4

Ensaio sobre a investigação criminal no modelo constitucional de processo
Test on criminal investigation in constitutional process model

EMÍLIO DE OLIVEIRA E SILVA
Mestrando em Direito Processual, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas; especialista em Ciências Penais, pelo Instituto de Educação Continuada – IEC/PUC-Minas; delegado de Polícia Civil no Estado de Minas Gerais

RESUMO

O presente artigo procura compreender a fase investigativa criminal sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Partindo-se da noção de processo em Elio Fazzalari, busca-se construir uma crítica ao entendimento de que a fase investigativa seria um mero procedimento inquisitorial no qual o investigado é objeto da ação estatal, e não sujeito de direitos. Para isso, este ensaio aborda a distinção entre processo e procedimento segundo a teoria fazzalariana, analisando a possibilidade de participação do investigado na fase investigativa. Posteriormente, examina-se a investigação criminal por meio do modelo constitucional de processo, de modo a compreender o microssistema processual penal como fator constitutivo de direitos fundamentais.

Palavras-chave: investigação criminal; processo e procedimento; modelo constitucional de processo.

ABSTRACT

The article aims to understand the criminal phase investigation from the perspective of a democratic state. Based on the notion of process by Elio Fazzalari, criticizing the investigative phase like a mere inquisitorial procedure in which the investigated is an object of the state action, and not a subject of rights. In this context, this article discusses the distinction between process and procedure according to the theory fazzalariana, analyzing the possibility participation of the investigated in the investigative phase. Subsequently, it examines the criminal investigation through the constitutional process model in order to understand the microsystem criminal procedure as constituent factor of fundamental rights.

Keywords: criminal investigation; process and procedure; constitutional process model.

Sumário: 1. Introdução. 2. Noção de investigação criminal. 3. Processo e procedimento. 4. A fase investigativa no modelo constitucional de processo. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A influência do "populismo punitivo"[1] nas políticas criminais contemporâneas contribuiu para o incremento dos meios de intervenção estatal na esfera dos direitos e garantias fundamentais. Sob essa perspectiva, o uso de técnicas de investigação criminal vem sendo analisado sob a ótica da efetividade dos meios de obtenção de provas[2], relegando a um plano secundário a reflexão teórica sobre a legitimidade procedimental daquela intervenção penal ou, mesmo, qual o critério objetivo para aferi-la.

Desprezando-se a importância do "processo" na construção de provimentos estatais, inclusive nas decisões tomadas na fase investigativa, nota-se pouca preocupação com a atuação do poder público na esfera jurídica de "pessoas

[1] Compreende-se por populismo punitivo as demandas populares dirigidas ao Estado a fim de que este promova uma intervenção penal drástica para garantir a segurança pública. Nesse sentido, confira-se Silva Sánchez, Jesús María. *Tiempos de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009. p. 19.

investigadas"[3]. Ao contrário, admite-se uma ampla relativização de garantias processuais e dos critérios de imputação penal[4], possibilitando o uso de medidas de vigilância e investigações secretas de forma indiscriminada[5], o que fomenta, assim, o caráter "seletivo" do sistema penal[6].

O entendimento de que a eficiência da investigação passa pela "flexibilização" de direitos fundamentais gera questionamentos acerca da própria noção de investigação criminal, sua normatização jurídica e técnica, bem como sua compreensão sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Afinal, como pensar uma investigação constitucionalmente adequada no processo penal brasileiro? É possível uma atividade investigativa que supere a dicotomia entre o sistema acusatório e inquisitivo ou entre a segurança pública e direitos fundamentais?

O presente ensaio pretende estudar a investigação criminal por meio da noção do modelo constitucional de processo[7], mediante o qual a investigação integra o microssistema processual penal como uma fase prévia à acusação, destinada à reconstituição discursiva de um fato pretérito e que servirá de base para a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal.

A hipótese do presente trabalho é que toda intervenção penal na esfera individual da pessoa deve decorrer de um processo. Logo, os atos estatais provenientes da investigação criminal só podem ocorrer mediante um procedimento qualificado pelo contraditório[8], ainda que ele seja realizado posteriormente, de forma "postergada".

---

[2] Pereira, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. *In:* Cunha, Rogério Sanches; Taques, Pedro & Gomes, Luiz Flávio (coords.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 98-146.

[3] Segundo informou o portal de notícias *O Globo*, na investigação do homicídio da juíza criminal Patrícia Acioli, ocorrido em Niterói, Rio de Janeiro, houve a quebra do sigilo dos dados telefônicos de mais de três milhões de celulares, sem que isso gerasse qualquer tipo de debate sobre os limites da atuação do Estado na apuração de delitos. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2011/09/18/cameras-registram-perseguicao-juiza-patricia-acioli-morta-por-policiais-militares-em-niteroi-925387460.asp>. Acesso em: 25 de abril de 2012.

[4] Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011. p. 183.

[5] Jakobs, Günther. *Direito Penal do inimigo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48.

[6] Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. 5ª reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 31.

[7] Andolina, Italo & Vignera, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile:* Il modello costituzionale del processo civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.

[8] Fazzalari, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. VIII Edizione. Padova: Cedam, 1996. p. 82-83.

Urge, portanto, fazer uma releitura da investigação criminal no Brasil, de modo a adequá-la ao paradigma do Estado Democrático de Direito no qual as autonomias pública e privada do cidadão são asseguradas por meio de procedimentos discursivos configuradores de direitos fundamentais e legitimadores da decisão estatal[9].

Para isso, este ensaio analisa a investigação criminal, fazendo a distinção entre processo e procedimento segundo a teoria elaborada por Elio Fazzalari[10] e verificando a possibilidade de participação do investigado na fase investigativa. Posteriormente, examina-se a investigação criminal por meio do modelo constitucional de processo, de modo a compreender o microssistema processual penal como fator constitutivo de direitos fundamentais.

2. NOÇÃO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Para uma compreensão adequada da investigação criminal, primeiro é necessário refletir sobre a própria noção de investigação, cuja amplitude é tão extensa que permite relacioná-la com as noções de filosofia[11] ou ciência[12]. Isso porque ambas estabelecem seus objetos de investigação mediante os quais se buscam respostas para perguntas que não encontram uma solução imediata e segura, o que é feito por meio de um método previamente definido.

Com a ocorrência de um crime acontece o mesmo. Embora haja hipóteses nas quais a identificação da autoria e a materialidade delituosa possam parecer facilmente solucionáveis à primeira vista – como ocorre nos casos de confissão ou prisão em flagrante delito –, o ordenamento jurídico impõe que, mesmo nessas situações, se estabeleça um procedimento formal no qual se irá perquirir o caso, suas circunstâncias, bem como informações relevantes sobre o autor e a eventual vítima de sua conduta.

Sob esse aspecto, tanto a fase prévia quanto a posterior à acusação criminal constituem uma investigação *lato sensu*, já que em ambas se busca o esclarecimento do caso penal para a construção de um provimento estatal que, na primeira fase, é a *opinio delicti* e, na segunda, constitui a própria sentença. Ressalte-se que, nas

[9] Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 6. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 493-523.
[10] Fazzalari, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. VIII Edizione. Padova: Cedam, 1996.
[11] Abbagnano, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 584.
[12] Gustin, Miracy Barbosa de Sousa & Dias, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 22.

duas fases, há a realização de pesquisas materializadas em depoimentos, interrogatórios, documentos, laudos periciais, autos de acareação, bem como de reconhecimento de coisas e pessoas, todos eles destinados a auxiliar a construção de uma decisão estatal de caráter jurídico-penal que pode repercutir diretamente nos direitos fundamentais das pessoas, sobretudo naqueles relativos à liberdade, à privacidade e à intimidade.

A questão, então, passa a ser a análise do critério que faz a distinção entre a fase investigativa e a fase que se segue após o recebimento da denúncia ou queixa-crime e vai até a sentença. Isso implica fazer um recorte histórico que se inicia com a monopolização da persecução criminal pelo Estado, momento no qual se estabelece um órgão estatal para o exercício da acusação, colocando-lhe à disposição um corpo de profissionais técnicos dotados de meios para a apuração de um crime.

Segundo Lorena Winter[13], essa intervenção do Estado na repressão criminal provocou uma profunda alteração no processo penal, já que o equilíbrio entre a parte acusada e acusadora existente no processo penal privado deixou de existir. Doravante, as funções de investigação e acusação deixam de ser atribuições da vítima ou de seus representantes e passam a ser exercidas por um órgão estatal. Há uma institucionalização da investigação criminal e sua incorporação ao processo penal. Também se verifica que a busca da verdade torna-se um elemento aferidor da "justiça" da decisão judicial, o que faz com que a investigação tenha uma posição de destaque, devendo ser realizada por profissionais cuja atuação é marcada por características inquisitivas.

O Código de Instrução Criminal francês de 1808 já previa uma divisão do processo penal em duas fases distintas. Disse Franco Cordero[14] que a primeira fase destinava-se à investigação, cuja condução era feita por um juiz instrutor que tinha a função de decidir sobre a liberdade do investigado, bem como produzir inquisitivamente as provas destinadas à acusação. Essa fase compreendia uma série de atos que ia desde o recebimento da *notitia criminis* até a acusação, sendo o juiz instrutor um funcionário da polícia judiciária. Já a segunda fase era destinada ao debate judicial, caracterizado pela publicidade, pela oralidade e pelo exercício da ampla defesa pelo réu. Cordero[15] afirmou que o mencionado código francês

[13] Winter, Lorena Bachmaier. Acusatorio *versus* inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. *In:* Winter, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 30.

[14] Cordero, Franco. *Procedimiento penal*. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000. p. 57-58 e 185.

[15] Cordero, Franco. *Procedimiento penal*. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000. p. 59-61.

instituiu um processo misto, com feições inquisitivas na primeira fase e acusatórias na segunda. Disse ainda que esse modelo bifásico foi seguido em boa parte pelos códigos processuais italianos, inclusive o Código Rocco, que posteriormente serviria de inspiração para a criação do Código de Processo Penal brasileiro.

Percebe-se, assim, que a distinção entre a fase investigativa e a que se segue à acusação é feita com base nas características inquisitivas ou acusatórias presentes em cada uma delas, respectivamente. Considera-se que a investigação criminal constitui procedimento prévio à formação da *opinio delicti* no qual há uma limitação da participação do investigado no esclarecimento do caso, já que, nessa etapa inicial, ele não é sujeito de direito, mas objeto da investigação. A propósito, isso contribuiu para que o Código de Processo Penal brasileiro concebesse a investigação criminal de forma autoritária, relegando o investigado a "objeto" do inquérito policial:

> O inquérito policial tem natureza inquisitiva. Nele não se observa o contraditório. No inquérito policial, o indiciado não é um sujeito de direitos, e sim um objeto de investigação. Ao autor da infração penal não se permite qualquer ingerência na colheita desta ou daquela prova. A condução do inquérito, com a determinação das diligências, constitui ato discricionário da autoridade policial[16].

Deve-se advertir que o inquérito policial não é o único instrumento investigatório. Há, na verdade, outros instrumentos destinados à investigação, como ocorre com o procedimento investigatório criminal feito pelo Ministério Público[17]. Em qualquer hipótese, contudo, pensa-se que, no Estado Democrático de Direito assentado no princípio da soberania popular e da legitimidade das leis[18], não se pode admitir a existência de uma fase investigativa na qual a pessoa é desconsiderada como sujeito de direitos, tratada como "fonte de perigo"[19] ou "objeto" da atuação do Estado[20]. Por isso, torna-se necessário repensar a fase investigativa, conciliando a eficácia no esclarecimento do caso penal com o caráter constitutivo de direitos fundamentais que o processo, enquanto procedimento em contraditório, pode oferecer.

---

[16] Muccio, Hidejalma. *Inquérito policial*. 2. ed. rev., amp. e atual. Jaú: HM, 2006. p. 25.

[17] O procedimento investigatório criminal encontra-se regulamentado pela Resolução n. 13/2006, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Ressalte-se que este ensaio não pretende discutir sobre os poderes investigatórios do *Parquet* ou de outros órgãos estatais, o que fugiria à proposta de trabalho.

[18] Habermas, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 290.

[19] Jakobs, Günther. *Direito Penal do inimigo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 105.

[20] Muccio, Hidejalma. *Inquérito policial*. 2. ed. rev., amp. e atual. Jaú: HM, 2006. p. 25.

3. PROCESSO E PROCEDIMENTO

A distinção entre processo e procedimento é um pressuposto para a compreensão da fase investigativa que se quer delinear neste trabalho. Por isso, é importante observar que estudo jurídico do "processo" geralmente é precedido por uma definição teleológica e instrumental[21] mediante a qual o processo é compreendido como "uma sequência ordenada de atos que se encadeiam numa sucessão lógica e com um fim: o de possibilitar, ao juiz, o julgamento"[22].

Essa noção, entretanto, pouco contribui para que o "processo" seja pensado como um fator de garantia de direitos fundamentais. Primeiro, porque ela estabelece uma confusão entre "processo" e "procedimento", típica da teoria da relação jurídica processual[23]. Segundo, porquanto conceber o processo como instrumento da jurisdição é apequenar a importância do processo no Estado Democrático de Direito, como se ele, o processo, fosse "uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade"[24].

Para Elio Fazzalari[25], o processo é uma espécie do gênero procedimento, o qual se constitui de uma atividade preparatória para os provimentos estatais. Ao exercer suas funções, o Estado toma decisões dotadas de caráter imperativo ("provimentos"). Tais decisões não podem ocorrer de forma arbitrária ou desobedecer às normas de direito previamente estabelecidas. Logo, o ato estatal só é válido se for emanado de um procedimento que delineie a dinâmica de atuação do Estado.

Quando esse provimento atinge a esfera jurídica de terceiros, a atividade preparatória deve contar com a efetiva participação dos destinatários da decisão, o que ocorre por meio do contraditório[26]. Independentemente de o provimento ser emanado no âmbito administrativo, legislativo ou jurisdicional, o ente estatal deverá garantir aos destinatários dos efeitos do provimento final a participação na construção da decisão, formando-se, assim, o "processo"[27].

---

[21] Gonçalves, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 64.
[22] Tornaghi, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 1.
[23] Bülow, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Librería El Foro, 2008. p. 10-11.
[24] Leal, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 93.
[25] Fazzalari, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. VIII Edizione. Padova: Cedam, 1996. p. 8.
[26] Fazzalari, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. VIII Edizione. Padova: Cedam, 1996. p. 8.
[27] Fazzalari, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. VIII Edizione. Padova: Cedam, 1996. p. 61.

Ocorre que a visão instrumentalista do processo concebe a investigação criminal como um mero procedimento administrativo, de caráter inquisitorial, destinado a preparar a ação penal[28]. Esse raciocínio não admite que a fase investigativa possa ser pensada como processo por dois motivos: primeiro, porque não há contraditório; segundo, porquanto inexiste a formação da relação jurídica entre o autor da infração, a acusação e o juiz.

Em relação à necessidade de uma relação jurídica entre os sujeitos processuais para a caracterização do processo, verifica-se que essa tese já foi devidamente debatida, criticada e superada por Aroldo Plínio Gonçalves[29], que demonstrou a inconsistência da teoria da relação processual sob o ponto de vista técnico e democrático. Quanto à impossibilidade de admitir o contraditório na investigação, o problema está mais relacionado com a compreensão do princípio do contraditório do que com as dificuldades operacionais de visualizá-lo na fase investigativa.

Fauzi Hassan Choukr[30] manifestou sua dúvida em relação à existência da garantia do contraditório na investigação "basicamente por faltar uma característica fundamental do contraditório, que é a capacidade de influenciar quem detém o poder decisório neste momento". Segundo o referido autor, mesmo com a presença do defensor técnico na fase investigativa, "resta em aberto a capacidade de influenciar a decisão de quem detém a persecução penal em suas mãos para exigir a realização de um determinado ato nessa etapa".

Contudo, a dificuldade do investigado em convencer o autor da investigação não pode privá-lo do direito ao contraditório. Pressuposto para o convencimento é a possibilidade de argumentação. Logo, somente garantindo o exercício do contraditório haverá a "possibilidade" de influir na construção do provimento.

Deve-se acreditar que o exercício do contraditório gera uma efetiva contribuição para a investigação, afastando a ideia de que a participação do investigado seja meramente fictícia, ou apenas aparente[31]. A propósito, não é raro que as declarações do investigado auxiliem a investigação, motivo pelo qual sua participação durante a fase investigativa deve ser assegurada. O princípio do

[28] Barbosa, Manoel Messias. *Inquérito policial*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006. p. 26.
[29] Gonçalves, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: Aide, 2001.
[30] Choukr, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 116-117.
[31] Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático:* uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 109.

contraditório não pode ser compreendido na perspectiva instrumentalista (dizer e contradizer), pois sua dimensão é mais ampla e não prejudica a fase investigativa[32]. Já nos atos em que o contraditório prévio afete a diligência, resguarda-se o exercício do contraditório para um momento posterior, mas ainda no curso da investigação.

Em que pese não se admitir a aplicação plena e integral do contraditório em todos os atos investigativos, sua incidência no interrogatório policial, bem como na realização de perícias, reconhecimento de pessoas e coisas não pode ser negada, até porque isso poderia contribuir para o esclarecimento do caso investigado[33].

No mais, interessa notar que o Projeto de Lei n. 156/2009[34] (novo Código de Processo Penal) preceitua que é direito do investigado ser ouvido antes do encerramento da investigação criminal (artigo 12), o que demonstra a utilidade do princípio do contraditório na formação do convencimento do agente estatal que conduz a investigação.

4. A FASE INVESTIGATIVA NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A interação entre direitos fundamentais e democracia passou a ser a principal característica do constitucionalismo contemporâneo, fundando-se nas premissas da legitimidade do exercício do poder político pelo povo e na limitação do poder estatal pelas normas jurídicas do Estado de Direito[35].

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 estabeleceu garantias processuais em face do exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos, inclusive aos setores jurisdicional, administrativo ou legislativo, tudo isso com a finalidade de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões estatais[36].

---

[32] Winter, Lorena Bachmaier. Acusatorio *versus* inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. *In:* Winter, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 36.

[33] Silvério Júnior, João Porto. *Opinio delicti*. 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009. p. 143.

[34] Na Câmara dos Deputados, tal projeto tramita sob o número 8.045/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 26 de abril de 2012.

[35] Brêtas, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 54.

[36] Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático:* uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 209.

Com base nessa ideia, Italo Andolina e Giuseppe Vignera[37] propuseram uma noção de modelo constitucional de processo que fosse baseada nos princípios constitucionais processuais[38]. Trata-se de uma base principiológica constitucional, cujos pontos de referência são o princípio do contraditório, o da ampla argumentação, o da fundamentação das decisões e o da participação de um terceiro imparcial. No modelo constitucional de processo tais princípios são codependentes e a observação de um princípio é condição para o respeito aos demais. Embora o modelo seja único, sua tipologia é plúrima, o que, longe de ser uma contradição, vai constituir a ideia de que existe um só paradigma constitucional de processo que irá fundamentar uma pluralidade de microssistemas processuais.

A análise se fundamenta, tendo em vista as características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade do modelo constitucional[39]. Assim, a expansividade garantirá idoneidade para que a norma processual seja conformada ao modelo geral de processo baseado na Constituição, expandindo-se para a criação de microssistemas; a variabilidade, por sua vez, permite que a norma processual assuma formas diversas, especializando-se de acordo com as características específicas de cada microssistema, mas sempre respeitando o modelo constitucional; por fim, a perfectibilidade designa a possibilidade de cada microssistema processual aperfeiçoar-se por meio da criação de novos institutos e procedimentos através do devido processo legislativo.

Dessa forma, o processo penal vai se constituir em um "microssistema" com características próprias, mas sempre respeitando o "esquema geral de processo".

Logo, o microssistema do processo penal tem especificidades diante dos direitos fundamentais a que visa [a] garantir. Desse modo, a base principiológica uníssona, consolidada pelo contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e o terceiro imparcial, precisa ser interpretada sem desconsiderar o princípio constitucional da presunção de inocência e a garantia das liberdades individuais dos sujeitos, justamente em virtudes das características do próprio modelo, que são a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade[40].

---

[37] Andolina, Italo & Vignera, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile:* Il modello costituzionale del processo civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 7-11.

[38] Embora a análise de Andolina & Vignera dirija-se, especificamente, ao processo civil italiano, suas reflexões teóricas podem ser compreendidas sob a perspectiva de uma teoria geral de processo fundamentada nos princípios constitucionais processuais, o que permite sua aplicabilidade ao processo penal.

[39] Andolina, Italo & Vignera, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile:* Il modello costituzionale del processo civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 9.

[40] Barros, Flaviane de Magalhães; Machado, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares:* nova reforma do processo penal – Lei n. 12.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 19.

O "microssistema processual penal" deve ser pensado sob a ótica da principiologia constitucional, o que implica criar institutos, teorias e procedimentos que sejam constitucionalmente adequados, inclusive na investigação criminal. Não obstante, parece que a incidência dos princípios constitucionais na fase investigativa ainda não vem sendo devidamente compreendida.

No que toca ao princípio da fundamentação das decisões, Fauzi Hassan Choukr[41] denunciou um "completo esvaziamento do preceito constitucional motivador das decisões na esfera investigativa". Ora, seja no momento da instauração, seja na condução ou no arquivamento da investigação criminal, a aplicação do princípio da fundamentação é uma necessidade. Seu fim é o controle do ato, possibilitando fiscalizar os reais motivos que levaram o agente estatal a tomar uma decisão na fase investigativa.

Instauração da investigação, indiciamento, promoção de medidas cautelares: esses são só alguns exemplos de restrições de direitos fundamentais que não se sustentam no uso do poder discricionário, sob pena da nulidade do ato. Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, "não havendo elementos que o justifiquem, constitui constrangimento ilegal o ato de indiciamento em inquérito policial"[42].

Já o princípio da ampla argumentação é uma releitura da ampla defesa, e tem por corolário o direito à prova, à assistência de um advogado e à possibilidade que o réu ou o investigado dispõe de reconstruir o caso concreto, discutindo-se as interpretações e normas mais adequadas àquele fato.

A ampla argumentação como garantia das partes, e não como um direito subjetivo de uma parte, compreende a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço reconstrutivo dos argumentos do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas. (...) na defesa de uma teoria da argumentação jurídica deve-se pretender a reconstrução da situação por meio de sua descrição de forma completa, a fim de se garantir a argumentação e aplicação das diversas formas *prima facie* aplicáveis[43].

---

[41] Choukr, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 164.

[42] Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85.541-5. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julg. 22.04.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542885> Acesso em: 5 de outubro de 2011.

[43] Barros, Flaviane de Magalhães & Machado, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares:* nova reforma do processo penal – Lei n. 12.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 24.

Sob tal expectativa, pode-se dizer que o princípio da ampla argumentação foi previsto nos artigos 3º e 11 do Projeto de Lei n. 156/2009 (novo Código de Processo Penal), garantindo-se a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais do processo penal, inclusive com o acesso a todo material já produzido na investigação, ressalvando-se as diligências em andamento.

Imparcialidade não significa neutralidade, pois esta última se relaciona com a pessoa do julgador, seus conceitos pessoais e sua visão de mundo, o que é impossível de lhe ser extraído. A imparcialidade mais se liga à noção de impessoalidade e deve ser garantida pelo "afastamento das hipóteses de impedimento e suspeição, bem como, e principalmente, pela exigência do esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão presente na fundamentação"[44].

O princípio do terceiro imparcial combate a discricionariedade e o subjetivismo do agente estatal na tomada de decisões. Evidentemente que isso se aplica ao campo da investigação criminal na qual se espera impessoalidade de quem a conduz, a fim de apurar o caso concreto. Deve-se frisar que o importante é o esclarecimento do fato, ainda que isso signifique concluir pela sua atipicidade ou pela inexistência do crime através da incidência das causas de exclusão da ilicitude ou eximentes de culpabilidade.

No modelo constitucional de processo, as decisões na fase investigativa só podem ocorrer por meio de um "agente legítimo", dentro de um procedimento formalizado no qual sejam respeitados direitos fundamentais do investigado, possibilitando a ele, "oportunamente", participar da construção do provimento final obtido na fase investigativa, bem como possa fiscalizar os atos estatais, ainda que em momento posterior à sua realização[45].

O esclarecimento desse ponto torna-se importante diante da constatação da "banalização" da investigação. Sabe-se que, atualmente, diversos órgãos estatais vêm realizando investigações criminais, em que pese não terem atribuições legais para isso. Polícia Militar, Agência Brasileira de Inteligência, agentes do sistema penitenciário e até mesmo as Guardas Municipais vêm realizando investigações criminais fora de suas atribuições[46] em prejuízo a direitos e garantias fundamentais.

---

[44] Barros, Flaviane de Magalhães & Machado, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares:* nova reforma do processo penal – Lei n. 12.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 25.

[45] Winter, Lorena Bachmaier. Acusatorio *versus* inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. *In:* Winter, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 34-37.

[46] Ressalvam-se os processos administrativos (sindicâncias), bem como o inquérito policial militar.

Esse desvio de função, típico de um Estado policial, reacende a importância de estabelecer uma noção constitucionalmente adequada da fase investigativa. Essa advertência vale principalmente para os países latino-americanos, onde os órgãos de segurança pública exercem um controle social militarizado e verticalizado que vai além da repressão, constituindo-se em instrumentos configuradores da vida social[47].

Ressalte-se que o desenvolvimento de novas tecnologias aplicadas à investigação afeta diretamente os direitos fundamentais atinentes à intimidade e à privacidade. No campo das telecomunicações, por exemplo, atualmente é possível o acesso à localização do portador de um telefone celular (*Positionsdate*), bem como refazer a trajetória de seus movimentos (*Bewegungsbilder*), tudo isso em tempo real[48]. O mesmo acontece com os dispositivos de radiofrequência, *tags* GPS e os *beepers*, os quais permitem a videovigilância e o monitoramento do indivíduo, permanentemente[49].

No Brasil, mesmo com a Lei n. 9.472/1997 limitando os agentes autorizados a proceder à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática, telemática e telefônica, colhem-se na jurisprudência acórdãos permitindo sua realização por pessoas não legitimadas. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça[50], no recurso ordinário em *Habeas Corpus* n. 9.585, publicado no dia 12 de março de 2001, reconheceu a atribuição investigativa à Polícia Militar nos casos de crimes comuns, inclusive para que policiais militares realizassem a interceptação telefônica.

Esse fato é relevante porque, no ano de 2009, no julgamento do caso "Escher e outros *vs*. Brasil", a Corte Interamericana de Direitos Humanos[51] condenou o Estado brasileiro em razão da violação a direitos fundamentais relacionados à privacidade, exatamente por permitir que policiais militares procedessem à interceptação telefônica, ainda que estivessem judicialmente autorizados. Não

---

[47] Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. 5ª reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 27.

[48] Andrade, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (*Plädoyer* para uma teoria geral). *In:* Bonato, Gilson (org.). *Processo penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 537.

[49] Garibaldi, Gustavo E. L. Efeitos da videovigilância e outras técnicas de rastreamento de pessoas. Prevenção ou sofisticada modalidade de aumento da repressão seletiva? *In:* Bonato, Gilson (org.). *Processo penal, Constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 367.

[50] Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 9585. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200000111112>. Acesso em: 28 de outubro de 2011.

[51] Costa Rica. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Escher e Outros vs. Brasil*. Julg. 06.07.2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em: 5 de outubro de 2011.

obstante, segue-se permitindo a "banalização" da investigação criminal por agentes estatais que não têm legitimidade para tanto[52].

Reconhecer a dignidade humana e respeitar os direitos fundamentais são pressupostos para a democracia constitucional. No microssistema do processo penal, a fase investigativa também deve ser interpretada como fator de garantia daqueles direitos. Caso contrário, afirmou Francisco Muñoz Conde[53], seria admitir o desmantelamento do Estado de Direito, cujo ordenamento jurídico converter-se-ia em puro aparato tecnocrático ou funcional, a serviço de quem tem força suficiente para sua imposição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Democrático de Direito, não se admite que o investigado seja considerado simples objeto da atuação estatal, tampouco que a eficácia da investigação criminal seja obtida mediante a flexibilização de direitos e garantias constitucionais. Nesse sentido, a análise da legitimidade da intervenção criminal passa pela concepção de processo enquanto procedimento em contraditório, possibilitando que os destinatários do provimento estatal participem de sua construção, seja na fase investigativa, seja na fase jurisdicional. Portanto, torna-se necessário fazer uma releitura da investigação criminal sob uma perspectiva democrática na qual a pessoa é considerada titular de direitos, estabelecendo-se critérios e limites bem definidos para a instauração, condução e conclusão da fase investigativa, conforme a base principiológica do modelo constitucional de processo.

[52] Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Criminal n. 1.0223.09.283954-5/001, entendeu que o "fato de a Polícia Militar ter procedido às interceptações telefônicas após autorização judicial não induz à sua nulidade", salientando, ainda, que a "degravação das escutas telefônicas prescinde da atuação de peritos". Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=223&ano=9&txt_processo=283954&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=interceptaçãotelefônicapolíciamilitar&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 4 de outubro de 2011.

[53] Conde, Francisco Muñoz. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. 2. ed. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 77.

6. REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ANDOLINA, Italo & VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile:* Il modello costituzionale del processo civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (*Plädoyer* para uma teoria geral). *In:* BONATO, Gilson (org.). *Processo penal, Constituição e crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARBOSA, Manoel Messias. *Inquérito policial*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães & MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares:* nova reforma do processo penal – Lei n. 12.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.* Buenos Aires: Librería El Foro, 2008.

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

CONDE, Francisco Muñoz. *De nuevo sobre el "Derecho Penal del enemigo"*. 2. ed. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal.* Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale.* VIII Edizione. Padova: Cedam, 1996.

GARIBALDI, Gustavo E. L. Efeitos da videovigilância e outras técnicas de rastreamento de pessoas. Prevenção ou sofisticada modalidade de aumento da repressão seletiva? *In:* BONATO, Gilson (org.). *Processo penal, Constituição e crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa & DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez:* sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 6. ed. Madrid: Trotta, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do inimigo.* 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MUCCIO, Hidejalma. *Inquérito policial.* 2. ed. rev., amp. e atual. Jaú: HM, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático:* uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro & GOMES, Luiz Flávio (coords.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.

_____. *Tiempos de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. *Opinio delicti.* 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal.* 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio *versus* inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. *In:* WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios.* Madrid: Marcial Pons, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas.* 5ª reimpresión. Buenos Aires: Ediar, 2009.