artigo, após orientadas sobre seus direitos constitucionais, somente serão fotografadas, entrevistadas ou terão suas imagens por qualquer meio registradas, se expressamente o consentirem mediante manifestação explícita de vontade, por escrito por termo devidamente assinado, observando-se ainda as correlatas normas editadas pelos Juízos Corregedores da Polícia Judiciária das Comarcas.

Sobre a natureza garantista do inquérito policial, a propósito, o STF, em decisão da lavra do Min. Celso de Mello, assentou que:

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. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial (HC 73271-SP – 1ª T. – DJU 04.10.1996, p. 37.100)

Essa vocação protetiva do instrumento investigatório é também apontada na doutrina de Faustin Hélie:

A Justiça cumpre seu dever graças à instrução preliminar, atingindo apenas os fatos qualificados crimes pela lei; se faz luzir aos olhos do culpado a certeza da pena, preserva o inocente até contra injustas prevenções; e funciona sem atraso e precipitação. As queixas e denúncias podem ser verificadas antes de julgadas procedentes e as imputações temerárias e levianas não vingam. A instrução preliminar é uma ‘instituição indispensável à justiça penal’. Seu primeiro benefício é proteger o inculcado. Dá a defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento. Todas as pesquisas, investigações, testemunhos e diligências são submetidos a sério exame para, de antemão, rejeitar tudo o que não gera graves presunções. E assim se forma o processo preparatório, como base do juízo de primeiro grau.

[...]

Uma das mais fortes garantias da defesa é, com efeito, a jurisdição invocada em primeiro exame do apurado na instrução prévia para decidir.¹⁷⁰

2.1.2 Princípio da legalidade

Base *juspolítica* de todo Estado de Direito, que a ele está subordinado¹⁷¹, o princípio da legalidade é contemplado nos art. 5º, incs. II e XXXIX, art. 37, *caput*, e art. 84, inciso IV, todos da Constituição da República.

De inspiração liberal, o art. 5º, inc. II, cuida da legalidade privada, a partir do que é dado ao particular fazer tudo o que a lei expressamente não proíbe.

¹⁷⁰ HÉLIE *apud* Joaquim Canuto Mendes de Almeida. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

¹⁷¹ O Estado só pode ser considerado de Direito porque sua atuação está inteiramente vinculada ao ordenamento jurídico, ou “império da lei”.

Cuidando da legalidade pública, o art. 37, *caput*, coarta a liberdade do Estado, mercê do qual está autorizado apenas a agir ou deixar de agir quando determinado (atuação vinculada) ou autorizado (atuação discricionária) por lei¹⁷². Isso porque, ao contrário do particular, não dispõe de vontade autônoma. Está, por isso, adstrito à *voluntas legis*, fonte legítima de atuação por representar a “vontade geral” do povo, único titular da coisa pública.

Disciplinando o poder normativo do Executivo federal, o art. 84, inc. IV, dispõe que os decretos e regulamentos não podem ter caráter inovador¹⁷³, pois expedidos apenas para fiel execução de lei¹⁷⁴.

No que permeia a relação entre Estado e particular, toma a legalidade força contendora do primeiro frente ao segundo. Daí se observa que o ente político somente poderá sacrificar o patrimônio jurídico do indivíduo quando existir norma que expressamente o legitime. Do contrário, seu arbítrio caracterizará ato ilícito, com repercussão (civil, penal e administrativa)¹⁷⁵ sobre o agente público infrator e sobre a própria Administração (CF, art. 37, § 6º).

De ver que o apego à lei rege também o universo do direito processual penal, como braço do direito público que é. Sua essência dogmática permite a ação persecutória de ofício (no tocante aos crimes de ação penal pública incondicionada)¹⁷⁶, além de exigir que todos os atos deflagrados no seu bojo tenham correspondência na direito legislado, sob pena de invalidação judicial.

¹⁷² Em decorrência disso, a Administração não pode agir contra a lei (*contra legem*) nem além da letra da lei (*praeter legem*). Do contrário, os atos assim realizados reputam-se inválidos, estado que pode ser reconhecido pela própria Administração Pública, por meio da chamada autotutela administrativa, ou pelo Poder Judiciário.

¹⁷³ Desde a EC 32/2001, depreende-se do texto constitucional, em caráter absolutamente excepcional, a existência de decretos autônomos, ou seja, atos normativos primários, no âmbito exclusivo da Presidência da República, nos termos do art. 84, inc. VI, da CR. Desse modo, o Chefe do Executivo tem autorização constitucional para dispor sobre a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (art. 84, VI, “a”); b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (art. 84, VI, “b”).

¹⁷⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que “Decreto é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito). (...) Quando comparado à lei, que é ato originário (porque cria direito novo originário de órgão estatal dotado de competência própria derivada da Constituição), o decreto regulamentar é ato derivado (porque não cria direito novo, mas apenas estabelece normas que permitam explicitar a forma de execução da lei” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 214/215).

¹⁷⁵ No âmbito federal, essa regra é confirmada pelo art. 125 da Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

¹⁷⁶ A regra não se aplica às infrações penais de iniciativa privada, informada pelo princípio da oportunidade ou conveniência, segundo o qual o particular (querelante) pode abrir mão do direito de oferecer queixa-crime ou de requerer a instauração do inquérito policial, em atenção ao art. 5º, parágrafo 5º, do CPP. Fora de dúvida que, uma vez instaurado o apuratório, a investigação ficará a cargo da Polícia Judiciária, presidida por delegado de polícia.

Como corolário, as diligências e medidas tomadas no curso do procedimento policial devem possuir lastro legal, e incumbe ao delegado de polícia zelar por esse estado de coisas, motivando obrigatoriamente as deliberações que movimentam o rito da investigação criminal.

2.1.3 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal é assegurado no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, nestes termos: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Do ponto de vista científico, a norma do devido processo legal é apontada como típica cláusula geral, composta por termos fluidos, e cujas consequências são inevitavelmente imprecisas. Por conta dessa indeterminação semântica é que o conceito, de há muito, vem sendo burilado pela doutrina.

De toda sorte, qualquer que lhe seja o sentido emprestado, força convir que a cláusula *due process of law* sustenta praticamente todos os demais princípios processuais, dentre os quais o contraditório e a ampla defesa, também de assento constitucional: “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 (CF, art. 5º, inc. LV)”.

De origem românica¹⁷⁷, o princípio do contraditório funda-se no binômio ciência e participação¹⁷⁸, donde se extrai que assiste a todos a garantia de efetivamente participar do processo que lhe diga respeito ou afete seu interesse, podendo pleitear a produção de provas e expor seus argumentos, a ponto de influir no conteúdo da decisão estatal.

Por ampla defesa, entende-se o dever do Estado de assegurar a todo acusado o direito de exaurir sua tese, o que pode fazê-lo pessoalmente (autodefesa) ou por profissional habilitado (defesa técnica), com igualdade de armas frente à acusação, pois como adverte Berenice Maria Gianella:

O direito a defender-se das acusações aparece como elemento essencial em um Estado Democrático de direito, sendo este direito levado a cabo por meio de vários instrumentos, dentre eles o de assistência de defensor, imprescindível por servir melhor à realização de outros instrumentos como o direito à prova e o servir à obtenção de maior eficácia nos pressupostos necessários para a defesa, como o direito de audiência bilateral e o direito de ser informado da acusação.¹⁷⁹

¹⁷⁷ *Audiat et altera pars.*

¹⁷⁸ Na clássica lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o contraditório comporta duas etapas: a primeira, como direito à informação; a segunda, consistente na possibilidade de participação.

¹⁷⁹ GIANELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115-116.

Amalgamados, os três postulados têm aplicabilidade conjunta e complementar. O devido processo abrange a observância dos procedimentos previstos em lei, ou seja, o caminho, o rito legal para que seja reconhecida a responsabilização criminal do indivíduo transgressor. Sob pena de nulidade, tal *iter* deve proporcionar ao investigado/acusado a mais ampla defesa, sempre sob o crivo do contraditório.

Ainda que sejam de maior repercussão no âmbito judicial, fase da persecução em que vige o chamado sistema acusatório¹⁸⁰, é inegável que, à luz da atual ordem constitucional, estendem-se, no que couber¹⁸¹, à fase preparatória do inquérito policial¹⁸²⁻¹⁸³. Basta olhar, aliás, o disposto no art. 14 do CPP, que faculta ao investigado o requerimento de diligências. Ademais, tem ele assegurado o direito de ser formalmente interrogado, oportunidade em que pode autodefender-se, manifestar-se na presença de advogado ou familiar, ou ainda quedar-se silente (CF, art. 5º, inc. LXIII)¹⁸⁴. Em caso de prisão em flagrante, obriga a lei ainda a entrega

¹⁸⁰ A rigor, diverge a doutrina sobre o sistema adotado no Brasil. Considerando as garantias constitucionais do processo, notadamente a ampla defesa e o contraditório, há quem defina o nosso modelo como acusatório, de base dialética, cujas funções de acusar, defender e julgar são distribuídas a sujeitos distintos. Não se confunde, portanto, com o modelo inquisitivo, de viés repressivo, autoritário e secreto, em que as funções de defesa, acusação e de julgamento são concentradas em um só órgão, sem ter o acusado quaisquer garantias contra o arbítrio do julgador. Contudo, Hélio Tornagui qualifica o modelo pátrio de misto, ficando reservada a apuração do fato e sua autoria ao inquérito policial, abrindo-se a fase judicial para a instrução e efetivo julgamento, com as garantias do devido processo legal. Adverte que, embora o inquérito seja inquisitivo e o processo acusatório, um e outro são “impuros”, pois tanto o ofendido como o indiciado podem requerer diligências no curso do procedimento policial, como o juiz pode decretar o segredo do feito na fase judicial. (TORNAGUI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 1977, p. 20. Nota 96).

¹⁸¹ Há atos policiais que, por razões óbvias, não são comunicados previamente ao sujeito investigado. A título de ilustração, medidas cautelares de busca e apreensão, interceptação telefônica, prisão temporária ou preventiva não são informadas, antecipadamente, a ele. A comunicação, nesses casos, é feita oportunamente, ou seja, após a consumação das medidas de força, quando então o interessado poderá efetivamente impugná-las perante o Poder Judiciário e solicitar providências à própria autoridade policial. Não se trata de prerrogativa exclusiva do processo penal, vez que há previsão medida cautelar sem prévia oitiva do réu (*inaudita altera pars*) no sistema processual civil (CPC, art. 804).

¹⁸² Não reflete a verdade a afirmação clássica de que o inquérito policial é procedimento inquisitivo, estranho às garantias do contraditório e da ampla defesa, a partir da premissa rasa de que se não há acusação não pode haver defesa. Não com a mesma extensão e profundidade que se verifica nos processos em juízo, é atualmente inegável que o contraditório e a ampla defesa, embora mitigados, frequentam os atos de Polícia Judiciária, sob um enfoque, obviamente, constitucionalista. Aliás, a ideia de que o contraditório exige partes é uma falsa verdade, na medida em que o contraditório, em essência, é o direito de participar de um procedimento que possa ocasionar alguma repercussão no patrimônio jurídico do indivíduo; a rigor, não tem como pressuposto a existência de partes adversárias. Sob esse prisma, se há possibilidade de defesa, é porque há exercício do contraditório. “Tem-se que assegurar ao indiciado não só a assistência de advogado, como direito fundamental, mas também a realização efetiva da defesa necessária no próprio inquérito, além da produção de elementos que terão força probatória ao longo da persecução penal, seja para convencer o magistrado que a inicial acusatória deve ser rejeitada, seja para lastrear *habeas corpus* trancativo do próprio inquérito, ou, à luz da atual perspectiva procedimental, embasar a defesa preliminar no intuito do êxito na obtenção do julgamento antecipado do mérito”. (TÁVORA; ALENCAR, *op. cit.*, p. 96-97)

¹⁸³ Em relação ao inquérito policial instaurado para expulsão de estrangeiro, a observância do contraditório e da ampla defesa é de rigor (art. 70 da Lei n. 6.815/80).

¹⁸⁴ A obstrução ao direito de defesa e ao exercício do contraditório não se coaduna com a atual ordem constitucional pátria, que os assegura no processo judicial e também no administrativo (cf. art. 5º, inc. LV).

de nota de culpa a ele, com exposição dos motivos da prisão, o nome do condutor e das testemunhas, no exíguo prazo de 24 horas (CPP, art. 306, § 2º)¹⁸⁵.

Entrementes, nada impede que a autoridade policial, verificando a necessidade de prova pericial (CPP, art. 6º, inc. VII), possa abrir o inquérito à sugestão de quesitos, tanto pela vítima como pelo indiciado, oportunidade a ser enaltecida sobretudo naquelas perícias que não podem ser feitas ou renovadas na fase processual.

No mesmo diapasão, infere-se da nova ordem garantidora, quando da prisão em flagrante, a possibilidade de leitura dos direitos constitucionais da pessoa detida, logo que se iniciem os trabalhos de polícia judiciária, para que possa defender-se adequadamente ante a imputação que lhe apresenta o Estado-polícia.

Impende notar que, na presidência do inquérito policial, o delegado exerce função muito similar a do magistrado, vale dizer, é o “jugador” dessa instrução preliminar, na medida em que busca a verdade real (*rectius*: possível), respeitando e garantindo o exercício dos direitos da pessoa investigada, com imparcialidade e mantendo-se equidistante em relação à acusação e defesa. Ou seja, a função constitucional do delegado de polícia não o autoriza auxiliar a acusação, tampouco enfraquecer a defesa, senão perseguir o rastro do delito que lhe possa revelar a autoria.

Em que pese o inquérito policial não possuir um rito rígido, porquanto a lei processual confere certa discricionariedade à autoridade policial¹⁸⁶, somente com a obtenção de seguros elementos a respeito da autoria é que estará autorizado a concentrar a investigação em determinada pessoa¹⁸⁷, alterando assim o *status quo* do indivíduo: de mero suspeito para provável autor da infração penal.

Por meio do ato de indiciamento, o increpado é cientificado do conjunto de provas coligidas e da imputação que contra ele recaem, fazendo com que o interrogatório se traduza em meio de prova e também oportunidade de defesa, a ser realizado quando já presentes indícios concretos contra ele.

¹⁸⁵ São argumentos dos defensores do contraditório na investigação criminal: a) ser esta etapa um verdadeiro processo administrativo (preparatório ao exercício da ação penal); b) haver neste processo um conflito de interesses, existindo litígio e, por consequência, litigantes. Nesse sentido: BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988**. São Paulo: 1993, p. 83.

¹⁸⁶ A fase pré-processual não segue o mesmo rigor procedimental da persecução em juízo. Na etapa preparatória, o delegado de polícia conduz as investigações da forma que melhor lhe aprouver, conforme certos parâmetros legais (arts. 6º e 7º do CPP).

¹⁸⁷ A essa imputação formal pelo delegado de polícia dá-se o nome de indiciamento.

E mesmo na fase extrajudicial, a assistência jurídica por advogado é prerrogativa assegurada, a teor da redação do artigo 5º, inciso LXIII, da Lei Maior, secundado pelos arts. 261 e 306, §1º, da legislação instrumental penal.

Calha ressaltar, nessa quadra, que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) permite ao advogado examinar, ainda que sem procuração formal, os autos de inquérito, findos ou em andamento (art. 7º, inc. XIV, da Lei nº 8.906/1994)¹⁸⁸. Quanto ao conteúdo acessível, o STF editou a Súmula Vinculante nº 14:

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

Portanto, a regra geral, de acordo com o Estatuto da OAB, é que o advogado está realmente autorizado a examinar os autos do inquérito, limitando-se essa prerrogativa aos atos já realizados e materializados. Se assim não for, diz a súmula, o advogado, mesmo munido de procuração, não deve ter acesso ao caderno investigatório, sob pena de frustrar-se o objetivo da atividade persecutória.

2.1.4 Princípio da presunção de inocência

Como preconiza o art. 5º, inc. LVII, da Lei Maior, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na essência, o postulado representa uma crença de fé no valor ético da pessoa, fundamento da sociedade. Historicamente, o princípio da presunção da inocência remonta à Idade Média, contemplado na Ordenação Francesa de 1670, consoante a regra de que “a absolvição por falta de prova da culpabilidade trazia consigo uma presunção de inocência do réu”, como lembra Hélio Tornaghi¹⁸⁹.

Mais de um século mais tarde, o mote ideológico¹⁹⁰ inspirou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em Paris, em 26 de agosto de 1789: *Tout homme étant presume innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne*

¹⁸⁸ Sobre a extensão do sigilo no inquérito policial, segundo a interpretação do STF, confira-se: TUCUNDUVA SOBRINHO, Ruy Cardozo de Mello. Sigilo do inquérito policial: a Súmula Vinculante 14 do STF. In: Newton de Lucca; Samantha Ribeiro Meyer Pflug; Mariana Baeta Neves (org.). **Direito constitucional contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

¹⁸⁹ Compêndio, 1967, III/1082.

¹⁹⁰ O princípio encontra suas origens no movimento filosófico-humanitário chamado “iluminismo”, cujos expoentes foram Voltaire, Marquês de Beccaria, Montesquieu, Rousseau entre outros.

*serait pas necessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi*¹⁹¹.

Reconhecidamente um direito natural, foi guindado, em 1948, a valor universal, assim afirmado na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas:

Art. XI, n. 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Esclarece a doutrina que a expressão presunção da inocência “não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, visto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente. Sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela”.¹⁹²

A rigor, busca assegurar ao acusado a prerrogativa de não ser tratado como culpado, pelo menos até que sobrevenha decisão condenatória definitiva. Antes desse momento, deve prevalecer seu *status quo* (inocente ou mero suspeito), segundo a crença “rousseauiana” na bondade do ser humano (art. 5º, inc. LXVI, da CF).

Sob esse ângulo, impõe-se como “regra de tratamento” do suspeito, indiciado ou acusado, dentro de um amplo espectro de garantias processuais, mas de grau limitado frente ao direito de autodefesa do Estado, que pode lançar mão dos vários instrumentos de persecução penal previstos em lei.

Seu reconhecimento na etapa pré-processual revela a necessidade de que, na investigação, busquem-se sólidos elementos de autoria e materialidade do fato-crime, e, somente a partir de então, sejam cogitadas medidas aflictivas contra o investigado.

Exatamente quando hauridos todos os aspectos objetivos e subjetivos do delito, dar-se-á o indiciamento¹⁹³, ato de natureza administrativa por meio do qual a autoridade

¹⁹¹ Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

¹⁹² TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 73.

¹⁹³ O CPP, em diversas passagens, emprega o termo “indiciado” (art. 6º, inc. V, art. 10, § 3º, e art. 15) sem disciplinar, contudo, o ato de indiciamento. No Estado de São Paulo, o indiciamento se compõe das seguintes partes: interrogatório de qualificação, interrogatório de mérito, pregressamento e identificação criminal (BIC – Boletim de Identificação Criminal e planilhas decadactilares).

policial¹⁹⁴ aponta formalmente determinada pessoa como provável autor do objeto investigado.

É certo que o ato de indiciamento não está a infirmar o dogma constitucional da presunção da inocência¹⁹⁵, vez que tem natureza e efeito limitados ao plano administrativo, sem qualquer consequência endoprocessual, não repercutindo negativamente sobre o patrimônio jurídico do investigado¹⁹⁶.

Não é o que se entrevê, por outro lado, nas ações precipitadas, muitas vezes pirotécnicas, mais preocupadas em satisfazer a ânsia da opinião pública e menos com as garantias elementares da pessoa investigada, o que ultimamente tem marcado o noticiário especializado, ferindo de morte o princípio em comento, sobretudo quando a convicção da autoridade policial não é prestigiada em juízo.

A polícia judiciária moderna e republicana, que tem à sua disposição métodos de investigação baseados na inteligência, há de agir com serenidade e prudência, sem ser negligente, abusiva nem parcial. Muito menos midiática, porquanto a “sede” com que os meios de comunicações buscam notícias não se coaduna com a investigação criminal, normalmente de passos marcados, para frente e, não raras vezes, para trás.

Enquanto a opinião pública, a quem a imprensa busca servir, espera uma instituição mais ágil, com respostas imediatas (leia-se: prisões), a Polícia Judiciária há de se ocupar com a investigação de qualidade, com a apuração minudente do fato criminoso, ainda que a conclusão ao fim apresentada frustrasse eventualmente a opinião pública.

¹⁹⁴ A Lei n. 12.830/13, no seu art. 2º, § 6º, diz que o indiciamento é ato privativo do delegado de polícia. O termo “privativo”, e não “exclusivo” (leia-se: com exclusão de outros), não resolve antiga divergência sobre a iniciativa para o ato. Mesmo sendo incompatível com a estrutura acusatória do processo penal, há quem entenda que o indiciamento pode também se dar por determinação judicial ou por requisição do órgão ministerial. Apenas neste último caso, como preconiza Fauzi Hassan Chouke, não se vislumbra qualquer anormalidade, tratando-se de exteriorização de juízo durante a investigação criminal, situação compatível com o sistema acusatório e com a ordem constitucional vigente (CHOUKE, *op. cit.*, p.143). Reafirmando que o indiciamento é atribuição exclusiva da autoridade policial, confira-se recente decisão da 2ª T. do STF: HC 115.015/SP, rel. Min. Teori Zavascki, *j.* 27.08.2013.

¹⁹⁵ É convergente a reflexão de Fauzi Hassan Chouke quanto à ausência de efeito endoprocessual do indiciamento, porém salientando “a significativa magnitude social” do ato. Ampara sua assertiva destacando o interesse do público em veículos de informação especializados em assuntos policiais, cuja repercussão é maior do que a confirmação de uma sentença condenatória pelo Supremo Tribunal Federal (CHOUKE, *op. cit.*, p. 143). *Permissa venia*, não se trata, a rigor, de efeito do ato, cujo significado sequer é compreendido pelo homem comum. O que há nos casos citados pelo doutrinador é a exposição vexatória da imagem do autor (ou suposto autor) do fato, com total desprezamento de sua dignidade. E isso, por certo, não decorre do indiciamento policial.

¹⁹⁶ Por esse motivo, não caracteriza Maus Antecedentes tampouco reincidência em matéria penal. No mesmo sentido, confira-se a Súmula 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Desse modo, tais informações não devem ser levadas em consideração como antecedentes criminais ou para justificar o agravamento da pena sob o argumento de que o acusado tem “personalidade voltada para o crime”. Ademais, “Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito policial contra os requerentes (CPP, art. 20, parágrafo único, com redação dada pela Lei n. 12.681/12).

Tudo isso apenas confirma a máxima “investigar para prender, e não prender para investigar”, pois, para a polícia democrática, “tão importante como capturar o delinquente é capturar a verdade dos fatos”¹⁹⁷. Ou ainda, em termos constitucionais, tão importante quanto capturar o criminoso é salvaguardar a liberdade do inocente.

2.1.5 Princípio da motivação

Não basta que o ato administrativo tenha previsão legal. Exige-se, em complemento, sua motivação.

Basicamente, representa a demonstração, por escrito, de que os pressupostos fáticos (ocorrência do fato) e jurídicos (correspondência do fato à norma jurídica), justificadores do ato estatal, encontram-se presentes.

Funda-se, por um lado, na necessidade de transparência da Administração Pública, e, por outro, na cidadania, proporcionando aos administrados efetivo controle sobre os atos da Administração.

A bem da verdade, o primado da motivação dos atos administrativos não está expressamente contido no texto constitucional¹⁹⁸, salvo quanto à atuação administrativa dos tribunais do Poder Judiciário, na forma do art. 93, inc. X, da CF.

Por conta dos seus nobres fundamentos, a motivação, malgrado o silêncio da Lei Maior, é elemento indispensável à validade dos atos administrativos,

[...] pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer tempo, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. Note-se que o art. 111 da Constituição Paulista de 1989 incluiu a motivação entre os princípios gerais da Administração Pública.¹⁹⁹

Enquanto regra de conduta, vê-se idêntico comando reproduzido na legislação ordinária, a exemplo Lei Estadual n. 10.177/98, que regula o procedimento administrativo no âmbito do Estado de São Paulo (art. 4º), e da lei federal do processo administrativo (art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/99).

¹⁹⁷ RODRIGUES, José Narciso da Cunha. **Um novo conceito de polícia**. Revista portuguesa de Ciência Criminal, ano 8, fascículo 3, p. 408.

¹⁹⁸ Na Constituição do Estado de São Paulo, o princípio, diversamente, tem previsão textual (art. 111): “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, **motivação**, interesse público e eficiência”. (destaque nosso)

¹⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 195-6.

Dele também não se aparta o delegado de polícia, pois representante do Estado e da vontade da lei na função que lhe toca. Como agente da Administração Pública, deve motivar todas as deliberações tomadas no curso das investigações, as quais, normalmente, são exaradas sob a forma de despachos (autônomos ou no corpo de peças confeccionadas), ou nas conclusões assentadas no relatório final do caderno investigativo.

Trata-se, portanto, de princípio informador da atuação funcional delegado de polícia²⁰⁰, com o que assegura e afirma sua independência, conquista recentemente introduzida na Constituição do Estado de São Paulo (art. 140, parágrafo 3º), conferindo-lhe expressamente liberdade de convicção quanto aos atos de Polícia Judiciária.

Logo, quando determina a abertura da investigação criminal²⁰¹, solicita perícia para o local do crime, apreende objetos relacionados ao fato investigado, conclui pelo indiciamento do suspeito²⁰², procede à reprodução simulada dos fatos, reconhece ou nega o estado flagrancial²⁰³, representa pela prisão temporária ou preventiva [em sentido estrito], ou por outras medidas assecuratórias²⁰⁴, requer dilação de prazo para conclusão do inquérito policial, enfim, deve fazê-lo motivadamente, sob pena de invalidação do ato ou indeferimento da medida pelo juiz.

Analisando a questão, enfatiza Hassan Chouke, em tom crítico:

²⁰⁰ É o que dispõe a Portaria DGP 18, de 25 de novembro de 1998, da Polícia Civil do Estado de São Paulo: “Considerando ademais que a Constituição Estadual impõe, em seu art. 4º, o despacho ou decisão motivada como requisito de validade dos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, assim como em seu art. 111, a motivação, como um dos princípios diretivos de toda atividade administrativa”. (...)

²⁰¹ “A instauração de inquérito policial, quando legalmente possível, dependerá, sempre, de prévia e pertinente decisão da autoridade policial que, com essa finalidade, expedirá, em ato fundamentado, portaria na qual fará constar descrição objetiva do fato considerado ilícito, com a preliminar indicação de autoria ou da momentânea impossibilidade de apontá-la, e ainda a classificação provisória do tipo penal alusivo aos fatos, consignando por último, as providências preliminares necessárias para a eficiente apuração do caso”. “Igual procedimento adotará, em face de qualquer hipótese determinante de falta de justa causa para a deflagração da investigação criminal, devendo, em ato fundamentado, indicar as razões jurídicas e fáticas de seu convencimento” (Portaria DGP – 18/98, art. 1º e art. 2º, parágrafo único, respectivamente). (destaques não presentes no original)

²⁰² Art. 5º, da Portaria DGP-18/98: “Logo que reúna, no curso das investigações, elementos suficientes acerca da autoria da infração penal, a autoridade policial, procederá o formal indiciamento do suspeito, decidindo, outrossim, em sendo o caso, pela realização da sua identificação pelo processo datiloscópico. Parágrafo único: O aludido ato neste artigo deverá ser precedido de despacho fundamentado, no qual a autoridade pormenorizará, com base nos elementos probatórios objetivos e subjetivos coligidos na investigação, os motivos de sua convicção quanto à autoria delitiva e a classificação infracional atribuída ao fato, bem assim com relação à identificação referida, acerca da indispensabilidade da sua promoção, com a demonstração de insuficiência de identificação civil, nos termos da Portaria DGP – 18, de 31.1.92.” Sobre a necessidade de fundamentação do ato policial de indiciamento, ver a recente Lei n. 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia (art. 2º, parágrafo 6º).

²⁰³ Art. 7º, parágrafo 2º, da Portaria DGP – 18/98: “A tipificação da conduta inicialmente atribuída ao preso no auto de prisão em flagrante será objeto de fundamentação autônoma na peça flagrancial, expondo a autoridade policial as razões fáticas e jurídicas de convencimento. (grifo presente no texto original)

²⁰⁴ Art. 6º da Portaria DGP – 18/98: “Quando, no curso da investigação, a autoridade policial precisar valer-se de medida cautelar, dirigirá representação à autoridade judiciária competente, na qual deverá constar, dentre os seguintes itens: (...) II – exposição fundamentada da imperiosidade da providência; III – fundamento jurídico do pedido”.

Ainda que estejamos em sede administrativa, as garantias do *due process of law* podem ser inseridas (...). Por esse motivo, a motivação das decisões no curso da investigação, sobretudo no ato de instauração, no indiciamento e no encerramento é necessária.

Cada uma dessas fases exige uma motivação adequada. Da instauração muito pouco pode ser exigido, na medida em que os informes ainda são precários. Mas é necessário um mínimo de tipicidade de conduta para que seja aberta a investigação. O indiciamento clama para exposição de motivos que levam à cristalização da condição do suspeito, enquanto que no arquivamento já existe uma massa informativa que deve ser analisada em sua inteireza e naturalmente é mais extensa. O modelo pátrio trata a motivação como uma garantia retórica, na medida em que nenhuma sanção advém da inobservância do princípio. Essa situação transforma a garantia, que é constitucional, em algo ‘descartável’, podendo transparecer a errônea imagem de ser tratada como algo fora do sistema acusatório.²⁰⁵

Não se deve perder de vista, mais uma vez no presente tópico, que o delegado de polícia é o primeiro garantidor dos direitos fundamentais, o que engloba o direito do investigado de conhecer as razões dos atos policiais a que está sujeito, de sorte a acatá-los ou não, desafiando, se o caso, controle judicial (CF, art. 5º, inc. XXXV).

2.1.6 Princípio da proibição de provas ilícitas

Conforme adverte a Lei Maior, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, inc. LVI).

Mercê da mesma premissa, são juridicamente inidôneas as provas²⁰⁶ contrárias ao direito material (provas ilícitas em sentido estrito), bem como as proscritas pelo direito processual (provas ilegítimas).²⁰⁷

²⁰⁵ CHOUKE, *op. cit.*, p. 188-189.

²⁰⁶ Na tarefa de investigar crimes, busca o delegado de polícia reconstruir fatos a fim de alcançar a “verdade” sobre o delito e sua respectiva autoria. Para tanto, vale-se da prova, que é a demonstração da veracidade ou inveracidade do fato que se pretende conhecer.

²⁰⁷ Prova ilícita em sentido estrito é assim considerada quando vedada, pois produzida com violação de norma de direito material (Direito Penal, Direito Civil, Direito Comercial, Direito Administrativo), bem como a prova que afronte dispositivo constitucional. Exemplos: confissão obtida mediante tortura (Lei n. 9.455/97), apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (CP, art. 150), captação de conversa por meio do crime de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, art. 10) etc. Segundo Fernando Capez, a prova ilícita pode também “caracterizar infração penal e ferir princípio da Constituição Federal. É a hipótese da violação do domicílio (art. 5º, XI), do sigilo das comunicações (art. 5º, XII), da proteção contra a tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e do respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), dentre outros (CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 364). Por outro lado, afigura-se ilegítima a prova quando afronta norma de natureza processual, a exemplo do documento exibido em plenário do Júri, em desacordo com a regra do art. 479, *caput*, do CPP; depoimento prestado com violação ao disposto no art. 207 do CPP (sigilo profissional) etc. Na doutrina, ainda encontramos menção a uma terceira categoria de provas proibidas: provas irregulares, como sendo aquelas permitidas pela legislação processual, mas, no momento da produção, suas formalidades deixam de ser observadas. Ex.: busca e apreensão domiciliar, cujo mandado judicial não reúne as formalidades do art. 243 do CPP. No entanto, as provas irregulares, a rigor, são ilegítimas, por infirmação de regra processual. No âmbito do CPP, as provas proibidas são disciplinadas pela Lei n. 11.690/2008, que modificou a redação do art. 157 do CPP, dispondo que: “São inadmissíveis, devendo ser

Nesse ponto, há que se reverenciar a contribuição da clássica obra de Cesare Beccaria, publicada originariamente em 1764 na Itália e divulgada em uma série de conferências na França, dois anos mais tarde. No dizer do pensador milanês, especialmente analisando a prática de tortura como meio de prova:

Ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou.²⁰⁸

Sobre a função dessa garantia dentro do sistema constitucional, pontifica Pedro Rangel que “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”.²⁰⁹

E nesse mesmo sentido, já se pronunciou o STF:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade. É um pequeno preço que se paga por viver-se em um Estado Democrático de Direito”.²¹⁰

Interessante ressaltar que, no Brasil, uma vez constatada a inidoneidade da prova, torna-se imprestável, por irradiação, tudo o que dela resultar, sendo, por extensão, igualmente vedadas as provas ilícitas por derivação, a exemplo da interceptação clandestina (leia-se: sem autorização judicial) por meio da qual a Polícia desvenda uma testemunha presencial do fato que, ouvida regular e formalmente, aponta o verdadeiro autor do crime.

Eis a pensamento compartilhado por Ada Pellegrini Grinover *et al*:

Na posição mais favorável às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente banidas do processo.²¹¹

Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida primeiramente pela Suprema Corte norte-americana, ao lançar mão da engenhosa teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), de notável rigor, segundo a qual o vício da planta *contamina*, inexoravelmente, todos os seus frutos.

desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

²⁰⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. EDIPRO, 1997, p. 35.

²⁰⁹ RANGEL, Pedro. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 414.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, APn 307-3/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, de 13 de out. 1995, RTJ 162-3:340, *apud* Uadi Lammêgo Bulos, Constituição Federal anotada, p. 244.

²¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed., Malheiros Ed., p. 116.

Na Alemanha pós-guerra, contudo, desenvolveu-se mecanismo de frenagem da regra de proibição. Fundada na teoria da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), admite-se a prova ilícita, em caráter excepcional, quando estiver em perigo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental, como no clássico caso do acusado que tem numa interceptação telefônica ilegal o único meio de provar sua inocência.

Eis, então, o dilema: preservar a liberdade individual, mediante flexibilização da norma, ou condenar um inocente por não se admitir a prova originariamente proibida?

Os referidos professores da Universidade de São Paulo (USP) apontam que prevalece o entendimento no sentido de aceitar-se “a utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”.²¹² Tal dominância foi igualmente identificada por Luiz Francisco Torquato Avolio:

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impere o princípio do favor rei, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência.²¹³

A proporcionalidade *favor rei* é a solução, fora de dúvida, mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade da pessoa humana²¹⁴, uma vez que a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida, mesmo que isso represente a negação de algum preceito legal.

O fato irretorquível é que, atualmente, a teoria dos frutos da árvore envenenada constitui regra positivada em nosso sistema, *ex vi* do art. 157, § 1º, primeira parte, do CPP, com redação determinada pela Lei n. 11.690/2008.

A dificuldade, contudo, ainda reside no dimensionamento quanto à derivação²¹⁵, pois quando não evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outra, ou quando a prova derivada

²¹² *Ibid*, p. 116.

²¹³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 66.

²¹⁴ Convém assinalar a existência de decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitindo a regra da proporcionalidade probatória em favor da sociedade (HC 3.982/RJ, em 5-12-1995, rel. Min. Adhemar Maciel, *in* DJU de 26.fev.1996, p. 4084 (*apud* Boletim Informativo do IBCCrim, maio de 1996). No mesmo sentido, também o STF: “A Administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24.jun.1994, p. 16649).

²¹⁵ Os efeitos da ilicitude da prova podem desbordar a prova viciada, contaminando todo o material produzido a partir dela. E assim, em um juízo de causa e efeito, tudo o que é derivado de uma prova ilícita deve igualmente ser desentranhado dos autos, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outra, ou quando a derivada puder ser obtida por uma fonte independente da prova originariamente ilícita (CPP, art. 157, § 1º). Preclusa a decisão de desentranhamento da prova ilícita, será ela destruída mediante decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente (art. 157, § 3º). Tal solução, contudo, tem suscitado críticas por inviabilizar, em prejuízo do réu, futura ação revisional, com o escopo de demonstrar sua inocência. Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 19. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 372.

puder ser obtida por uma fonte independente da primeira²¹⁶, a norma as considera juridicamente idôneas (art. 157, § 1º, segunda parte).

Fácil concluir que, incoorrendo vínculo causal entre a prova ilícita e as demais, a contaminação não se consuma em prejuízo da prova então produzida. Fica sem efeito, nesse particular, a teoria dos frutos da árvore envenenada, porquanto modulada pela limitação da fonte independente (*independent source limitation*) e pela limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*).

Por fonte independente, entende-se, com base em obscura definição legal, “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (CPP, art. 157, § 2º).

No que diz respeito à descoberta inevitável, verifica-se que a prova é apenas circunstancialmente proveniente de uma prova ilícita, pois decerto seria revelada por outros meios legítimos, suprimindo-se todo e qualquer resíduo de contaminação.

Superando essas peculiaridades fáticas, é indubitavelmente imperiosa a produção do plexo probatório com estrito respeito às injunções legais, mormente na etapa pré-processual, visto que um considerável volume de processos criminais é embasado nos elementos amealhados exclusivamente no procedimento policial.

Daí o compromisso do delegado de polícia, ordinariamente o primeiro agente estatal a ter contato com as provas do delito, em assegurar a integridade jurídica da prova. Métodos escusos²¹⁷, à margem do Estado Democrático, apenas servem para desautorizar o trabalho policial, expondo a instituição a completo descrédito perante os sujeitos processuais e a opinião pública.

Argumentos, portanto, não faltam para animar o delegado de polícia a adotar todas as cautelas durante a colheita de provas. Não por outra razão a busca domiciliar para apreensão de objetos relacionados com a infração penal, conversas telefônicas interceptadas, e a captura e custódia provisória de investigados devem ser precedidas dos respectivos mandados judiciais, obtidos mediante representação, sempre fundamentada por quem de direito²¹⁸.

²¹⁶ Na hipótese, a rigor, a prova que provém de fonte independente não pode ser havida como derivada.

²¹⁷ São exemplos: tortura; apreensão de correspondência epistolar, diário íntimo, anotação particular etc., sem autorização e consentimento de seu emitente, receptor ou titular (CF, art. 5º, inc. XII); emprego de detector de mentiras (*lie detector*); provas obtidas mediante estupefacientes, soro da verdade (*serum truth*); interceptação ambiental clandestina (captada por terceiro, no ambiente, sem o conhecimento dos interlocutores); escuta ambiental “sub-reptícia” (feita por um dos interlocutores, no ambiente, sem que os outros saibam ou consintam); escuta telefônica (captação da conversa por terceira pessoa com o conhecimento e consentimento de apenas um dos interlocutores); gravação clandestina (feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento e anuência do outro) etc.

²¹⁸ A legislação comete a iniciativa, no âmbito policial, exclusivamente ao delegado de polícia: art. 311 do CPP; art. 2º, *caput*, da Lei n. 7.960/89; art. 3º, inc. I, da Lei n. 9.296/96.

Importa frisar que, no âmbito policial e na hipótese de infrações penais comuns, a lei só concede ao delegado de polícia a atribuição de determinar e representar por diligências nesse sentido, não havendo respaldo legal, muito menos constitucional, para que outras instituições se arvorem em tal figura, embora outros agentes do Estado, notadamente incumbidos da prevenção geral, insistam em reclamar pedidos dessa natureza junto ao Poder Judiciário²¹⁹.

É exatamente o que está a reafirmar a recente Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida por delegado de polícia (art. 1º), única autoridade policial designada pelo Estado-investigador para esse fim (art. 2, parágrafo 1º)²²⁰. Afora isso, a ele, e a ninguém mais, cabe, no curso da investigação criminal, “a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos” (cf. art. 2º, parágrafo 2º).

²¹⁹ Nesse sentido, a jurisprudência: “A investigação das infrações penais incumbe à Polícia Civil, por isto, havendo indícios de prática delitiva, deverá o relatório da Polícia Militar ser encaminhado à primeira, para, após apuração dos fatos, e em se verificando a existência de prova idônea, requerer a medida cautelar de busca e apreensão”. (TJMA. AP. Crim.: 1.0702.09.585753-9/001. Numeração única: 5857539-792009.8.13.0702. 1ª C. Crim. Rel. Des. Edival José de Moraes, p. 16.7.2010)

²²⁰ Exceto nos inquéritos estranhos à Polícia Civil, a saber: inquéritos extrapoliciais, como sucede com os inquéritos parlamentares, instaurados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs); inquéritos policiais militares, a cargo da Polícia Judiciária Militar (cf. art. 8º do Código de Processo Penal Militar); inquérito civil, presidido por membro do Ministério Público, na forma do art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985, cujo objetivo é a preparação probatória para propositura de ação civil pública; inquéritos por crimes praticados por magistrados ou promotores, casos em que a investigação é presidida e encetada pelos órgãos de cúpula de cada carreira (art. 33, parágrafo único, da LOMAN, e art. 41, parágrafo único da LONMP); investigações envolvendo autoridades que gozam de foro por prerrogativa de função, em trâmite perante o tribunal competente em razão do critério *ratione functionae*.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

3.1 NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS²²¹

Segundo a doutrina especializada, a locução direitos fundamentais dimana historicamente dos *direitos do homem*²²², expressão registrada pela primeira vez em 1537, na *Historia diplomatica rerum Bataviarum*, de Volmerus, na versão latina *jura hominum*²²³, embora somente mais de dois séculos depois, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, tenha definitivamente firmado seu significado no campo das liberdades públicas²²⁴.

Ao largo de judiciosas discussões²²⁵ sobre a terminologia mais adequada, pois este não configura o objeto do estudo proposto, uma verdade revela-se inatacável: os direitos humanos ou os direitos humanos fundamentais umbicam igualmente direitos subjetivos elementares, sem os quais o indivíduo não pode existir nem desenvolver-se plena e dignamente.

Exercem interessante função conciliadora no Estado Democrático, posicionando-se entre o poder estatal e os valores humanísticos, o que ficou bem evidenciado no Preâmbulo do Constituição de 88, ao instituir como meta da República Federativa do Brasil a tutela dos

²²¹ Quanto à origem dos direitos fundamentais, a doutrina não é uníssona, variando conforme o ponto de vista adotado. A partir da filosofia de Santo Tomás, aponta-se o cristianismo como antecedente histórico dos direitos humanos, segundo a concepção de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, possuindo uma liberdade inerente à sua própria condição natural, e cujos direitos devem ser respeitados por todos e pela sociedade política. Para os contratualistas, a autoridade dos soberanos estaria subordinada ao direito natural dos súditos. Destaque-se, a respeito, o pensamento de John Locke, para quem os homens se reuniram em sociedade para preservar a própria vida, a liberdade e a propriedade, o que fez desses bens direitos oponíveis ao soberano.

²²² De espectro reduzido e excludente, por parecer alijar as mulheres da órbita de proteção, a terminologia “direitos do homem” tornou-se objeto de crítica, assacada especialmente pelos movimentos feministas organizados a partir da segunda metade do século XX. Com efeito, é preterida nos documentos jurídicos mais modernos, em que pese o valor histórico que condensa, tendo em vista que, nos dias que correm, o tom cogente da igualdade exige maior rigor semântico. Daí a preferência hodierna por termos de largo alcance, alusivos mais ao gênero e menos à espécie, como direitos humanos ou direitos humanos fundamentais, um e outro jurídica e politicamente adequados, dos quais os direitos fundamentais seriam apenas uma formulação abreviada.

²²³ LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 35.

²²⁴ “As Declarações de Direitos ocorrem nos momentos de profunda transformação social, quando os sujeitos sociais têm consciência de que estão criando uma sociedade nova ou defendendo a sociedade existente contra a ameaça de extinção.” (CHAUI, Marilena S. **Direitos Humanos e Medo**. In: FESTER, Antônio Carlos Ribeiro (Org.) São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 20)

²²⁵ Há doutrina que preconiza diversidade semântica entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais. É o que sustentam Perez Luño e J. J. Gomes Canotilho, para quem direitos humanos são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos, ao passo que os direitos fundamentais são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente. É o que aponta LOPES, *op. cit.*, p. 41.

direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos.

De notar que o qualificativo “fundamental” encerra o diálogo que esta categoria de direitos subjetivos mantém com a ordem constitucional positiva, *conditio sine qua non* para a efetiva realização do modelo de Estado Democrático de Direito.

Desse modo, figuram no mundo jurídico, a um só tempo, como direitos subjetivos e elementos fundamentais da conformação constitucional objetiva. No aspecto subjetivo, compondo o chamado direito de defesa, asseguram os titulares contra ingerências abusivas do Poder Público, e, na condição de elemento fundamental da ordem constitucional positiva, formam a base do ordenamento jurídico do Estado republicano.²²⁶

Enquanto direito de defesa contra desmandos estatais, enfatizam em favor do indivíduo a pretensão de exigir o restabelecimento do *status quo*, sob a forma de revogação ou anulação dos atos de império, ou, preventivamente, a abstenção do Poder Público²²⁷. A doutrina especializada fala ainda em pretensão de consideração, que impõe ao Estado o dever de realizar devidas ponderações para atender à situação do particular afetado, e em pretensão de proteção, que implica para o Estado o dever de agir concretamente em face de terceiros.²²⁸

Em outras situações, diversamente, o pleno exercício da liberdade reclama a intervenção positiva do Estado, pois não apenas a existência de lei (ou qualquer outro ato normativo), como também a sua falta, podem malferir liberdades públicas subjetivas.

Nesses casos, a liberdade se dá, necessariamente, por intermédio do Estado, cabendo ao ente político fornecer prestações indispensáveis à afirmação de certa categoria de direitos fundamentais, como os sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados e outros)²²⁹. No sentido do texto, eis a lição de Gilmar Mendes *et al*:

²²⁶ No sentido do texto, consulte-se: MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, n. 14, jul. 2000.

²²⁷ As várias relações nas quais o indivíduo pode se encontrar com o Estado (*status*) dão ensejo a diferentes pretensões jurídicas, que se convolam em direitos subjetivos públicos. Jellinek faz menção a quatro *status*, sendo que o primeiro deles, o *status subjectionis*, não gera nenhum direito subjetivo, pois é passivo, representando a sujeição dos indivíduos à vontade do Estado, emanada por meio das leis. Já o *status libertatis* é o do reconhecimento de um âmbito de autonomia dos indivíduos, no qual o Estado não se pode imiscuir e, portanto, é um *status* negativo. Nele se situam os direitos clássicos de liberdade, oponíveis pelo indivíduo contra a atuação invasiva do Estado. O *status civitatis*, a seu turno, é o que reconhece aos indivíduos a possibilidade de exigirem do Estado determinadas prestações positivas, tendentes a assegurar a satisfação de necessidades básicas; daí ser chamado de *status* positivo. Por fim, o *status activus civitatis* é o que faculta a participação do indivíduo na formação da vontade estatal, através da vida política, sendo, assim, um *status* ativo.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, p. 200.

²²⁹ Muito embora possam vincular o Poder Público, não há dúvidas de que sua efetivação está condicionada à reserva do financeiramente possível.

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto direitos de defesa (“*status libertatis*” e “*status negativus*”) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao “*status positivus*” de Jellinek, implicam um postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.²³⁰

Dentre os direitos condicionados a ações positivas do Estado figuram, modernamente, os direitos à organização e procedimentos, isto é, direitos fundamentais que dependem, na sua efetivação, de providências estatais com vistas à criação e adequado aparelhamento de órgãos, setores e repartições (direito à organização), como de outras, geralmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos e garantias, tal qual sucede com as garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça, direito de defesa etc.).

Sob essa perspectiva jurídico-processual, prestam-se os direitos fundamentais (*due process iusfundamental*) a assegurar os meios vinculados à consecução de resultados consentâneos com os direitos materiais constitucionalmente definidos. Graças a isso, a completa concretização do Estado Constitucional de Direito passa, necessariamente, pela implementação de meios que viabilizem a máxima efetividade dos direitos fundamentais, de modo a aproximar, tanto quanto possível, normatividade da efetividade.

A propósito, esclarecem Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. [...] De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.²³¹

De ver, nessa ordem de ideias, que o art. 5º, inc. XXXV, da CF, não se limita a assegurar apenas o direito de acesso à justiça, enquanto valor-fim. Nem poderia ser de outro

²³⁰ MENDES *et al*, *op. cit.*, p. 203.

²³¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.11.

modo, pois de nada valeria facultar o ingresso ao sistema se o processo judicial não garantisse meios e resultados condizentes com a expectativa de uma justiça real e efetiva.

Por esse motivo, notadamente depois da Emenda Constitucional 45/2004 (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF), o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, da CF) deve ser lido e entendido como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva. Segundo esse raciocínio, por exemplo, o excesso de prazo da prisão cautelar, quando não atribuível à defesa, sendo exclusivamente imputável ao aparelho judiciário, qualquer que seja a natureza do delito, afronta, a um só tempo, um conjunto de valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e a presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF), além de negar o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).

Sobre o garantismo constitucional, notadamente relacionado ao tempo para formação da culpa no processo penal, já decidiu o STF:

Nada justifica a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (...), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado. O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...). Constituição Federal (art. 5º, LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. A prisão (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia e prisão motivada por condenação penal recorrível) – não pode transmutar-se, mediante subversão dos fins que a autorizam, em meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do status libertatis do indiciado ou do réu. Precedentes (STF – HC 88.025-ES, 2ª T., j. 13.06.2006, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 16.02.2007, p. 86)²³².

²³² Em igual passo: HC 94.294-SP, 2ª T., J. 05.08.2008, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* 211, div. 06.11.2008.

3.2 SIGNIFICADO DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Numa perfunctória abordagem histórica, vê-se que a preocupação com a duração razoável do processo não constitui aflição exclusiva da sociedade hodierna. Muito antes disso, remonta ao momento histórico em que o Estado tomou para si a tarefa de administrar e distribuir a justiça penal²³³.

A proibição da chamada justiça privada representou o surgimento de uma prestação jurisdicional oficial, qualificada e imparcial²³⁴, o que implicou a substituição da imediatidade da vingança privada pela tempestividade da justiça pública.

Como valor universal, a justiça tempestiva melhor conforta o espírito humano sob o “olhar onipresente” do Estado, garantindo-lhe a certeza de que não será “eternamente” submetido à angustiante e aflitiva condição de imputado [ou investigado]. Em igual passo, compraz o interesse público no tocante ao funcionamento das instituições oficiais, além de qualificar a prova produzida, na medida em que “o tempo que passa é a verdade que foge”, conforme a máxima locardiana²³⁵.

Pelo menos no sistema positivo de normas, considera-se ainda um jovem direito fundamental, expressamente incorporado à ordem normativa superior no bojo da reforma do Poder Judiciário, que culminou com a aprovação da EC n. 45/2004.

²³³ Mesmo antes da existência do Estado, havia nas sociedades de estrutura familiar as penas infligidas aos membros da tribo e aos terceiros. Como dizia Franz von Liszt: “o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade” (LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hígino Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003. T. I, p. 74). Sobre a origem do direito penal no Brasil, João Bernardino Gonzaga, em estudo de cunho antropológico das populações indígenas, enfatizou que o índio brasileiro era pouco misericordioso e extremamente vingativo (GONZAGA, João Bernardino. **O direito penal indígena**. São Paulo: Max Limonad, s. d., p. 105 e ss.).

²³⁴ Com o surgimento do Estado, o poder público, supremo, em nome da convivência pacífica dos súditos, colocou-se acima dos grupos e interesses privados, retirando dos particulares, por extensão, o exercício do direito de punir, transferindo-o a um órgão imparcial e equidistante das pessoas diretamente envolvidas no conflito. Ao não fazê-lo, ou ao fazê-lo de modo ineficiente, gera insegurança jurídica e inviabiliza a afirmação de direitos fundamentais.

²³⁵ O criminalista francês Edmond Locard (1877-1966) é apontado como pioneiro da ciência forense, à sua época conhecido como o “Sherlock Holmes da França”. Iniciou seus estudos ainda quando estudante de medicina, manifestando especial interesse na aplicação da ciência médica para as questões jurídicas, destacando-se o seu Tratado de Criminalística, redigido em sete volumes. Durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) trabalhou como médico legista, identificando a causa e o local da morte a partir das manchas e ferimentos nos soldados. Poucos anos antes, em 1910, foi convidado pelo Departamento de Polícia de Lyon, recebendo um pequeno laboratório onde provas coletadas em cenas de crime podiam ser examinadas. Notabilizou-se, ainda, por sua intensa contribuição para a identificação humana pelas impressões digitais, além de assinar o “princípio de câmbio”, uma teoria relativa à transferência de vestígios de provas entre objetos, na medida em que cada contato deixa um rastro. Em 1929, ao lado de outros cientistas, fundou a Academia Internacional de Criminalística, na Suíça (PETHERICK, W A. TURVEY, B E. Ferguson, C E, 2010. *Forense Criminology*. London: Elsevier Academic Press. Disponível em: <<http://forensicsciencecentral.co.uk/edmondlocard.shtml>>. Consulta em 12.set.2013).

Nesse aspecto, o que se nota é que o constituinte apenas acompanhou movimento deflagrado, anos antes, no direito comparado, a exemplo do que sucedeu, em 1950, na Europa, com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ou Convenção de Roma):

Art. 6º, § 1º: Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja ouvida com justiça, publicamente, e dentro de um prazo razoável por um Tribunal independente e imparcial estabelecido pela Lei, que decidirá sobre os litígios sobre seus direitos e obrigações de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

Seguindo o mesmo espírito, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, estatuiu que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a pelo menos às seguintes garantias mínimas: [...] c) a ser julgada sem dilações indevidas” (art. 14).

No âmbito regional da América Latina, era o que também já dispunha o Pacto de São José da Costa Rica (1969)²³⁶, consagrando a garantia da duração razoável do processo em duplo sentido: ora como direito à liberdade pessoal (art. 7º, n. 5), ora como garantia judicial (art. 8º, n. 1):

Art. 7º, n. 5: Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (g.n.)

Art. 8º, n.1: Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (g.n.)

Constata-se, portanto, que foi com considerável “atraso” histórico que o Brasil, por meio da EC n. 45/2004²³⁷, passou a assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a

²³⁶ Não se pode olvidar que o elenco constitucional de garantias fundamentais é apenas exemplificativo, havendo outras implícitas no sistema, isto é, não contidas expressamente na lei soberana, por força da regra de encerramento do art. 5º, § 2º, da CF, a saber: Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em tema de proteção de direitos fundamentais, é preciso dizer que o Estado brasileiro subscreveu a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 1992, entrando em vigor em 25 de setembro daquele ano, fato histórico que ampara a tese dos que reconhecem, desde então, a eficácia interna da garantia em epígrafe, malgrado a omissão do constituinte originário. Considerando não ser essa a leitura dos mais ortodoxos, o constituinte derivado aproveitou o movimento reformista para inserir a duração razoável do processo no elenco dos direitos fundamentais, dando-lhe ares de inovação jurídica, ao mesmo tempo em que sepultou, definitivamente, qualquer ranço de dúvida sobre o *status* constitucional da garantia.

²³⁷ À época, a Exposição de Motivos/MJ 204 da EC 45 propôs a formalização do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, ao argumento de que “Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa

razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, inc. LXXVIII)²³⁸.

Sobre a natureza jurídica da norma, pode até parecer exagerada, *a priori*, a alocação do direito à duração razoável do processo no seletivo elenco dos direitos fundamentais, ao lado do direito à vida, à integridade e liberdade pessoal, à liberdade de pensamento e expressão. Contudo, não se pode desprezar que um processo judicial ou administrativo pode levar uma pessoa ou empresa à ruína financeira, aspecto que se agrava sobremaneira no processo penal, por envolver, além da liberdade do indivíduo, seu nome e família, enfim, sua dignidade.

Com efeito, há de ter aplicabilidade imediata, como preconiza o art. 5º, parágrafo 1º, da CR²³⁹, ao contrário do que pensam alguns, que enquadram o postulado na categoria de norma meramente programática²⁴⁰.

Embora represente louvável iniciativa, consentânea com o movimento que busca a conformação de um sistema de Justiça mais eficiente e célere, a garantia²⁴¹, desde a sua concepção, ainda não superou a crise de baixa efetividade, o que se justifica pelo elevado grau de subjetivismo de que depende sua aplicação prática, na medida em que carece de valoração

eficiência de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático”.

²³⁸ A garantia, aliás, já era latente, tanto a partir do postulado constitucional do devido processo legal, como na previsão do princípio da eficiência administrativa (CF, art. 37, *caput*). Nesse sentido, confira-se aresto do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: “Em decorrência da garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), todo acusado tem direito à finalização do processo criminal dentro dos prazos previstos na lei processual ou em tempo razoável, não se tolerando demora injustificável e abusiva por inércia de órgão do Estado-administração. Tratando-se de réu preso, o encerramento do processo comum deveria ocorrer em 8 (*sic*) dias, a partir da prisão do agente, tomando por base a sequência das atividades processuais” (no corpo do acórdão o prazo mencionado é de 81 dias).

²³⁹ No sentido do texto: “Ao que parece, a grande importância de o direito à tutela jurisdicional tempestiva ser caracterizado como direito fundamental reside na possibilidade de sua aplicação imediata. Apesar de ainda existir discussão na doutrina nacional e estrangeira sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a redação do art. 5º, par. 1º, da CF brasileira não deixa dúvidas ao estabelecer que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’.” (SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC N. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33).

²⁴⁰ Entendendo se tratar de norma constitucional programática. BERMUDEZ, Sérgio. **A reforma do judiciário pela emenda constitucional n. 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 11.

²⁴¹ Embora em diversas passagens a duração razoável do processo seja qualificada como direito, trata-se, a rigor, de garantia fundamental, enquanto instrumento de realização de um valor fim, qual seja, a Justiça. A respeito da distinção entre direitos e garantias fundamentais, eis a lição de Jorge Miranda: “(...) clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 88-89).

axiológica fundada precipuamente em estimativas pessoais, pois o que é razoável para uns pode não ser para outros.²⁴²

Mais fácil de ser sentido do que conceituado, nas palavras de Luís Roberto Barroso, o logos do razoável “é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico”, diluído “em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva”.²⁴³

Esse é o quadro identificado por José Roberto Pimenta Oliveira, para quem a noção de razoabilidade apresenta o risco de ser tratada como *standard* jurídico, ou seja, um conceito de ampla significação, variável conforme o tempo e o espaço, e que envolve certa valoração moral, não passando de “uma técnica retórica, apta a tornar certa decisão mais persuasiva e legítima”.²⁴⁴

A respeito do alcance desse princípio, a redação constitucional é extensiva e obriga a rápida solução do caso também na instância administrativa, em que se situa, *verbi gratia*, a fase pré-processual da investigação criminal, principalmente porque, em tema de liberdades públicas, como na espécie, há que se atribuir a máxima efetividade às normas constitucionais²⁴⁵. *Ipsa facto*, não mais é permitido o estudo de cada etapa da persecução policial desgarrado de um parâmetro temporal, minimante rígido, em respeito à pessoa investigada²⁴⁶⁻²⁴⁷.

²⁴² Nesse sentido: COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 209. O fenômeno é compreensível e reside na dificuldade em se expressar, em termos cartesianos, uma realidade fluida e dinâmica, como são os processos e procedimentos.

²⁴³ BARROSO *apud* FERREIRA DOS SANTOS. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 223.

²⁴⁴ OLIVERA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 164.

²⁴⁵ Também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade é operativo em relação a todas as normas constitucionais, com especial incidência no âmbito dos direitos fundamentais.

²⁴⁶ É com esse objetivo que a Polícia Civil do Estado de São Paulo vem aprimorando o seu canal de acesso aos usuários do serviço policial, com a implantação da chamada Delegacia Eletrônica, disciplinada pela Portaria DGP nº 1, de 04.02.2000, que possibilita o registro de ocorrências policiais por meio eletrônico, realizado pela página oficial da instituição na rede mundial de computadores (*internet*), e cujo rol de infrações penais registráveis foi recentemente ampliado, contemplando as ocorrências de ameaça, injúria, calúnia e difamação, acidente de trânsito sem vítimas, furto, perda de documentos, furto ou perda de celular, furto de veículo, furto de placas de veículos, desaparecimento de pessoa e encontro de pessoa desaparecida.

²⁴⁷ No planejamento de uma polícia mais ágil, inserida no contexto mais amplo do sistema judicial, anuncia-se uma alvissareira iniciativa da Polícia Civil de São Paulo, em algumas regiões do Estado, consistente na implementação do NECRIM (Núcleo Especial Criminal), em parceria com o Poder Judiciário. Para além da chamada justiça restaurativa, o programa promove celeridade naqueles procedimentos criminais relativos às infrações penais de menor potencial ofensivo (cf. art. 61 da Lei n. 9.099/95), de ação penal pública condicionada à representação da vítima ou de iniciativa privada (vide art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95). Neste modelo, o delegado de polícia assume o papel de conciliador, buscando a composição entre as partes na própria unidade policial, sempre na presença de um advogado. Caso seja frutífera a conciliação, é lavrado termo e

Especificamente nos quadrantes da legislação instrumental penal, constata-se a existência de parâmetros normativos apenas para a realização de poucos atos processuais, de maior ou menor injunção a depender do *status* do sujeito passivo da persecução²⁴⁸. Nesses casos, o controle é seguramente mais rígido na etapa pré-processual, uma vez que, na fase subsequente da ação penal, ainda que preso o acusado, o critério da razoabilidade é comumente invocado, sem muito rigor, para atalhar o comando da lei²⁴⁹.

Durante a atividade investigatória, não é incomum que a Polícia Judiciária se depare com acontecimentos de maior complexidade probatória, impondo-se a realização de atos que demandam tempo adicional, como a realização de perícias, diligências para a localização de testemunhas, acareações, reprodução simulada dos fatos, degravação de escutas telefônicas, enfim, atos que não têm prazos legais isolados para sua consumação.

Em casos tais, a autoridade policial, que se preocupa em conduzir a investigação criminal pela régua constitucional, claudica no momento de combinar efetividade com

encaminhado ao Poder Judiciário, juntamente com as demais peças de Polícia Judiciária, para homologação, precedida de necessária manifestação do Ministério Público. E com o propósito de superar antigo problema de comunicação, a Polícia Civil bandeirante, através da Portaria DGP 11, de 25 de maio de 2012, normatizou o envio e recebimento de cartas precatórias, dentro do Estado de São Paulo, por via eletrônica, evidentemente mais ágil. Por último, cumpre enaltecer o poder requisitório reconhecido ao delegado de polícia (art. 2º, parágrafo 2º, da recente Lei n. 12.830/13), que certamente contribuirá para a afirmação do princípio em tela, imprimindo maior rapidez à apuração das infrações penais. Isso porque, até então, a Polícia Judiciária apenas estava autorizada a requerer dados e informações, mas de maneira não-coercitiva, vendo esvaziado, muitas vezes, o objetivo do ato por conta da não-colaboração do destinatário, com implicação direta sobre o tempo de duração da investigação criminal.

²⁴⁸ A respeito, confira-se a jurisprudência do Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região: “Réu preso. Excesso de prazo no encerramento da instrução criminal. Complexidade da causa. *Habeas corpus* denegado. (...) O fato de inexistir na comarca do Juízo processante estabelecimento penal adequado à custódia do réu, ensejando, consequentemente, a expedição de várias cartas precatórias para a consecução dos atos do processo, aliado ao fato da declaração do paciente de ser viciado em drogas entorpecentes, imprescindendo da realização do exame de dependência toxicológica, são, por si só, fatores determinantes a denominar a complexidade da causa. A contagem do prazo para encerramento da instrução criminal não deve obedecer a um critério rígido, levando-se em conta apenas o somatório de dias, porquanto deve ser consideradas as dificuldades que cada caso requer, exigindo-se, assim, uma maior flexibilidade no que pertine ao lapso necessário para o término da instrução criminal” (RT 737/707).

²⁴⁹ Eis o entendimento dos tribunais: “A existência de um número elevado de réus, alargando as providências judiciais, justifica o trâmite mais demorado da ação, reconhecendo-se o esforço do magistrado de primeiro grau dar andamento rápido ao processo. Só a desídia, o descaso, a morosidade inexplicável é que caracteriza o constrangimento ilegal, não o atraso decorrente de circunstâncias próprias da causa, que o legitimam plenamente”, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (RSTJ 110/409). Informativo n. 447 do STJ: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus* a paciente denunciado pela suposta prática do delito de lavagem de dinheiro. Segundo o Min. rel., não há falar em excesso de prazo na formação da culpa quando a duração do processo dá-se dentro dos limites da razoabilidade, dada a complexidade da causa e o comportamento das partes. *In casu*, cuidou-se de feito em que foram inquiridas dezesseis testemunhas da acusação e 113 da defesa, com expedição de dezessete cartas precatórias e pedido de oitiva de quatro residentes no exterior. Ressaltou, ainda o envolvimento de dezesseis acusados e a apreensão de grande quantidade de entorpecentes, bem como a impetração de vários *habeas corpus* em favor do paciente e a necessidade de intimação de todos os advogados para a realização de novos interrogatórios. HC 138.654, rel. Min. Celso Limongi (Des. conv. TJ-SP), j. 14.9.10. 6ª T. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF): “Não é injustificado o excesso de prazo quando para ele concorreu a defesa e há número elevado de corréus, de modo a dificultar a tramitação rápida do processo” (RT 556/425).

celeridade, isto é, o exato ponto de equilíbrio entre dois extremos igualmente reprováveis e em relação aos quais precisa se manter religiosamente distante. De um lado, a atividade persecutória expedita, em que simplesmente se atropelam direitos e garantias fundamentais, e, de outro, o procedimento letárgico, que se arrasta vagarosamente, equiparando-se à sonegação da justiça.²⁵⁰

3.3 O TEMPO ENQUANTO PENA

Segundo Immanuel Kant²⁵¹, o tempo é uma noção que, *a priori*, não designa nada além de determinada característica de nosso modo de receber informações exteriores através dos sentidos. Para o pensador alemão, o tempo é uma constante linear, uma sucessão ininterrupta e natural, na qual todas as coisas nascem, existem e morrem.

É, em verdade, uma visão muito particular sobre o tempo, dissonante daquilo que o restante da humanidade interpreta como anos, dias, horas e minutos, conceitos correlatos que envolvem a noção de presente, passado e futuro.

Na percepção do homem comum, o tempo representa a medida de sua existência, sua expectativa de longevidade. Com essa vulgar concepção, foi originariamente desenvolvida a ideia de pena²⁵², ora como expiação sobre o corpo, ora como abreviamento da vida.

No clássico “Vigiar e Punir”, Michel Foucault relata o suplício sobre o corpo do condenado, um aterrorador “espetáculo punitivo”, desta forma:

[Damiens fora condenado, a 2 de marco de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e as partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos a tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi

²⁵⁰ É o mal diagnosticado por José Carlos Barbosa Moreira: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí se segue que uma Justiça rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem. Mas não a qualquer preço.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A duração do processo: alguns dados comparativos. In: **Revista do Ministério Público**, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 20, 3ª fase, p. 117 e ss., jul/dez de 2004).

²⁵¹ Immanuel Kant (1724-1804) foi um filósofo prussiano, considerado o último grande filósofo da era moderna.

²⁵² A pena, como assinalou Aníbal Bruno, é um “desses fatos sociais de validade universal, no tempo e no espaço, do qual nenhum povo prescinde e, como observa Maurach, se quiser prescindir se dissolve” (BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, t. III, p. 27).

necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas [...]²⁵³

Apenas com a humanização da pena, processo iniciado sobretudo na Europa iluminista do séc. XIX, o corpo deixou de ser o principal alvo da repressão penal²⁵⁴. Desde então, fora tomado como objeto a perda de um bem ou direito, a exemplo da liberdade, por influência destacada da Igreja. Como registra Manoel Pedro Pimentel, a pena de prisão, consistente na privação da liberdade do condenado, surgiu nos mosteiros da Idade Média “como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se com Deus”.²⁵⁵

Ana Messuti, refletindo sobre a relação do tempo em função do espaço, no contexto da privação da liberdade, assevera que:

Esta intersecção entre o tempo e o espaço marca o começo de uma duração distinta, qualitativamente diversa. E isto apesar da pena ser medida com a mesma unidade que se utiliza para medir o tempo social, o tempo comum. A separação física não define por si só a prisão. Ao referirmo-nos a uma pena deste tipo é lógico perguntar: por quanto tempo? Porque o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena. Existe uma enorme diferença entre passar três dias na prisão e passar toda a vida: há toda uma vida de diferença.²⁵⁶

O valor do tempo é inestimável, pois cada momento, cada segundo é um valor infinito, pois ele é o representante de uma eternidade inteira²⁵⁷.

²⁵³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 29. ed. São Paulo: Vozes, 2004, p. 9.

²⁵⁴ “No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nessa transformação, misturaram-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837. As obras públicas que a Áustria, a Suíça e algumas províncias americanas como a Pensilvânia obrigavam a fazer em plena rua ou nas estradas - condenados com coleiras de ferro, em vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injurias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou de cumplicidade - são eliminados mais ou menos em toda parte no fim do século XVIII, ou na primeira metade do século XIX. O suplício de exposição do condenado foi mantido na França até 1831, apesar das críticas violentas - "cena repugnante", dizia Real; ela é finalmente abolida em abril de 1848. Quanto às cadeias que arrastavam os condenados a serviços forçados através de toda a França, até Brest e Toulon, foram substituídas em 1837 por decentes carruagens celulares, pintadas de preto. A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um "fecho" ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no ultimo momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração” (FOUCAULT, *ibid*, p. 11/12).

²⁵⁵ Segundo a concepção da Igreja, no sofrimento e na solidão a alma do homem se depura e purga o pecado.

²⁵⁶ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: RT, 2003, p. 33.

²⁵⁷ Pensamento atribuído a Goethe.

Na Lei Maior, o fator temporal não foi ignorado. É o que se depreende do art. 5º, reduto constitucional dos direitos e garantias fundamentais, normatizando que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (inc. LXXV). E, por força de emenda ao texto original, prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inc. LXXVIII).

Por injunção sistêmica, o processo penal como um todo, em função de sua natureza instrumental, há de desenvolver mecanismos de controle temporal sobre os seus atos, fixando barreiras cronológicas para dotar de efetividade a atividade persecutória do Estado, sem descuidar do seu contraponto, qual seja, a liberdade (em sentido amplo) do investigado ou acusado.

Não desborda a lembrança de que a simples demora na conclusão do processo (em sentido amplo) acaba antecipando o suplício da pena, com a desapropriação criminosa e incomensável do tempo do acusado, ainda que não submetido a qualquer medida cautelar de constrição física.

Em decorrência, a todo e qualquer sujeito da persecução não pode ser negado o direito elementar de saber, desde o primeiro instante, quanto tempo poderá durar o trâmite procedimental, pois a existência do processo e também do inquérito inconcluso, por si sós, irradiam antecipadamente efeitos ligados a uma futura [e obviamente incerta] punição, invariavelmente sob a nefasta forma de estigmatização social.²⁵⁸

Inegável que a duração no tempo é aspecto insuprimível do processo²⁵⁹. Nem poderia ser de outro modo. Tal como a vida, recomendável que percorra um hiato natural de maturação, de aperfeiçoamento, essencial ao descobrimento da verdade, mas sem delongas ou fases mortas. Tampouco se pode aceitar, como ideal de realização da justiça, a apuração açodada dos fatos, com “atropelo” dos direitos públicos subjetivos.

Por tudo isso, a duração há de ser razoável, aqui compreendido o termo como o ponto que medeia dois extremos, conforme padrão evolutivo ordenado pelo tempo e prudência, sem desvios de rota ou desperdício de atos. Nesse aspecto, é preciso enfatizar que,

²⁵⁸ Em verdade, o termo “estigmatizar” alude, historicamente, à marca feita com ferro candente, como sinal de infâmia, no condenado. Com a evolução da humanidade, não há como negar que a marca da infâmia hoje é representada pelo processo penal (em sentido amplo). Como dizia Carnelutti “o homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras (CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 48).

²⁵⁹ Nas palavras de Adolfo Gelsi Bidart, “El proceso, obra o institución humana, pensada y realizada y actuada luego por hombres, no puede escapar a la ley de temporalidad propia de todo lo humano” (BIDART, Adolfo Gelsi. *El tiempo y el proceso*. In: REPRO n. 23/100, Revista de Processo, n. 23, p. 100-121, julh./set. 1981, p. 100).

procedendo de modo diverso, o Estado-juiz e também o Estado-polícia estão a se apropriar ilegalmente do tempo do particular, como bem destacam Lopes Jr. e Badaró:

A concepção de poder passa hoje pela temporalidade, na medida em que o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade. O direito penal e o processo penal são provas inequívocas de que o Estado-Penitência já tomou, ao longo da história, o corpo e a vida, os bens e a dignidade do homem. Agora, não havendo mais nada a retirar, apossa-se do tempo.²⁶⁰

Ademais, há que se ponderar sobre a prova colhida ou produzida sem a medida do tempo, pois, quanto maior a distância temporal em relação ao fato probando, maior o risco de tornar-se inidônea para o fim a que se destina.

Com o avançar inevitável do tempo, vai perdendo credibilidade até reduzir a nada todo o esforço pessoal e profissional dos envolvidos - vítima, investigado, testemunhas, policiais, peritos, advogado, promotor e juiz -, principalmente quando não repetíveis, com odioso desperdício dos recursos materiais alocados para a sua produção.

A natureza humana também não contribui. A memória está diretamente associada ao tempo, pois com ele esvaem-se, infalivelmente, as lembranças do passado.

Daí a importância do tempo para o direito, pois, sem o conhecimento do passado, não há como reconstruir, através dos meios de prova, a verdade atual do inquérito ou do processo, conforme o caso.

Nessa ordem de raciocínio, de ver que a fixação de prazos procedimentais, presta-se fundamentalmente: a) a evitar iniquidades resultantes da inflição de sofrimento [moral e físico] a um acusado, que não raramente acaba absolvido; b) a dar à sociedade e ao imputado resposta célere quanto ao seu estado [culpado ou inocente]; e c) a viabilizar uma qualificada colheita de provas, antes que elas desapareçam ou que as testemunhas se esqueçam de tudo o que presenciaram²⁶¹.

Referida preocupação não é apenas pertinente quando o imputado se encontra cautelarmente privado de sua liberdade. Mesmo quando solto, livre do cárcere, é atingido pela angústia e estigma frente à sociedade e à família, na medida em que está teoricamente sujeito, tal qual o enclausurado, à ingerência estatal sobre caros direitos fundamentais, na forma de restrições sobre a livre disposição de bens, sobre a privacidade das comunicações, violação do domicílio etc.

²⁶⁰ LOPES JR; BADARÓ, *op. cit.*, p. 5.

²⁶¹ DELMANTO JUNIOR, *op. cit.*, p. 235.

Sob esse ângulo, a “perpetuação” da investigação policial, temporalmente desregrada, é de resultado prático evidentemente duvidoso, capaz de expor a completo descrédito todo o sistema de justiça criminal, com sacrifício de elementares garantias da pessoa investigada.

A uma, porque, antes mesmo de haver certeza quanto à culpa, fere a imagem do sujeito perante a opinião pública, inflige-lhe sofrimento e o submete, em tese e a depender do delito, a restrição de seus bens e à abominável experiência da clausura (prisões cautelares).

A duas, porque o tempo se encarrega de sepultar definitivamente a presunção da inocência, uma vez que a dilação indevida do processo vai, dia após dia, fragilizando a confiança depositada na versão do imputado²⁶².

Por último, há que se destacar que a duração excessiva do processo implica, salvo nos casos de justiça gratuita, um considerável sobrecurso financeiro para o imputado, compelido a arcar com pesados honorários advocatícios, com reflexos sobre a sua família.

3.4 A DELIMITAÇÃO DO RAZOÁVEL

A garantia de duração razoável do processo está enunciada como cláusula geral (ou conceito jurídico indeterminado)²⁶³, já que o art. 5º, inc. LXXVIII, não delimita objetivamente quando a duração excederia o limite do razoável²⁶⁴.

Neste aspecto, não é difícil, ocasionalmente é verdade, detectar-se a irrazoabilidade das delongas procedimentais provocadas ou pela conduta maliciosa do indiciado ou pela desídia das autoridades (e auxiliares) encarregadas da investigação e instrução criminal.

É o que preconiza, amparado na regra da proporcionalidade, o Tribunal dos Direitos do Homem, de Estrasburgo, ao qual compete fazer observar, no âmbito regional da Comunidade Europeia, a garantia fundamental em exame. Para o órgão, essa mensuração há de levar em conta elementos casuísticos, verificáveis caso a caso, como a complexidade do feito, o comportamento das partes e a atuação dos juízes e dos auxiliares da justiça.

A partir desses vetores, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem identificado, no âmbito processual penal, fatores que tornam uma causa mais ou menos complexa, como a

²⁶² No julgamento popular que corre em paralelo, a pergunta será: Mas que inocência é essa que não se revela nunca?

²⁶³ Significa dizer que o conteúdo da razoabilidade temporal há de ser atribuído, *in casu*, pelo intérprete.

²⁶⁴ Paulo Hoffman tece críticas à emenda constitucional (EC nº 45/2004), chamando-a de “garantia constitucional vazia”, pois desacompanhada de reformas estruturais do sistema judicial (HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 97/98).

necessidade de expedição de cartas precatórias²⁶⁵, expedição de ofícios²⁶⁶, a pluralidade de acusados²⁶⁷, julgamento de incidentes processuais²⁶⁸, realização de exames periciais²⁶⁹ e de outras diligências, tais como degravação de conversas telefônicas interceptadas²⁷⁰, a existência de autos volumosos, que demandem maior tempo para a análise e ordenação dos atos²⁷¹, ou até mesmo a pena cominada ao delito²⁷².

3.5 TERMO INICIAL E TERMO FINAL DO PRAZO RAZOÁVEL

Definido o alcance e significado da duração razoável do processo, o próximo passo é o balizamento da garantia. A respeito disso, inexistente norma específica.

Para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o termo a partir do qual surge o direito subjetivo de ser julgado em prazo razoável é o momento em que as suspeitas que pesam sobre uma determinada pessoa começam a ter “repercussões importantes” em sua

²⁶⁵ RHC 16975/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 19/04/05, DJ de 09/05/2005, p. 476; HC 38251/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18/11/2004, DJ de 09/02/05, p. 211; RHC 16819/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Luarita Vaz, j. 07/12/2004, DJ de 01/12/2004, p. 583.

²⁶⁶ HC 88676/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 08/11/2007, DJ de 07/02/2008, p.1.

²⁶⁷ RHC 22468/PA, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 08/05/2008, DJ de 02/06/2008, p. 1; RHC 22419, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27/03/2008, DJ de 02/06/2008, p. 1; HC 87319/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22/04/2008, DJ de 19/05/2008, p. 1; HC 95618/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22/04/2008, DJ de 19/05/2008, p. 1; HC 83537/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/12/2007, DJ de 18/02/2008, p. 70; HC 91982/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocado do TJ/MG), j. 27/11/2007, DJ de 17/12/2007, p. 285) e de testemunhas (HC 63606/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/11/2006, DJ de 18/12/2006, p. 444.

²⁶⁸ HC 87656/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/03/2008, DJ de 22/04/2008, p. 1; HC 32299/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 01/04/2004, DJ de 24/05/2004, p. 313.

²⁶⁹ HC 83475/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 25/02/2008, DJ de 17/03/2008, p. 1; HC 73905/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 02/10/2007, DJ de 29/10/2007, p. 319; HC 85684/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), j. 04/10/2007, DJ de 22/10/2007, p. 340; HC 40019/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 01/03/2005, DJ de 28/03/2005, p. 301; HC 35462/PA, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01/05/2004, DJ de 20/09/2004, p. 317.

²⁷⁰ HC 83475/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 25/02/2008, DJ de 17/03/2008, p. 1; HC 40416/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28/06/2005, DJ de 22/08/2005, p. 313.

²⁷¹ HC 84956/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04/09/2007, DJ de 08/10/2007, p. 351.

²⁷² Os processos referentes a delitos mais graves, severamente apenados, podem durar mais tempo do que os processos que tenham por objeto infrações de menor ofensividade. No julgamento do *habeas corpus* n. 53734/RS, a Quinta Turma entendeu, por unanimidade, que “dada a quantidade de pena prevista para o delito de furto (de um a quatro anos) e de formação de quadrilha (de um a três anos)”, e considerando, ainda, o período de mais de quatro anos em que permaneceu preso o paciente, não se revelava proporcional a manutenção da custódia (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18/10/2007, DJ de 05/11/2007).

posição jurídica²⁷³, tal qual a adoção concreta de medida constritiva de liberdade ou o início formal das investigações, como descreve Mario Chiavario.²⁷⁴

Com efeito, eventual prisão cautelar, decretada nos autos de inquérito policial, há de ser tomada como termo *a quo* para o cômputo do prazo razoável, ainda que não tenha se iniciado formalmente o processo criminal. A hipótese aventada pode ocorrer quando o indiciado deixa de ser incluído no elenco de acusados, no corpo da denúncia, embora permanecendo preso preventivamente, por assim julgar conveniente o órgão ministerial, de modo a caracterizar constrangimento ilegal por excesso de prazo na prisão²⁷⁵.

Por outro lado, mesmo que incoorra prisão preventiva (em sentido amplo), é possível admitir-se como *dies a quo* o momento anterior à deflagração da ação penal, a exemplo do que sucede com a simples instauração de inquérito policial. Já a partir desse ato, a liberdade do investigado é iniludivelmente afetada, mercê das restrições a direitos fundamentais a que está, em tese, sujeito.

Quanto ao momento final do prazo (*dies ad quem*), mais uma vez os autores nacionais buscam respostas no direito alienígena, que aponta três soluções: (1) a abertura do processo perante a jurisdição de primeiro grau; (2) o primeiro julgamento pelo órgão jurisdicional; (3) o julgamento definitivo do processo.

Considerando o direito ao processo no prazo razoável manifestação do direito fundamental a um processo justo e efetivo, o *dies ad quem* há de ser o momento do julgamento definitivo, ou seja, a decisão transita em julgado²⁷⁶, o que significa afirmar que o período para o julgamento dos recursos interpostos pelas partes deve ser considerado para tal verificação (CADH, art. 8.1, e CEDH, art. 6º, § 1º).²⁷⁷

²⁷³ Como o dia da detenção do suspeito, o dia da notificação oficial de procedimento criminal, o dia da abertura das investigações preliminares, a data da busca e apreensão na casa do investigado ou, ainda, a data em que o nome do suspeito é revelado pela imprensa. No caso de co-investigados, o prazo deve iniciar-se em momentos distintos, conforme o instante em que a investigação é dirigida contra cada qual.

²⁷⁴ CHIAVARIO, 1982, v. II, *apud* LOPES JR; BADARÓ, *op. cit.*, p. 88. Michele de Salvia, citada por LOPES JR. e BADARÓ, relata parecer da Comissão Européia acerca de um suspeito da prática de roubo, tendo sido interrogado pela polícia em 1968. A acusação formal se deu em 1970 e a prisão somente foi decretada em 1971. A Comissão decidiu, contudo, que o *dies a quo* deveria ser o dia em que um jornal o acusou publicamente de ser ladrão, o que ocorreu em maio de 1968 (SALVIA, 1980, *apud* LOPES JR.; BADARÓ, *op. cit.*, p. 88).

²⁷⁵ Nesse sentido, reconhecendo a ilegalidade da prisão cautelar durante o inquérito policial, cujo prazo de duração excedeu o limite do razoável: STJ, HC n. 44.604/RN, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 09.12.2005, v.u., DJ 06.02.2006, p. 356; TRF 3ª Região, HC n. 2006.03.00.109101-3, 5ª T., Des. Fed. Suzana Camargo, j. 05.02.2007, v.u.

²⁷⁶ Mario Chiavario ressalta que, se o processo, depois da sentença de primeiro grau, avança para instâncias superiores por força da interposição de recursos, a exigência de tempo razoável se reflete também em relação à decisão definitiva, pois seria inócua a tempestividade da primeira decisão (ainda mais se o ordenamento não permitir execução provisória), quando esse devesse aguardar um longo tempo adicional antes de transitar em julgado (CHIAVARIO *apud* LOPES JR.; BADARÓ, *op. cit.*, p. 92).

²⁷⁷ Todavia, não se deve ponderar o tempo que medeia entre o arquivamento do inquérito e sua posterior reabertura, nem o tempo que medeia entre a decisão final do processo e o início do processo de revisão.

3.6 A OPÇÃO BRASILEIRA PELA REGRA PROCESSUAL DO NÃO-PRAZO

O sistema penal brasileiro adota a regra de prazos abertos quanto à investigação criminal²⁷⁸, apenas fixando o interstício de 10 (dez) ou 30 (trinta) dias para ulatimação do inquérito policial, em caso de indiciado preso ou solto, respectivamente²⁷⁹, salvo disposição diversa na legislação especial²⁸⁰, além de prazos especialmente fixados para a realização de atos isolados²⁸¹.

Não obstante, é cabível pedido de dilação de prazo, mas somente na hipótese de indiciado solto: “Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz (art. 10, § 3º, do CPP).

Trata-se de uma solução excepcional, prevista apenas para casos de “difícil elucidação”, o que não parece ocorrer em delitos triviais, como lesão corporal, furto, dano, violação de domicílio etc. No entanto, por mau vezo, autoridades policiais reiteram pedidos nesse sentido, mesmo quando o objeto sob apuração é de menor complexidade, com a complacência do Ministério Público e do juiz.

Ocorre que, por carência de pessoal, falta de recursos materiais e em razão do grande volume de expedientes, as diligências não se realizam no prazo regular e muito menos no adicional, dando azo a improfícuos e sucessivos pedidos de dilação. Para piorar, a lei não informa qual deve esse novo interstício, cabendo ao juiz fixá-lo conforme o seu prudente arbítrio. Na praxe, tem-se entendido que é de, no máximo, 30 (trinta) dias, ao argumento de que a dilação não pode ser por tempo superior ao prazo original.

²⁷⁸ Diferentemente, os sistemas italiano e português adotam o critério de prazos fechados, como relata CHOUKE (*op. cit.*, p. 136). Apenas excepcionalmente o CPP se ocupa do tema, porém de forma imprecisa e vaga. Exemplos: Art. 791: “Em todos os juizes e tribunais do crime, além das audiências e sessões ordinárias, haverá as extraordinárias, de acordo com as necessidades do rápido andamento dos feitos”; Art. 798: “Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou feriado”.

²⁷⁹ CPP, art. 10: “O inquérito policial deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela”. Nos inquéritos atribuídos à Polícia Federal, o prazo é de 15 (quinze) dias (indiciado preso), podendo ser prorrogado por mais 15 (art. 66 da Lei n. 5.010/66). Nos inquéritos militares, o prazo é de 20 (vinte) dias (indiciado preso) e 40 (quarenta) dias (indiciado solto), podendo, neste último caso, ser prorrogado por mais 20 dias, na forma do art. 20 do Decreto-lei n. 1.002/69.

²⁸⁰ Nos crimes contra a economia popular o prazo é de 10 (dez) dias, para indiciado solto ou preso (art. 10, § 1º, da Lei n. 1.521/51); nos crimes da Lei de Drogas o prazo é de 30 (trinta) dias para indiciado preso e de 90 (noventa) dias para indiciado solto (art. 51 da Lei n. 11.343/06); A prisão temporária, judicialmente decretada quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º da Lei n. 7.960/89).

²⁸¹ Diz a lei que a diligência policial dirigida à interceptação telefônica não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova (art. 5º da Lei n. 9.296/96).

No Estado de São Paulo, porém, o Ministério Público tem concordado e o Judiciário tem concedido prazo complementar de 60 (sessenta) dias para a conclusão do inquérito policial, posto que, como o procedimento raramente é concluído no prazo adicional de 30 (trinta) dias, fixa-se desde logo o dobro de dias, simplesmente para evitar idas e vindas.

O fato é que não há limitação quanto aos pedidos de prorrogação, não sendo incomum, como aponta Hidejalma Muccio, mais de 12 (doze) pedidos em um só inquérito policial²⁸², o que explica o sepultamento de muitos expedientes por obra da prescrição.

Tirante o prazo-regra do inquérito policial e de alguns atos persecutórios isolados, no nosso modelo nada há, em termos legais, sobre limitação global da investigação criminal. No atual estágio, cabe ao bom senso, fundado essencialmente na discricionariedade da autoridade policial e dos órgãos de controle, a definição do que é razoável na persecução policial, a partir de parâmetros diversos, notadamente o número de investigados, a natureza do crime, a complexidade probatória, o comportamento do indiciado e dos agentes públicos envolvidos no caso.

Naturalmente, circunstâncias como concurso de pessoas, suspeito foragido, dificuldade de acesso ao local do delito, testemunhas que se negam a colaborar com o trabalho policial, enfim, dificultam a ação investigativa e exigem maior dispêndio de tempo.

Não sendo o caso, tendo como parâmetro prudencial a regra do art. 10 do CPP, revela-se abusivo, por exemplo, o prazo de 6 (seis) meses para apuração de um simples crime de injúria, furto, roubo, apropriação indébita, estupro, peculato etc., seja sob a perspectiva da vítima, da coletividade ou, mais enfaticamente, do próprio sujeito passivo da investigação. Ao revés, o mesmo período decerto não será o bastante para o exaurimento de crimes econômicos, com a participação de elevado número de comparsas e em diversas localidades do país, em que a demora na conclusão policial é plenamente justificável pela maior complexidade do caso.²⁸³

É certo, de outra banda, que não há prazo mínimo de duração da investigação criminal. É o que se verifica na prisão em flagrante, em que a etapa de investigação é concluída, em regra, em breve espaço de tempo, geralmente antes das 24h referidas na lei para informação ao juízo competente. E quanto a isso, não se vislumbra qualquer irregularidade,

²⁸² MUCCIO, *op. cit.*, p. 189.

²⁸³ Nesse sentido, a jurisprudência: “Processo penal. *Habeas corpus*. Excesso de prazo na conclusão do inquérito policial. Não configurado. Complexidade dos fatos investigados. Crime contra o sistema financeiro nacional, crime contra a ordem tributária, crime de lavagem de dinheiro e crime de formação de quadrilha. Ilegalidade ou abuso de poder. Não demonstrados”. (TRF 5ª Região – HC n. 3603/PB, rel. Des. José Baptista de Almeida Filho).

contanto que cumpridas as formalidades legais e respeitados os direitos fundamentais do flagrado.

O grande problema é que a compreensão das diversas variáveis depende de juízo puramente subjetivo, acentuando o risco de não ser dimensionada, com o devido rigor e uniformidade, a duração razoável de uma investigação criminal, sob pena de se tornar a norma constitucional, lamentavelmente, em uma garantia vazia.

Para além disso, o retardamento é socialmente prejudicial, na medida em que assegura a impunidade de muitos criminosos, juridicamente escudados pelo instituto da prescrição²⁸⁴. Nem mesmo a Lei n. 12.234/10, ao alterar a redação do art.110, § 1º, do CP, pondo fim à prescrição retroativa²⁸⁵, teve o condão de alterar esse desolador cenário. Isso porque referida norma tem seu campo de incidência reduzido àqueles casos em que existe sentença condenatória recorrível, o que pressupõe investigação criminal concluída, seguida de processo regular.

Pela novel lei nada foi dito quanto à prescrição antecedente, ou seja, aquela que medeia o fato e o recebimento da denúncia ou queixa, que continua regulada pelos parâmetros gerais do art. 109 do CP²⁸⁶, frequentemente ignorados na fase policial, como vimos de ver.

Ante a frouxidão do sistema, há quem entreveja mecanismo de controle por outra espécie de prescrição: a prescrição virtual. Por esse modelo, se pela pena em perspectiva

²⁸⁴ Prescrição é a perda do direito de punir (*ius puniendi*) do Estado em virtude de sua inércia e transcurso de certo lapso de tempo. Justifica-se a partir da noção de que os direitos subjetivos, de que o *ius puniendi* é espécie, não são eternos, sofrendo limitação temporal. Decorrido, portanto, o intervalo de tempo fixado em lei para o seu legítimo exercício, eles se extinguem, fatalmente. Em princípio, todos os crimes estão sujeitos à ação do tempo, salvo (i) o racismo (CF, art. 5º, inc. XLII) e (ii) a ação de grupos armados contra o Estado Democrático de Direito (CF, art. 5º, inc. LXIV).

²⁸⁵ Chama-se retroativa porque, depois de publicada a sentença condenatória, a contagem deve ser feita com base no tempo passado, entre os seguintes marcos temporais: data do fato até o recebimento da denúncia ou queixa, ou desta última data até a publicação da sentença condenatória. Trata-se, a rigor, de espécie de prescrição da pretensão punitiva, porém baseada na pena concretamente aplicada na sentença. Exemplo: Crime de furto. Sentença condenatória publicada em dezembro de 2012. Condenação a um ano de prisão. Prescrição em quatro anos (CP, art. 109, inc. V). Data da consumação: 10 de janeiro de 2007. Data do recebimento da denúncia: 15 de abril de 2012. Logo, entre a data da consumação do fato e a data do recebimento da denúncia transcorreu o lapso prescricional. A pena de um ano está retroativamente prescrita. Ocorre que o emprego de prescrição retroativa foi “banido” do nosso sistema pela Lei n. 12.234/05, que revogou expressamente o parágrafo segundo do art. 110 do CP, que assim rezava: “A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa”. De acordo com a nova redação, “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

(destaque nosso)

²⁸⁶ Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze); II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze); III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito); IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro); V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois); VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

(pena que se vislumbra como adequada e proporcional ao caso concreto), ou pelo tempo efetivamente transcorrido desde o fato, já se verifica, com segurança, que a pretensão punitiva já foi alcançada pelo golpe prescricional, torna-se desnecessária a movimentação da máquina judiciária para, ao fim de um custoso processo, declarar a perda do direito de punir do Estado.

Em situação dessa natureza, por completa ausência de interesse de agir, o Ministério Público exerce controle temporal sobre a investigação criminal, evitando a judicialização de uma ação natimorta, fulminada pela prescrição da pretensão punitiva do Estado. Logo, ao invés de oferecer denúncia, promove, de imediato, o arquivamento do inquérito policial (CPP, art. 28, primeira parte).

Nossos tribunais, no entanto, não admitem a prescrição virtual por ausência de amparo legal. A propósito, “O STF, diante da falta de previsão legal, tem repellido o instituto da prescrição antecipada ou em perspectiva, consistente no reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, com fundamento na pena presumida, antes mesmo do término da ação penal, na hipótese em que o exercício do *ius puniendi* se revela, de antemão, inviável”.²⁸⁷

Na mesma linha, o STJ editou a Súmula 438: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte processual”.

A rigor, o controle pela via oblíqua da prescrição, qualquer que seja a modalidade, é póstumo, depois de exaurida irremediavelmente a perda do direito de punir. Ademais, longe de ser a forma mais adequada para tal desiderato. Do contrário, estar-se-ia admitindo como razoável o prazo de 16 (dezesesseis) anos para apuração de um roubo simples (CP, art. 157, *caput*, c.c. art. 109, inc. II) ou de 20 (vinte) anos para elucidação de um homicídio na forma fundamental (art. 121, *caput*, c.c. art. 109, inc. I, ambos do CP), vez que, com o recebimento da peça acusatória, interrompe-se o prazo prescricional (CP, art. 117, inc. I)²⁸⁸.

A investigação policial há de ser concluída, sempre, de forma célere, sem atropelamento dos direitos fundamentais em jogo, variando a extensão do prazo conforme as (eventuais) peculiaridades identificadas e justificadas no fato concreto.

Sem embargo, tudo o que foi dito presta-se apenas para destacar as mazelas do nosso modelo de investigação, que simplesmente não consegue cumprir a sua finalidade primária, “eternizando” uma situação de incerteza, em flagrante desrespeito ao interesse público e às

²⁸⁷ RHC 86.950, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 7.2.2006, Informativo STF, n. 415.

²⁸⁸ Ante a causa interruptiva, o prazo volta a zero, ao ponto inicial de partida. O rol [exemplificativo] das causas interruptivas encontra-se no art. 117 do CP.

garantias fundamentais da pessoa investigada. Daí a premência de reforma do sistema de policiamento repressivo, menos discricionário e mais fechado em referenciais constitucionais e normativos²⁸⁹, em nome da segurança jurídica.

Refletindo sobre a questão, Fauzi Hassan Chouke esclarece que:

A ausência de barreira cronológica fomenta o desaparecimento do Estado e o despreparo dos profissionais que lidam com a matéria que, desobrigados a controlar sua atividade no tempo, não se inibem em propugnar prazos meramente dilatatórios, no que são passivamente correspondidos pelos outros agentes da Justiça Criminal.²⁹⁰

O processo, tal qual a pena, constitui em si expressão do poder estatal, não havendo razão plausível no sentido de inibir a regulação temporal dos atos de investigação criminal pelo direito positivo (*nulla coactio sine lege*), marco normativo a partir do qual todo prolongamento imotivado caracterizará violação ao disposto no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF.

3.7 CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS QUANTO À INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Afirmar que a sociedade tem direito a uma ação policial tempestiva e eficiente, significa dizer, por outro turno, que o Estado-Administração tem o dever de implementar a garantia da duração razoável da investigação criminal, dotando a Polícia Judiciária de recursos pessoais, materiais e financeiros suficientes para tal escopo.

São assuntos que dependem, em certa medida, da vontade política do Poder Executivo, no sentido de compatibilizar todo o sistema punitivo com os mandamentos constitucionais de efetividade e celeridade, inclusive nos procedimentos extrajudiciais²⁹¹. Enquanto isso não ocorre, ao Poder Judiciário cabe buscar e fomentar alternativas, a pretexto de efetivamente retirar a Constituição do papel. Há, pelo menos, quatro soluções teóricas a respeito:

²⁸⁹ PEDRAZ PENALVA *apud* LOPES JR.; BADARÓ, *op. cit.*, p. 42.

²⁹⁰ CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 151.

²⁹¹ A afirmação há de ser temperada pelas limitações do orçamento público, tendo em vista a infinitude das necessidades sociais, a serem satisfeitas, na medida do possível, pelo Estado. No âmbito da gestão pública, quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica, inexoravelmente, escassez de recursos para uma outra. Em que pese não ser exigível obrigação impossível (*impossibilium nulla obligatio est*), de modo a ficar afastada a responsabilidade do ente estatal, o fato é que a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como desculpa genérica para a omissão estatal, sobretudo quando malferidos direitos fundamentais.

A primeira defende a nulidade absoluta do próprio processo²⁹², por negar garantia fundamental e, portanto, incapaz de gerar uma sentença juridicamente segura e legítima.

Uma segunda posição, considerando que o imputado em um processo penal intempestivo decerto experimentou danos morais e econômicos, sufraga que o castigo antecipado deve ser oportunamente compensado, quando da imposição da pena, como circunstância atenuante inominada (CP, art. 66)²⁹³.

Uma terceira corrente de pensamento fala em perdão judicial²⁹⁴, na medida em que, tendo em vista o caráter aflitivo do processo, lícito pensar que as consequências do fato-crime (leia-se: processo moroso) atingem o agente de forma tão grave que a sanção penal se torna absolutamente desnecessária.

A quarta, sem dúvida alguma, é a mais radical de todas, pois, mercê da dilação excessiva, prefere absolver o acusado²⁹⁵. Tal foi a solução alvitrada pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação nº 70019476498, relatada pelo Des. Nereu José Giacomolli, j. 14.06.2007, cujo acórdão foi assim ementado:

ROUBO. TRANSCURSO DE MAIS DE SEIS ANOS ENTRE O FATO E A SENTENÇA. PROCESSO SIMPLES EM COMPLEXIDADE. ABSOLVIÇÃO.

1. O tempo transcorrido, no caso em tela, sepulta qualquer razoabilidade na duração do processo e influi na solução final. Fato e denúncia ocorridos há quase sete anos. O processo, entre o recebimento da denúncia e a sentença demorou mais de cinco anos. Somente a intimação do Ministério Público da sentença condenatória tardou quase cinco meses. Aplicação do artigo 5º, LXXVIII. Processo sem complexidade a justificar a demora estatal. 2. Vítima e réu reconhecidos; réu que pede perdão à vítima, já na fase policial; réu, vítima e testemunha que não mais se lembra dos fatos.

De ver que o julgado acompanhou os critérios técnicos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, especificamente i) a complexidade do caso, ii) a atividade processual do interessado (imputado), e iii) a conduta das autoridades judiciárias.

É da leitura do acórdão: “Analisando tais critérios no caso concreto, há que ser reconhecida a dilação indevida. O fato é de julho de 2000 e a denúncia foi recebida em setembro de 2000. A sentença é de dezembro de 2005”.

²⁹² VIAGAS BARTOLOME *apud* LOPES JR.; BADARÓ, *op. cit.*, p. 121.

²⁹³ O desconto da pena é expediente muito utilizado por tribunais germânicos e cortes norte americanas. Não se confunde com a detração penal (CP, art. 42), instituto que leva em conta o tempo de prisão provisória cumprida pelo condenado, independentemente de ter havido excesso de prazo ou não. O desconto da pena aplicada considera apenas o tempo considerado excessivo, ou seja, o período projetado além do razoável, pouco importando de ter sido o condenado preso ou não antes da sentença. A solução, contudo, é completamente ineficaz quando o réu é absolvido ou a pena processual superar a pena concretamente aplicada.

²⁹⁴ A solução, no entanto, seria apenas possível para os casos admitidos em lei, a exemplo dos art. 121, § 5º, e art. 129, § 8º, ambos do CP.

²⁹⁵ Tratava-se de um roubo qualificado pelo concurso de agentes em que foram subtraídos R\$ 60,00 (sessenta reais). O fato aconteceu em julho de 2000 e transcorreram 7 (sete) anos até o julgamento do recurso de apelação.

Mais adiante, lê-se:

Pelo que se pode constatar, trata-se de processo simples, com apenas um fato delituoso e dois réus. Além disso, a demora processual não se deu por culpa deste, não incidindo a Súmula 64 do STJ (Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa). (...) Por tudo isso, a alternativa constitucionalmente válida é a absolvição do acusado, com fundamento no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal e com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Seguramente não é a composição ideal. O senso de Justiça somente é inteiramente satisfeito quando punido o verdadeiro culpado e absolvido o verdadeiro inocente. A quebra dessa “regra de ouro”, qualquer que seja o interesse resguardado, conflita com o valor mundano de justiça. Da mesma forma que a condenação de um inocente, a absolvição do criminoso manifesta sublimemente a iniquidade, e por isso não deve ser festejada.

Logo, não é a solução a ser defendida como a mais adequada, porém é o que a imperfeição do nosso sistema penal permite, revelando, à toda evidência, as entranhas de um Estado ineficiente.

Contudo, partindo-se da premissa de que o tempo tem conteúdo de pena, a absolvição nos moldes do referido decisório, paradoxalmente, ganha legitimidade constitucional.

Com esse *status*, é a opção sufragada pelas modernas legislações, não só da Europa, como também da América Latina, a exemplo do Paraguai.

Ao cuidar da investigação criminal, o país vizinho dispõe que o excesso de prazo da investigação criminal neutraliza o próprio exercício da ação penal²⁹⁶, com resolução ficta e definitiva em favor do imputado:

Art. 136. DURACIÓN MÁXIMA. Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. Por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de três años, contados desde el primer acto del procedimiento.

Este plazo solo se podrá extender por seis meses más cuando exista una sentencia condenatória, a fin de permitir la tramitación de los recursos.

Art. 137. EFECTOS. Vencido el plazo previsto en el artículo anterior el juez o tribunal, de ofício o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal, conforme lo previsto por este código.

Cuando se declare la extinción de la acción penal por morosidad judicial, la víctima deberá ser indemnizada pro los funcionários responsáveis y por el Estado.

²⁹⁶ O Código de Processo Penal do Paraguai foi reformulado em 2003, atualizado à luz do Pacto de San José da Costa Rica, servindo, portando, de referência para o direito processual penal no restante da América Latina.

De notar que a equação do problema passa pela reforma do modelo de investigação criminal à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais subscritos pelo Brasil, assim como fez o Paraguai. Enquanto isso não ocorrer efetivamente, acompanhamos o progresso perigoso do casuísmo, ficando a justiça do caso concreto ao sabor do sentimento de cada magistrado.

Se isso está a demonstrar a insatisfação dos operadores do direito com esse estado de coisas, algo elogiável, há que se apontar o perigo das decisões *de lege ferenda*, construídas a partir de engenhosa hermenêutica constitucional-processual, com pontos positivos e negativos, porém na contramão da segurança jurídica.

3.8 DEFESAS DO INVESTIGADO CONTRA A DURAÇÃO EXCESSIVA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Afirmado o direito subjetivo à duração razoável da investigação criminal, cumpre a identificação, dentro do sistema positivo, de eventuais instrumentos de defesa do indivíduo contra dilatações dessa natureza.

Estando o indiciado preso e não tendo sido remetido a juízo o inquérito policial, devidamente concluído no prazo assinalado de 10 (dez) dias, há coação ilegal sanável pela via do *habeas corpus*, na forma do art. 648, II, do CPP.

Na definição de Dirley Cunha Júnior, trata-se de “uma ação constitucional de natureza penal destinada especificamente à proteção da liberdade de locomoção quando ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso do poder”.²⁹⁷

Do mesmo modo, o remédio heroico permanece sendo o adequado, na modalidade preventiva, quando solto o investigado, contanto que fique demonstrada a ameaça concreta à liberdade de locomoção do paciente.

Por via oposita, não se verificando risco à liberdade do sujeito da persecução, sequer remotamente, porque inexistem indícios de materialidade ou de autoria que o liguem ao fato sob apuração, ou simplesmente porque a investigação não avança em busca da verdade, surge um vácuo que o *habeas corpus* não consegue preencher²⁹⁸. Tampouco assistirá ao sujeito da

²⁹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 749-750.

²⁹⁸ STJ: “O paciente não demonstra existir perigo iminente de que venha a ser preso. Temor vago, infundado, presumido, sem prova, não gera direito ao salvo-conduto” (JSTJ 26/257).

persecução o direito, pela via do *mandamus*, à aceleração de andamento do inquérito policial, por não haver risco ilegal de coação à liberdade deambulatoria.²⁹⁹

Poder-se-ia sustentar, em caráter subsidiário, o manejo do mandado de segurança em matéria criminal, previsto no art. 5º, inc. LXIX, da CF, não fosse a forte resistência jurisprudencial. Segundo os tribunais, a despeito da ilegalidade ou abuso de poder dos agentes do Estado, faltaria certeza e liquidez ao pedido³⁰⁰, requisitos elementares do *writ*.³⁰¹

Decerto não é a melhor interpretação, pois deixa ao completo desamparo o indivíduo, titular de um direito elementar, cabendo ao Estado-Juiz, ante a falta de previsão normativa específica, postura criativa [e juridicamente sustentável] no sentido de extrair do sistema positivo solução consentânea com a afirmação da garantia constitucional, representada, a nosso ver afirmativamente, pelo mandado de segurança.

A Lei n. 12.016/12, que atualmente disciplina o instituto, dispõe em seu art. 1º:

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

É verdade que o bem jurídico a ser tutelado pela via do mandado de segurança é o direito subjetivo líquido e certo, não defensável pelo *habeas corpus* ou pelo *habeas data*, violado ou ameaçado de lesão por ato (ou omissão) de autoridade.

O pressuposto da ilegalidade deve ser compreendido na sua mais ampla acepção, é dizer, qualquer ato (ou omissão) de autoridade que seja contrário ao ordenamento jurídico, ideia na qual, a rigor, se insere o próprio conceito de abuso de poder.³⁰²

Fora de dúvida que a demonstração cabal do excesso de prazo já na petição inicial constitui o grande empeco no manejo do mandado de segurança, e nisso constitui o chamado

²⁹⁹ TACRSP: “A finalidade do instituto do *habeas corpus* não abrange a de promover a aceleração do andamento dos inquéritos policiais” (JTACRESP 76/127).

³⁰⁰ Ensina Hely Lopes Meirelles que “direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Se a sua existência for duvidosa; se sua extensão não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 15. ed.. São Paulo: Malheiros, p. 26).

³⁰¹ Em sentido oposto, Wildo Lacerda Dantas alerta para o fato de que “a existência de direito líquido e certo não constitui requisito para que se exerça a ação de mandado de segurança”, representando, a rigor, “o próprio mérito da segurança” (DANTAS, Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação [defesa] e processo**. Recife: Nossa Livraria, 2004. v. 2, p. 332).

³⁰² Manifesta-se o abuso de poder quando o agente público excede os limites legais de sua competência (excesso de poder) ou atua em desacordo com os fins a que se destina seu ato (desvio de finalidade). Em idêntico sentido do texto: DI PIETRO, *op. cit.*, p. 625.

direito líquido e certo, uma vez que, caso se imponha a necessidade de instrução, não será o *mandamus* a via adequada.

Mas essa é uma objeção de ordem prática, verificável caso a caso, e não técnico-jurídica. E por essa razão, esse argumento não deve ser utilizado para obstruir, de forma generalizada e absoluta, o mandado de segurança contra a duração excessiva do inquérito policial.

A propósito, segundo a jurisprudência do STF, a liquidez e a certeza exigidas não dizem respeito à matéria de direito. Para o Pretório Excelso, o mandado de segurança, enquanto ação de natureza constitucional³⁰³, comporta discussões das mais complexas, do ponto de vista jurídico, como interpretação de leis, interpretação de normas e princípios, revogação, recepção, vigência, eficácia, conflitos de normas, ponderação de princípios etc.³⁰⁴

Como se vê, mesmo os mais intrincados conflitos jurídicos podem ser apreciados pelo Poder Judiciário em sede de mandado de segurança³⁰⁵, o que vale, naturalmente, para o problema envolvendo a duração razoável do procedimento criminal. Para tanto, basta a demonstração liminar do direito líquido e certo do impetrante, requisito facilmente comprovável nas hipóteses em que a investigação policial se arrasta por anos a fio, sem justa causa.

3.9 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E DE SEUS AGENTES

Como apontado linhas acima, a falta de previsão legal de sanções quanto à inobservância da celeridade processual tem sido um dos entraves para que se dê efetividade à garantia constitucional.

Apenas de modo excepcional, a lei processual comina punição aos juízes e membros do Ministério Público, responsáveis pelo retardamento do feito, que podem perder os dias de trabalho, até o dobro, quando da contagem do tempo de serviço, para efeito de promoção e aposentadoria (CPP, art. 801).³⁰⁶

³⁰³ RTJ, 83/255.

³⁰⁴ De conformidade com a Súmula 625 do STF, “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

³⁰⁵ Nesse sentido, os seguintes acórdãos da 3ª Seção do STJ: MS 13584/DF, de 13/05/2009, publicado no DJ de 26/06/2009, de relatoria do Ministro Jorge Mussi; MS 10792/DF, de 14/02/2007, publicado no DJ de 7/11/2008, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido; MS 13545/DF, de 29/10/2008, publicado no DJ de 7/11/2008, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

³⁰⁶ LOPES JR. e BADARÓ destacam a ineficácia da norma, sobre cuja aplicação não se tem notícia. “Nesse ponto, inclusive, é de se observar que, sempre que houvesse a concessão de *habeas corpus*, reconhecendo o excesso de prazo na prisão, dever-se-ia verificar se o excesso não razoável decorreu do descumprimento injustificado dos prazos legais pelos juízes e promotores de justiça e, em caso positivo, impor-lhes a sanção

Com relação à autoridade policial, nada há de semelhante na codificação instrumental. Apenas no Código Penal vislumbra-se, em teoria, responsabilidade do delegado de polícia que retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, quando suficientemente demonstrado o elemento subjetivo do tipo (CP, art. 319). A mesma censura pode recair sobre a conduta do profissional que, ignorando as evidências do crime, decide não autuar o agente em flagrante para, mediante portaria, instaurar procedimento ordinário, sem justificção idônea e consistente. Ao assim agir, a autoridade policial, muita vez por mera conveniência pessoal, decerto ilude a expectativa constitucional de solução rápida da investigação criminal.

Para todos eles, em comum, considerando especialmente que o retardamento injustificado do processo ou inquérito constitui afrontosa negação do princípio da eficiência administrativa (CF, art. 37, *caput*)³⁰⁷, é teoricamente imputável a responsabilização civil, sem prejuízo das sanções penais e extrapenais previstas na legislação específica, por ato de improbidade administrativa. De acordo com o art. 11 da Lei n. 8.429/92, constitui ato dessa natureza a violação dos princípios da administração pública, notadamente quando o agente público retarda ou deixa de praticar, sem justa causa, ato de ofício (inc. II).

Para além da responsabilidade pessoal dos agentes oficiais, cumpre dizer que a inobservância do postulado da duração razoável do processo tem reflexos civis também sobre a figura política do Estado-Administração, consoante o pensamento de Antônio de Pádua Notariano Junior:

Pensamos que, se da dilação devido do processo, em razão de fato imputável à atuação do Poder Judiciário, advier prejuízo ao jurisdicionado, seja de ordem material ou moral, cabe-lhe o direito de pleitear indenização por todos os prejuízos experimentados, em face da União ou do Estado.³⁰⁸

Sobre a matéria, o STJ tem se mostrado bastante sensível, assumindo posição de vanguarda na defesa da celeridade processual, reconhecendo a responsabilidade

legal". (LOPES JR.; BADARÓ, *op. cit.* p. 129/130). Nesse sentido, o RITJSP, em seu art. 512, prevê que, embora o *habeas corpus* seja considerado prejudicado, poderá a "turma julgadora declarar a ilegalidade do ato e tomar as providências cabíveis para a punição do responsável". Na praxe, porém, não é o que se vê, argumentando os juízes e membros do Ministério Público que o atraso é plenamente justificado pelo acúmulo de serviço que assombra a Justiça Penal.

³⁰⁷ Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o princípio da eficiência opera efeitos em duas frentes: (1) em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho de suas atribuições, tendo em vista a obtenção dos melhores resultados; e (2) em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também para que se alcance melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, p. 84)

³⁰⁸ NOTARIANO JUNIOR, Antonio de Pádua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

extracontratual do ente político por sua violação³⁰⁹. Em idêntico passo, a doutrina de Paulo Hoffman:

Diante do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF, com a previsão da razoável duração do processo como garantia constitucional do cidadão, nosso posicionamento é cristalino no sentido de que o Estado é responsável objetivamente pela exagerada duração do processo, motivada por culpa ou dolo do juiz, bem como por ineficiência da estrutura do Poder Judiciário.³¹⁰

Na mesma linha, José Carlos Barbosa Moreira:

Para não reduzir a bem intencionada disposição [da EC nº 45/2004] à releve condição de mera regra programática, sem impacto real na vida do foro, é preciso atribuir-lhe, quando nada, a virtude de conferir ao prejudicado pela demora excessiva da prestação jurisdicional o direito ao ressarcimento dos danos sofridos.³¹¹

Recentemente, aliás, a Primeira Turma do STJ decidiu, por maioria de votos, conceder indenização a um dos envolvidos no caso conhecido como “Chacina de Vigário Geral” que, após ficar preso pelo prazo de 741 dias, veio a ser impronunciado, responsabilizando o Estado pelo excesso de prazo de prisão, considerando que esta extrapolou os prazos legalmente previstos, apesar de adequadamente fundamentada e necessária no curso do processo (Resp 872630/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 13/11/2007, DJ de 26/03/2008, p. 1).

Ao considerar que mesmo a prisão necessária e justificada pode ser refreada sob o ângulo da celeridade processual, contribui o Tribunal da Cidadania para a afirmação do postulado constitucional, assim superando distorcida orientação no sentido de considerar que qualquer dilação indevida restaria justificada pelo édito condenatório, como se o fins convalidassem os meios, em completo desprezamento do Estado Democrático de Direito.

Mutatis mutandis, idêntico raciocínio pode ser empregado para imputar-se ao Estado responsabilidade pelo atraso na realização dos atos policiais, mesmo quando a demora for

³⁰⁹ Durante longo tempo se sustentou a irresponsabilidade do Estado em relação aos seus atos, com fulcro no brocardo *the king can do not wrong*. A doutrina evoluiu, passando a considerar prescindível a demonstração do elemento culpa. Prevalece atualmente a teoria do risco administrativo, donde desponta a obrigação de reparar o dano provocado por ato administrativo lesivo e injusto à vítima, independentemente de dolo ou culpa em sentido estrito. Reconhecendo a responsabilidade civil do Estado por demora injustificada na apreciação de pedido de aposentadoria, consulte-se acórdão da 1ª T. do STJ de 02/04/2009, no REsp n. 1.052.461-MS, publicado no DJ de 16/04/2009, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki; REsp 952.705, Ministro Luiz Fux, DJ de 17/12/2008, publicado no DJ DE 06.06.2008.

³¹⁰ HOFFMAN, *op. cit.*, p. 99.

³¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual** - Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 373.

atribuída ao inadequado aparelhamento dos órgãos de segurança pública, consoante a regra geral do art. 37, § 6º, da CR³¹²

O certo é que o ente político não pode permanecer inerte, descumprindo mandamento constitucional, seja ao negar a afirmação de uma garantia fundamental, seja ao negligenciar meios que garantam a razoável duração do processo e do procedimento (CF, art. 5º, LXXVIII, *in fine*).

Não sobeja lembrar que a ineficiência dos serviços públicos malferir os princípios da legalidade e eficiência³¹³ que orientam toda a Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), solapando o direito fundamental a uma atuação estatal justa e tempestiva (CF, art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). Por conseguinte, eventuais prejuízos advindos dessa grave falta, operada no centro dos direitos e garantias fundamentais, redundam em responsabilidade civil para o Estado, exceto quando a inobservância da regra for imputável diretamente à parte³¹⁴⁻³¹⁵.

Volvendo à investigação criminal, há que se ponderar que pode haver motivos justificáveis para a demora dos trabalhos, como o excessivo número de investigados, a complexidade do delito, eventual concurso ou conexão entre crimes, a necessidade de provas técnicas e até diligências fora do distrito da culpa³¹⁶, o que não é raro acontecer. Contudo, se a duração excessiva não for justificada, torna-se inaceitável a demora investigativa, e o Estado terá de suportar os efeitos, sob pena de desacreditamento da Polícia e do próprio sistema de justiça criminal.³¹⁷

³¹² “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

³¹³ Termo originariamente empregado na administração privada, tornou-se fundamento da Administração Pública após o advento da EC 19/98, afirmando um novo modelo de gestão em que se privilegia a obtenção dos melhores resultados. Quanto à atuação do agente público, espera-se o melhor desempenho possível de suas atribuições; quanto à organização e estruturação da administração pública, exige-se que seja o mais racional possível. Como desdobramento, cite-se a exigência de avaliação especial de desempenho para a aquisição de estabilidade pelo servidor público “mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho”, nos termos do art. 41 da CF.

³¹⁴ Como bem assentou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no caso *Ciricosta e Viola versus Itália* (sentença de 04.12.1995), “solo las dilaciones imputables al Estado pueden llevar a concluir la inobservancia del plazo razonable” (LOPES JR.; BADARÓ, *op. cit.*, p. 42).

³¹⁵ Se o Estado não se aparelha adequadamente para cumprir sua obrigação constitucional, está, à evidência, violando um direito subjetivo da parte. Não está apenas se omitindo; está descumprindo um dever positivo imposto pela Constituição.

³¹⁶ Esta é a compreensão de Irene Patrícia Nohara acerca do conceito de eficiência administrativa. Segundo a administrativista, o princípio da eficiência é parâmetro de controle da atuação estatal, sendo certo que o controle jurisdicional não pode extrapolar o limite da razoabilidade, dentro do qual vários fatores, que limitam a atuação administrativa, não de ser considerados (NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20-21). No sentido de que a eficiência administrativa deve alcançar o padrão ótimo (melhor possível): GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 138.

³¹⁷ Cf. BEZERRA, Marcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: RT, 2005. No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes ao afirmar que “o

Sobre o assunto, Jaime Guasp destaca que:

*Es una exigencia derivada del derecho natural la que impide al Estado desentenderse del problema de si existen o no el conjunto de suas actividades algunas dirigidas fundamentalmente a la realización de aquel valor (justicia). Existe un autentico derecho subjetivo para los súbditos del Estado a que el Poder Público se organice de modo que los imperativos de justicia queden, por lo menos en cierta medida, satisfechos, sin que el Estado pueda omitirse de combatir las medidas, que en su conjunto de actividades, no respondan a las mínimas exigencias de justicia.*³¹⁸

Imperioso ressaltar que, nesta resposta obrigacional, a responsabilidade do Estado prescinde da demonstração de dolo ou culpa de seus agentes, sendo considerada de natureza objetiva³¹⁹, subjacente à violação de um direito humano fundamental e em relação ao qual a pessoa política assume diretamente a posição de garante.

Em estudo sobre o assunto, Enio Moraes da Silva, Procurador do Estado de São Paulo, anota a existência de controvérsia quanto à natureza da responsabilidade do Estado por omissão de seus agentes, destacando a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello que adota, *in casu*, a teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, o advogado público, no tocante ao tema ora tratado, perfilha entendimento em sentido oposto, entrevedo responsabilidade objetiva do Poder Público, na medida em que:

[...] não se pode carrear ao particular o ônus de provar a culpa ou dolo dos agentes públicos causadores da mora judicial. Esse elemento subjetivo é irrelevante. A exigência para que ocorra o dever de indenizar cinge-se à demonstração de que o Estado não proveu um processo em tempo razoável, tendo descumprido o dever imposto pela Constituição, não importando se esse descumprimento foi culposo ou não.³²⁰

excessivo volume de trabalho pode isentar o juiz pessoalmente da responsabilidade, mas de modo algum escusa o atraso da prestação jurisdicional”. Acrescenta, adiante, que “os defeitos de estrutura e de organização da Justiça não podem ser invocados como desculpa para a morosidade, o que significaria desconhecer o próprio conteúdo essencial de direito a um processo público sem dilações indevidas” (“As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiros”, In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 244). Em que pese sejam as considerações relativas ao processo, a norma que encerra a garantia constitucional, contemplando o procedimento administrativo, permite que o raciocínio, *a pari ratiōne*, ampare a responsabilidade civil do Estado por desatendimento do preceito mandamental em sede de investigação criminal. Calha acrescentar, nesse passo, que, no julgamento do REsp 802435/PE, o Ministro Luiz Fux assentou a responsabilidade estatal por violação de comezinhos deveres em detrimento da pessoa humana, ainda no curso de inquérito policial (1ª T., DJ 30/10/2006).

³¹⁸ GUASP, *apud* LOPES JR.; BADARÓ, *op. cit.*, p. 69.

³¹⁹ Contrapõe-se à responsabilidade civil subjetiva do Estado, usualmente relacionada a situações em que há dano a particular em função de atos de terceiros (não agentes públicos) ou de fenômenos da natureza (enchente, vendaval etc.). Nesses casos, cumpre ao lesado provar a culpa do Poder Público, ou seja, demonstrar que o comportamento comissivo do Estado, diligente e normal nas circunstâncias, poderia ter evitado o resultado danoso. Não se aplica, pois, a teoria clássica do risco administrativo, que é regra constitucional (art. 37, § 6º), senão a teoria da culpa administrativa, em caráter excepcional.

³²⁰ SILVA, Enio Moraes da. **A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006, p. 31.

Não destoia a conclusão de Francisco Fernandes de Araújo:

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado por dano decorrente da morosidade da prestação jurisdicional é a única que satisfaz ao sentimento de justiça que se revela no seio da sociedade moderna, como contrapartida dos tributos gerais pagos por ela, dentre os quais as taxas judiciárias que igualmente lhe são impostas, e também pelo fato de o Estado deter o monopólio da jurisdição, não permitindo a realização da justiça pelas próprias mãos dos particulares.

Responsabilizar objetivamente o Estado pelo dano decorrente da morosidade da justiça é necessidade que se impõe, para que os preceitos constitucionais em vigor sejam efetivamente respeitados, dentre os quais os princípios da igualdade, da legalidade, da moralidade, da eficiência e da boa qualidade do serviço público e do acesso substancial à justiça. A medida também atuará como pressão efetiva para que o Estado cuide melhor da estrutura judiciária e da eficiência dos seus juízes, e, portanto, servirá de alavanca para o aprimoramento geral da justiça do País, melhorando a qualidade de vida do seu povo, ideal permanente pelo qual todos têm o dever de lutar.³²¹

Com efeito, cumpre ao lesado tão somente demonstrar a existência do dano injustamente experimentado³²², resultante de comportamento omissivo do Estado; uma vez comprovada a relação de causa e efeito (nexo de causalidade), há de despontar a responsabilidade objetiva do Estado. Do contrário, adicionar à pessoa do lesado o ônus de também provar a culpa ou dolo por parte dos agentes públicos, é solução sobremaneira penosa, acentuando ainda mais sua desvantagem em face do poder de império.³²³

³²¹ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça**. Campinas: Copola, 1999, p. 385.

³²² Diante do que dispõe o art. 37, § 6º, da CF, inexistente óbice à indenizabilidade do chamado dano moral, pois faz parte da reparação integral do Estado, cujo propósito é remediar a lesão à dignidade humana. O Superior Tribunal de Justiça tem decisão nesse sentido: “Processual civil. Administrativo. Recurso Especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos praticados pelo Poder Judiciário. Manutenção de cidadão em cárcere por aproximadamente treze anos (de 27/09/1985 a 25/08/1998) à míngua de condenação em pena privativa de liberdade ou procedimento criminal, que justificasse o detimento em cadeia do sistema penitenciário do Estado. Atentado à dignidade da pessoa humana”. (REsp 802435/PE, 1ª T., Ministro Luiz Fux, DJ de 30/10/2006)

³²³ É bem verdade que o reconhecimento da responsabilidade estreme de valoração subjetiva não significa que seja ela absoluta. Ao contrário, pode ser completamente elidida ou mitigada, conforme o caso, por culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, força maior e estado de necessidade. Resta claro que o dano provocado tão-somente por ato da vítima ou culpa de terceiro exime o dever obrigacional do Estado. A mesma conclusão se aplica à força maior, fenômeno inevitável e irresistível, normalmente associado a manifestações da natureza, como raios, ondas marítimas, erupções vulcânicas etc., não provocados, à evidência, por comportamento estatal. O estado de necessidade, por sua vez, opera a exclusão da responsabilidade ao romper o nexo entre o dano e comportamento administrativo, em situações de instabilidade social, como o estado de guerra, estado de sítio, revoluções e outros, justificando-se a adoção de medidas excepcionais com restrição ou completo sacrifício de direitos subjetivos em benefício do interesse público. Ocorre que, além dessas tradicionais causas, a doutrina sinaliza o reconhecimento de uma nova excludente da responsabilidade objetiva do Estado: o estrito cumprimento do dever jurídico. Se a demora na tramitação processual se der em razão da aplicação do princípio e corolários do devido processo legal, o Estado não pode ser responsabilizado por eventuais danos causados a particulares, ocasionados por fatores juridicamente lícitos (multiplicidade de partes, complexidade pericial, elevado número de testemunhas, recursos e outros fatores). Nesse sentido: MORAES DA SILVA, *op. cit.* p. 33.

CONCLUSÃO

Este estudo pretendeu dimensionar o impacto da garantia constitucional da duração razoável do processo sobre os atos de investigação criminal, a cargo das Polícias Cíveis estaduais, tendo em vista que, no Brasil, o direito positivo apenas disciplina a limitação no tempo dos procedimentos policiais em que há indiciado preso, inexistindo qualquer fórmula de controle temporal para as hipóteses em que o investigado é resguardado em sua liberdade.

Para além da posição do sujeito da persecução frente ao Estado-investigador, não se pode olvidar que a investigação, por si só, constitui ato oficial de coerção, o que demanda, por via de consequência, rígido controle normativo sobre todos os aspectos da medida, do que não pode passar incólume o elemento temporal.

Preso ou em liberdade, indistintamente, o investigado está sujeito a sérias restrições em seu patrimônio jurídico fundamental, com afetação da dignidade, liberdade, intimidade e patrimônio. De tal sorte, permitir-lhe saber previamente o prazo máximo de duração da investigação criminal representa a afirmação de um direito subjetivo contra os frequentes excessos do Estado-polícia, sob o risco de ser convolado em mera figura retórica, submetendo a completo descrédito todo o sistema de justiça criminal.

É claro que circunstâncias casuísticas como o concurso de pessoas, suspeito em lugar desconhecido, dificuldade de acesso ao local do delito, testemunhas que se negam a colaborar com o trabalho policial, complexidade da prova pericial, enfim, devem ser sopesadas sob o crivo da proporcionalidade, pois dificultam sobretudo a ação investigativa e exigem naturalmente maior dispêndio de tempo. Porém, contingências desse jaez são excepcionais na rotina policial, razão por que devem ser identificadas e justificadas caso a caso. O maior problema é que, no Brasil, vale a máxima de que, se ninguém está preso, não há motivo para acelerar-se a investigação, ainda que se trate de fato corriqueiro e de fácil apuração.

É verdade que, no sistema em vigor, o excesso de prazo na formação da culpa autoriza o manejo defensivo do *habeas corpus*, na forma do art. 648, inc. II, do CPP. A concessão da ordem, contudo, parece solução demasiado simplista diante de tão complexo problema. Primeiro, porque a via extraordinária do remédio heroico não se revela a mais adequada para o enfrentamento de questões ordinárias afetas ao prazo global de duração do processo. Segundo, porque o *writ* não atende à expectativa do investigado que aguarda definição do caso em liberdade, mas que igualmente sofre a angústia e estigma de uma investigação policial sem limitação no tempo.

Trazendo à reflexão esse odioso estado de coisas, foi idealizado o presente trabalho, a partir do *status dignitatis* do sujeito como eixo condutor, em cujo capítulo inaugural foram revisitados tradicionais institutos da investigação criminal, sob o olhar crítico da tempestividade.

Demonstrando que a investigação criminal não está imune à “invasão constitucional”, foi reservado todo o segundo capítulo à análise dos princípios constitucionais aplicáveis à fase preliminar da *persecutio criminis*, de sorte a reforçar a concepção dogmática de que o inquérito policial, nesta quadra histórica, não mais pode ser compreendido senão através do garantismo assegurado pelo nosso Estado democrático e constitucional de direito.

Na terceira etapa, foi enfatizado o direito fundamental à duração razoável da investigação criminal, considerada em seu conjunto, com especial destaque para o nefasto efeito do tempo sobre a pessoa investigada, equiparando-se a uma verdadeira pena por antecipação. Sobre a delimitação do prazo dito razoável, apontou o estudo os limites *a quo* e *ad quem*, além de identificar o caráter fluido do termo, cuja valoração é dotada de elevada [e perigosa] carga de subjetivismo, contribuindo para a consolidação de um cenário de insegurança jurídica. Quanto aos efeitos da delonga procedimental, o trabalho reúne soluções processuais encontradas na doutrina e jurisprudência pátrias, como também no direito comparado, que vão da proclamação judicial da nulidade absoluta do processo penal até a perda do direito de punir do Estado, passando pela diminuição da pena e absolvição do réu.

O capítulo afirma ainda o dever do sistema constitucional em amparar o investigado contra a duração excessiva da investigação criminal, pela via residual do mandado de segurança, pois tão importante quanto o resultado é garantir-lhe os meios de fruição deste direito humano fundamental.

Por último, considerando que a sociedade tem direito a uma ação policial tempestiva e eficiente, enquanto pedra angular do sistema de Justiça Criminal, o Estado-Administração tem o dever de implementar a garantia da tempestividade da investigação criminal, dotando a Polícia Judiciária de recursos pessoais, materiais e financeiros suficientes para tal desiderato. Do contrário, há de ser reconhecida sua responsabilidade civil, independentemente de culpa, pelo descumprimento do mandamento constitucional *sub examine*.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça**. Campinas: Copola, 1999.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 797, mar./2002.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARROS FILHO, Mario Leite de. **As metamorfoses da polícia judiciária brasileira sob a óptica da evolução dos direitos e garantias fundamentais** [S.I.]: Jus Navigandi, Teresina, jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21883>>. Acesso em: 01.abr.2012.
- BENACCHIO, Marcelo (org.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BERMUDES, Sérgio. **A reforma do judiciário pela emenda constitucional n. 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BEZERRA, Marcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: RT, 2005.
- BIDART, Adolfo Gelsi. *El tiempo y el proceso*. In: REPRO n. 23/100, Revista de Processo, n. 23, julh./set. 1981.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais Federais. Análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EDIPRO, 1997.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. t. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.
- CHAUÍ, Marilena S. Direitos Humanos e Medo. In: FESTER, Antônio Carlos Ribeiro (Org.). **Direitos Humanos em Debate**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2004.

COSTA, Marcos da. **Desmistificando a PEC-37**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2013/193/>. Acesso em: 17.set.2013.

COUTO, Monica Bonetti (org.). **Justiça e o paradigma da eficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 01.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FARIAS, Edison Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução para o espanhol de Alfonso Ruiz Miguel e outros. Madrid: Trotta, 2000.

FERREIRA DOS SANTOS, Gustavo. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

FILHO, Vicente Greco. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 29. ed. São Paulo: Vozes, 2004.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GIANELA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação criminal especial**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Interceptação telefônica: prazo de duração, renovação e excesso**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br> 13 maio.2009>. Acesso em 17.set.2013.

GONZAGA, João Bernardino. **O direito penal indígena**. São Paulo: Max Limonad, s.d.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A Nova Escola Processual de São Paulo, *In: Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HAMILTON, Sergio Demoro. A razoável duração do processo e seus reflexos no processo penal. *In: LIMA, Marcellus Polastri, SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago (coord.). Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LACERDA DANTAS, Wildo. **Jurisdição, ação [defesa] e processo**. Recife: Nossa Livraria, 2004. v. 2.

LAVIÉ, Quiroga. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

LIZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003. T. I.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LOPES JR., Aury. **O Direito a ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal**. Revista de Ciências Penais. São Paulo, v. 01, n. 01, p. 219-245, jul-dez 2004.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed., revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES MEIRELLES, Hely. **Mandado de segurança**. 15. ed. São Paulo: Malheiros.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965, vol. II.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, n. 14, jul. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: RT, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual** - Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A duração do processo: alguns dados comparativos**, In: Revista do Ministério Público, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 20, 3ª fase, p. 117 e ss., jul/dez de 2004.

MOSSIM, Heráclito. **Comentários ao código de processo penal**. São Paulo: Manole, 2005.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; LACAVA, Thaís Aroca Datcho. A garantia da razoável duração do processo penal e a contribuição do STJ para a sua efetividade. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOTARIANO JUNIOR, Antonio de Pádua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: RT, 2010.

OLIVERA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração**. Curitiba: Juruá, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PETHERICK, W A. TURVEY, B E. Ferguson, C E, 2010. *Forensic Criminology*. London: Elsevier Academic Press. Disponível em: <<http://forensicsciencecentral.co.uk/edmondlocard.shtml>>. Acesso em 12.set.2013.

PITOMBO, Cleonice Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

RANGEL, Pedro. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. V. 1, n. 1, 2001.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. **Um novo conceito de polícia**. Revista portuguesa de Ciência Criminal, ano 8, fascículo 3.

SILVA, Enio Moraes da. **A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC N. 45/2004. In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 1977.

_____. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. I.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.

_____. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCUNDUVA SOBRINHO, Ruy Cardozo de Mello. Sigilo do inquérito policial: a Súmula Vinculante 14 do STF. *In*: LUCCA, Newton de; PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; NEVES, Mariana Baeta (org.). **Direito constitucional contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

WOLFGANG SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.