

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**O ATO DE INDICIAMENTO NÃO JUSTIFICADO E O ABUSO DE
AUTORIDADE**

Heitor Bernardes Rodrigues Pucci

Rio de janeiro, 2016

HEITOR BERNARDES RODRIGUES PUCCI

**O ATO DE INDICIAMENTO NÃO JUSTIFICADO E O ABUSO DE
AUTORIDADE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Thiago Minagé.**

Rio de Janeiro, 2016

CIP - Catalogação na Publicação

977a Pucci , Heitor Bernardes Rodrigues
O ato de indiciamento não justificado e o
Abuso de Autoridade / Heitor Bernardes Rodrigues
Pucci . -- Rio de Janeiro, 2016.
106 f.

Orientador: Thiago Minagé.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Abuso de Autoridade . 2. Inquérito Policial
. 3. Indiciamento policial. 4. Sistema Penal
Brasileiro. I. Minagé, Thiago , orient. II. Título.

CDD: 341.55173

AGRADECIMENTOS

À minha família, meus pais e meus avós, pelo apoio sem fim que sempre tive. Ao meu irmão Bruno, pela parceria ao longo de nossas vidas. A minha atual namorada Marcelle, sem a qual não saberia como passar por momentos pelos quais passei.

A valorização dada ao estudo pela minha família sempre foi, e ainda é, algo ininterrupto. A preocupação, a ansiedade, o desgaste e todos os sacrifícios realizados por meus pais, para que eu e meu irmão chegássemos onde chegamos, é algo pelo qual sempre irei agradecer.

Por mais que em alguns momentos vieram a atrapalhar, continuavam sempre a me impulsionar para frente. Nunca para trás. E em todos os momentos de fraqueza, de vontades diversas de desistir, foi por todos eles que continuei. Meu maior almejo não é a aprovação em nada. Mas o orgulho de todos por mim.

À meu orientador, Prof. Dr. Thiago M. Minagé. Deixo aqui meu sincero agradecimento, por aceitar me conduzir e me orientar neste tema. Por me ajudar a seguir o rumo correto para a conclusão desta Monografia, e assim fazer parte da história da minha formação acadêmica.

Por fim, às minhas amigas e companheiras de longos cinco anos da Faculdade Nacional de Direito, Marina de Paula e Beatriz Dornelas, sem as quais a faculdade foi no mínimo mais alegre e divertida. E a todos os meus amigos, que por diversas vezes troquei por dias em casa. E que hoje ainda se encontram ao meu lado. Acredito que ainda os deixarei muito de lado, mas por uma boa causa, que serão os meus objetivos. Mas saibam que para mim serão eternos, independentemente de tempo ou distância.

**"The Only Easy Day,
Was Yesterday"**

(U.S.A Navy Seals)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar, de forma sucinta, uma abordagem explicativa e conscientizadora a respeito do processo penal brasileiro, ao abordar a matéria referente ao Sistema Penal Brasileiro atual, dito acusatório; O inquérito policial, por meio do qual realizamos achar respostas para eventuais crimes cometidos em território nacional; E, por fim, do indiciamento e do abuso de autoridade por parte da autoridade policial titular do inquérito: O delegado de polícia. Dessa forma, será feita correlação entre o que se passa no âmbito penal brasileiro, que nos leva praticar dentro de nosso ordenamento a prática de alguns atos capazes de serem considerados como abusos de autoridade e que quebram a cadeia democrática que deveria ser mais resistente dentro do sistema penal brasileiro. Uma vez que o indiciamento mal fundamentado irá gerar toda uma ignição na engrenagem estatal, e ao mesmo tempo uma alteração significativa da imagem do indivíduo, no meio social em que este se encontrava. Por conta disso, devemos considerar o indiciamento não devidamente fundamentado como um ato passível de ser tido como abuso de autoridade? Punível, de acordo com a gravidade do caso, como crime de abuso de autoridade?

Palavras-Chaves: Indiciamento Policial; Abuso de Autoridade; Sistema Penal Brasileiro; Sistema Penal Acusatório; Sistema Penal Inquisitório; Inquérito Policial.

ABSTRACT

The present work looks forward to present, in a succinct way, an explanatory and conscientious approach about the Brazilian Criminal Procedure, when approaching a matter related to the current Brazilian Penal System, said Accusatory System; The police investigation, through qualitative achievements for crimes committed in national territory; And, finally, the indictment and the abuse of authority committed by the titular authority of the police investigation: The police Delegate. Thereby, it will be made a correlation between what is happening in the Brazilian criminal sphere, that lead us to commit in our order acts capable to be consider as a kind of abuse of authority, that break the democratic chain that should be more resistant within our Brazilian Penal System. Once the badly reasoned indictment will generate an ignition in the state gear, and at the same time a significant change of the image that society sees the individual, in the society that he lives. For this reason, should we consider the not properly grounded indictment as one act that could be regarded as an abuse of authority? Punishable, according to the gravity of the case, as a crime of abuse of authority?

Key-Words: Police Indictment; Abuse of Authority; Brazilian Penal System; Accusatory Penal System; Inquisitor Penal System; Police Investigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO	5
1.1 Contexto histórico.....	5
1.2 O sistema penal inquisitório.....	8
1.3 O sistema acusatório	24
1.4 O duelo entre os sistemas acusatório e inquisitório	34
CAPÍTULO 2 - O INQUÉRITO POLICIAL.....	41
2.1 Conceito, finalidade e natureza jurídica.....	41
2.2 Características do inquérito policial.....	44
2.3 Da instauração do inquérito	52
2.4 Instauração do inquérito policial através das prisões em flagrante.....	54
2.5 Dos tipos de flagrante	57
2.6 Prazo, duração e arquivamento do inquérito policial.....	59
2.7 Do arquivamento do inquérito policial	64
CAPÍTULO 3 - DO ABUSO DE AUTORIDADE E O ATO DE INDICIAMENTO	72
3.1 Do conceito e dos crimes de abuso de autoridade	72
3.1 O indiciamento do delegado de polícia.....	81
3.2 Espécies de indiciamento.....	84
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99

INTRODUÇÃO

Atualmente o Estado é o responsável por resguardar a sociedade de seus conflitos em geral. Sua criação foi necessária exatamente por conta desses conflitos, por meio de um "contrato social", sendo este uma promessa de não permitir que o estado de natureza do homem existisse novamente. Dessa forma o Estado passou a ser responsável por resguardar as liberdades dos indivíduos, e estes aceitaram ser resguardados, tendo em contra partida a promoção de uma segurança social.¹

A conjuntura geral de nosso país por si só já se revela ser de um local de constantes conflitos. E dentre tantos, em grande maioria, a polícia brasileira é responsável por cuidar dos mesmos. Contudo, não é preciso ser expertise para perceber que há um grande despreparo por parte de nossas forças policíacas. Tanto das militares, quanto das jurídicas.

A polícia judiciária, como é o caso das polícias civil e federal, estas encontram papel importante dentro do âmbito jurídico dos estados e da União. Vez que serão a espoleta responsável pela ignição de toda a máquina investigativa e jurídica do estado. E assim são quem darão os passos iniciais para se promover uma investigação policial por meio do inquérito. E posteriormente, sendo este conclusivo da existência de um ato ilícito, antijurídico, punível e culpável, darão então o pontapé para que o processo judicial ocorra.

Entretanto, este processo de ignição da máquina do Estado, muitas vezes se encontra com falhas em suas engrenagens, por assim dizer. E estas muitas vezes comprometem a já mencionada segurança jurídica que o Estado se dispôs a garantir para a sociedade. E é sobre essas falhas que a presente dissertação pretende tratar sobre.

Inicialmente será tratado sobre o atual sistema penal brasileiro. O qual possui resquícios de um sistema ultrapassado. Sistema esse conhecido como o Sistema Penal

¹ CABRAL, João Francisco Pereira. "Hobbes e o estado de natureza"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/filosofia/hobbes-estado-natureza.htm>>. 01 de Setembro de 2016.

Inquisitorial. No qual, quando há a persecução de um crime, as autoridades, tanto jurídicas quanto policiais, voltam seus esforços em busca de revelar um culpado, e não necessariamente uma verdade, um resultado justo para ambas as partes envolvidas.

E muitas vezes é o que vemos ocorrer nos dias de hoje, no cotidiano do judiciário brasileiro. Há maior ansiedade de se punir, do que de julgar e realmente resolver os fatos, em busca da verdade. Verdade esta que deixou de significar justiça. Onde hoje justiça significa, muitas vezes, uma camuflagem para a palavra Vingança.

Inclusive, uma grande causadora dessa alteração de valores se dá graças a influência da mídia no mundo criminal brasileiro. Esta "ajuda" de maneira negativa a forma como nosso sistema jurídico penal atua, muitas vezes fazendo com que se deixe levar pela grande visualização popular, e pela "cobrança" de muitas pessoas que passam a considerar o fato inaceitável, muitas vezes sem terem um mínimo de conhecimento jurídico e penal para tal.

Atualmente, a grande maioria das notícias em telejornais brasileiros do cotidiano, dá destaque para crimes que ocorrem em diversos estados. Claramente, um dos papéis do noticiário, se não o mais óbvio, é passar informações diversas para o povo. Contudo, a grande ênfase em notícias criminais muitas vezes acaba por dar maior audiência para a solução do caso do que deveria, caso não houvesse tanta repercussão.

Não raramente, por conta desse aumento de audiência, julgar um simples caso de homicídio culposo, se torna uma difícil tarefa para um advogado de defesa. Que se percebe diante de denúncias mirabolantes realizadas pelo Ministério público. Uma vez que por conta de todo um envolvimento emocional popular com o caso, o Estado se vê pressionado a dar

uma resposta à altura desse envolvimento populacional, da opinião pública². O que em tese, não deveria acontecer.

Justiça, então, passou a ser considerado sinônimo, não declaradamente, de vingança. Muitas vezes, não se busca achar a verdade, mas sim um acusado, que logo se tornará réu e, por conseguinte, condenado. E, não suficiente, provavelmente respondendo por muito mais do que realmente ocorreu.

A crítica não está sendo feita, nem deve ser, em relação à mídia e sua forma de atuação na atualidade. Mas sim sobre a influência que esta vem causando no judiciário brasileiro. Uma vez que nossa Constituição se mostra inclinada pela busca da democracia e da garantia de direitos fundamentais, o Estado precisa firmar seus pés no chão, e cumprir este dever, independente de qualquer tipo de influência. Mesmo que vá de encontro, e contra, à "opinião pública".

Tendo em vista que o sistema acusatório visa garantir direitos e garantias individuais³, esta garantia se dá para ambas as partes: Réu (Acusado) e Estado (Uma vez que este defende os interesses da Sociedade). E uma vez que estas garantias são dadas ao réu (ou deveriam ser), não há possibilidade de que haja intervenções externas no mundo jurídico. Como por exemplo, o caso da mídia e sua ampla divulgação e publicização dos casos. Tornando-os mais midiáticos do que deveriam.

Em segundo lugar, o inquérito policial brasileiro e o indiciamento policial.

² CASARA, Rubens. "Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública?" Justificando. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opinio-publica>>. 12/03/16. Acessado em: 3 de Outubro de 2016.

³ SOUZA, Danielle de Andrade e Silva. "A Investigação Preliminar nos Delitos de Competência Originária de Tribunais". 2009. 329 Páginas. Tese de Doutorado - Faculdade de direito da universidade de São Paulo, São Paulo.

E finalmente, a conceituação de um abuso de autoridade, cometido exatamente por parte da autoridade policial, uma vez que o inquérito não foi suficiente para se iniciar a máquina penal brasileira, mas ainda assim, o faz.

CAPÍTULO 1 - O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO

1.1 Contexto histórico

Não se trata de falar sobre de onde surgiram os sistemas penais, ou qual a história de cada um deles, de onde surgiram, quem os propagou. Mas sim qual foi o escolhido para ser adotado pelo sistema jurídico penal brasileiro, e porque dessa escolha? Na verdade, o termo correto deveria ser de sistema "adotado", uma vez que ao longo do tempo, princípios e pensamentos foram moldados e alterados até então chegarmos no que temos hoje como o Estado Democrático do Direito Brasileiro e então, daí em diante, foram-se espalhando as devidas raízes de influência desse estado.

Existem autores inclusive, que preferem buscar superar a ideia de que um sistema penal foi adotado. Uma vez que em diversas fontes do direito, encontramos antigo conflito entre o sistema penal Inquisitório e o sistema penal Acusatório.

"Vivemos em um Estado de direito", expressão da qual todos já ouvimos falar, mas nem sempre todos sabem seu real significado. Muito simples. Quer dizer, um estado de garantias, onde cada indivíduo é assegurado de ter o seu direito protegido, sempre que um direito alheio, ou seja, de outra pessoa, vier a interferir no seu. Vindo a lhe causar algum problema, dano ou prejuízos. E dessa forma o Estado está autorizado a agir em nome do bem social comum.

E esse Estado no qual vivemos, não se encerra na expressão "de direito", mas se baseia em direitos resguardados por uma palavra chave, muitas vezes esquecida pelo próprio governo: DEMOCRACIA.

Uma vez que o Estado está garantindo o seu direito hoje, significa dizer que ele também poderá (e irá) garantir o direito de seu "agressor" em algum momento.

Dessa forma, inclusive, no próprio texto constitucional, podemos de forma prática perceber a busca por essa democracia de forma simples. Em seus artigos 1º, inciso III e 3º, incisos I e IV⁴:

"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;"

E 3º:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Assim sendo, o estado democrático de direito brasileiro, por assim dizer, em sintonia com esses "parâmetros" adotados, com objetivos de proteção do indivíduo, busca a construção e a manutenção de uma sociedade democrática. Onde cada indivíduo pode ter acesso a seus direitos, que terão capacidade de proporcionar condições compatíveis para seu desenvolvimento e garantia de sua dignidade, e conseqüentemente buscar com que esse indivíduo se desenvolva. Conseguindo então se tornar uma pessoa apta e condizente para se viver em sociedade e continuar gerando essa harmonia, podendo contribuir para que a sociedade cresça cada vez melhor.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Desse ponto de vista altruístico, parece tudo muito bonito. Mas e no âmbito penal brasileiro?

Então, qual é a finalidade do sistema penal brasileiro? O mesmo que a Constituição. A democracia.

Significa dizer que o sistema processual penal deve busca assegurar a democracia, sendo mais um instrumento da constituição para se assegurar a liberdade do indivíduo. E a garantia dessa liberdade se faz através da noção de que o direito processual penal é, logicamente, uma forma de materializar os direitos e garantias fundamentais individuais. A materialização da democracia se dá a partir do momento em que se busca firmar ao máximo a aplicação dos direitos e garantias fundamentais individuais.

Assim sendo, podemos ver que o próprio texto constitucional mostra seu posicionamento em prol da defesa dessa democracia. Seu artigo 5º permite esta afirmação. Nele encontramos cinco previsões simples do nosso sistema democrático: O Devido Processo Legal⁵, Contraditório e Ampla defesa⁶, Inadmissibilidade das provas por meios Ilícitos⁷ e, o Princípio da Inocência⁸.

Graças a estes cinco institutos, podemos identificar que o texto constitucional se volta à proteção de direitos e garantias fundamentais, para que sejam tutelados com máxima prioridade. E penalmente falando, podemos compreender que assegurar a democracia significa então ter a liberdade do indivíduo como regra. E em contra partida, como exceção, a privação de sua liberdade.

⁵ CRFB, 88 Art. 5º, LIV "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"

⁶ CRFB, 88, Art 5º, LV "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

⁷ CRFB, 88, Art 5º, LVI "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos."

⁸ CRFB, 88, Art 5º, LVII "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

1.2 O sistema penal inquisitório

Antes então de se tratar do sistema acusatório, é necessário entender de onde ele provém. É claro que sua origem não advém do sistema inquisitorial, uma vez que este foi aos poucos, com o passar do tempo e com a mudança de costumes, entendimentos e ideias do que realmente se era entendido como Direito, e o desenvolvimento da democracia, acabou sendo substituído pelo sistema acusatório. Pelo menos, tendo uma visão otimista.

O sistema inquisitório tem origem, segundo o Professor Thiago Minagé⁹ no sistema inquisitivo da antiga Santa Inquisição. Realizado pelo Tribunal Eclesiástico. A Santa Inquisição, ou também conhecida como Inquisição, foi uma espécie de tribunal religioso criado na Idade Média que tinha como finalidade a investigação e punição dos hereges, pelos membros do Clero.

Alexandre Morais da Rosa¹⁰ ainda complementa com as explicações de Franco Cordero¹¹. O modelo inquisitório se desenvolveu exatamente atendendo aos interesses da Igreja e de quem comandava a sociedade, em face da expansão econômica, exigindo que o poder repressivo fosse centralizado, com atuação ex officio, independentemente da manifestação do lesionado.

Para Aury Lopes Jr.¹², o sistema inquisitório surgiu com transformações ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório foi aos poucos sendo substituído pelo inquisitório. Para ele, essa substituição foi resultado da conclusão, à época, de que a

⁹ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 59.

¹⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág. 149.

¹¹ CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, v. 1, p. 16-90.

¹² LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª ed. Lumen Juris, 2006, pág. 166.

persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos de particulares, pois isso comprometeria a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria ser exercida pelo Estado, conforme os limites da legalidade.

"O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador."

Dessa forma, as mudanças começaram com a possibilidade de um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito. Posteriormente os poderes do magistrado foram invadindo cada vez mais a esfera de acusadores privados, até que se chegou ao ponto em que as três atribuições se reuniam em um mesmo órgão estatal.

No sistema inquisitivo, o Juiz era quem detinha as funções de Acusar, Julgar e Defender o investigado, simultaneamente. Nesse passo, o acusado não se tratava de mero objeto do processo. E o ponto balizar deste sistema era o poder do juiz de produção e condução das provas.

No sistema Inquisitório, segundo Alexandre Morais da Rosa¹³, vigorava o princípio Inquisitivo, enquanto que no Acusatório, vigorava o Princípio Dispositivo. Sendo o critério identificador a gestão da prova.

"No modelo Inquisitório o juiz congrega, em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção, enquanto no acusatório essa responsabilidade é dos *jogadores* (se referindo às partes do processo), sem que possa promover sua produção. De outra face, no Inquisitório a liberdade do condutor do feito na sua produção é

¹³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 149.

praticamente absoluta, no tempo em que no acusatório a regulamentação é precisa, evitando que o juiz se arvore num papel que não é seu."

Os Professores Thiago e Alexandre morais da Rosa, em suas obras, enumeram as características mais marcantes de cada sistema, colocando-os em comparação lado a lado, como segue a tabela abaixo.

Inquisitório	Acusatório
O julgador é Permanente.	O julgador é uma assembléia ou corpo de jurados.
Não há igualdade entre as partes, já que o juiz investiga, dirige, acusa e julga, em posição de superioridade sobre o acusado. Sendo este mero Objeto do processo.	Há igualdade entre as partes, sendo o juiz um árbitro sem iniciativa investigatória. E o réu, sujeito de direitos.
O processo é sigiloso, sem direito ao contraditório e à ampla defesa.	O processo é público, com exceções previstas em lei, assim como o contraditório e a ampla defesa, devido processo legal, e demais princípios limitadores do poder punitivo.
A prova é legalmente tarifada ou pré-concebida.	A análise da prova se dá pela livre convicção motivada. Não possuindo valores pré-estabelecidos.
Há a presunção de Culpa do Réu até que se prove o contrário.	Há a presunção de inocência do acusado.
Quem deve provar a inocência do acusado, é o próprio acusado.	A obrigação de se provar a culpa é de quem acusa, sendo mera faculdade do acusado de se produzir provas em seu favor.
O julgador atua ex officio.	Inércia do Órgão Julgador.
O julgador é gestor das provas	As partes são gestoras das provas.

Ou seja, existem grandes diferenças entre os dois sistemas, uma vez que um busca explicitamente a defesa do indivíduo como um ser vivo, protegido por direitos e deveres. Enquanto no outro, este mesmo indivíduo não é nem considerado como parte integrante do processo, mas sim mero objeto do processo em que se encontra, ou será, submetido.

Então, inicialmente, no sistema inquisitório, a Inércia do julgador não se faz presente. O que se tem é uma vigência da atividade jurisdicional. Inclusive por haver a confusão entre as atividades de julgar e acusar. Logo, a sua iniciativa para prestação jurisdicional, pode partir do próprio órgão.

E nesse contexto, segundo Aury Lopes Jr¹⁴, o primeiro passo das inquisições religiosas, foi exatamente o abandono do princípio da inércia. Também identificado pelo brocardo romano "Ne procedat iudex ex officio."

Enquanto que no sistema da acusatoriedade existe a chamada reserva legal¹⁵, conforme se extrai do artigo 1º do Código Penal, e também do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, a estrita legalidade, pré-contextualizada, enquanto no sistema inquisitorial, não existiam limites penais objetivados, uma vez que nem sempre existia e se era exigido a reserva legal.

Isso significa dizer que a criminalização de determinados atos ocorriam exatamente da vontade, oportunidade, do estado de criminalizar uma situação. Sendo algo de sua conveniência, não haverá limitações para impedir que determinado ato ou fato seja imputado como ilegal de acordo com o Estado. Ou seja, pode-se dizer que não havia limites objetivos

¹⁴ LOPES, Aury Jr. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 170.

¹⁵ MINAGÉ, Thiago. *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição*. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 70.

para a criminalização. É o caso da justificativa utilizada pela Igreja, para que se pudesse justificar a perseguição dos chamados hereges¹⁶.

Se não existe limite objetivo para a criminalização no sistema inquisitório, conjuntamente, via de regra, não existe uma limitação subjetiva sobre a responsabilidade penal. Significa dizer que aquele que será punido, não necessariamente será o único atingido pela punição.

Esta característica se remete diretamente, e em contra partida, ao atual princípio constitucional, adotado pela nossa CF. O Princípio da Pessoalidade¹⁷ (ou, Pessoalidade da Pena, ou Responsabilidade da Pena).

No sistema Inquisitorial, temo uma certeza de PRESUNÇÃO DE CULPA do acusado. O estado de inocência não é regra, mas sim exceção. Dessa forma, essa presunção de culpabilidade sobre o indivíduo gera consequentemente a lógica de produção das provas no sistema inquisitório.

O professor Thiago Minagé¹⁸, em sua obra, destaca algumas características importantes do sistema inquisitório, sendo uma delas a detenção pelo juiz da reunião das funções de acusar, julgar e defender o investigado. E a outra, como característica fundadora do sistema o fato do juiz ser quem produz e conduz as provas (Microsistema de produção da prova pelo Presidencialismo Probatório).

"Assim, pode-se dizer que o sistema inquisitório, (...) desde o início orientado pelo princípio inquisitivo, a gestão da prova é concentrada essencialmente ao magistrado que, em linhas gerais, a produzir de forma restrita, sendo que a vantagem (aparente) de tal estrutura residiria no fato de que o juiz poderia mais fácil e amplamente

¹⁶ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 59.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). CRFB. Brasília, DF, Senado, 1998. Artigo 5º, XLV.

¹⁸ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, 2016, pág 59.

informar-se sobre a verdade dos fatos, de todos os fatos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases.¹⁹"

Inicialmente, o ÔNUS DA PROVA, este é dado por completo para o acusado. Este tem integralmente ou parcialmente o ônus de provar sua inocência. Não se trata de faculdade dada a ele, mas sim uma obrigação imposta.

Uma vez que, o próprio sistema tem como base a presunção de culpabilidade do indivíduo, qual opção lhe resta se não se "defender", buscando provar o contrário do que lhe é acusado? A desconstrução da acusação deve ser integralmente ou parcialmente feita por ele.

E entregando esse ônus para o acusado, mesmo que de forma parcial, da mesma forma, estamos diante de um sistema inquisitorial. Pois quando se faz com que o sujeito tenha qualquer percentual de obrigação em se auto defender, seja produzindo provas a seu favor ou até mesmo desconstruindo provas alegadas contra ele, estará havendo a oneração do acusado de se defender de um jeito ou de outro. Dessa forma, ocorrerá um choque com o ônus probatório do sistema Acusatório. O qual entrega a totalidade do ônus da prova para quem acusa, e a FACULDADE de desconstrução, por parte do acusado.

Há também que se falar, sobre o critério de VALORAÇÃO da prova. No caso do sistema inquisitório, a prova, via de regra, tem o seu valor Pré-constituído. Sendo então chamado de microssistema da prova Legal ou Tarifada²⁰ presente no sistema inquisitório. Dando margem, inclusive, para que algumas provas tenham valor absoluto contra o acusado.

Segundo Eugênio Pacelli, este sistema de VALORAÇÃO DA PROVA instituiu um modelo rígido de apreciação da prova. E este modelo, além de estabelecer certos meios de

¹⁹ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, 2016, pág 63.

²⁰ PACHELLI, Eugênio. CURSO DE PROCESSO PENAL. 18ª Ed. Atlas, 2014, página 340. / MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 150.

prova para determinados delitos, também determinava um valor a cada prova antes do julgamento. Dessa forma, o julgador procedia a uma valoração prévia, dando a cada prova um valor fixo e imutável.

Isso significa, como já dito anteriormente, que no microsistema da prova legal ou tarifada, o valor da prova já está pré-constituído. Enquanto que na acusatoriedade a prova se dá necessariamente por uma reconstrução histórica informativa dos fatos, na inquisitoriedade, encontramos valores vinculados a testes de natureza corporal, resistência, testes de adequação material. Um simples exemplo da época inquisitiva da igreja católica, em busca de desvendar a culpabilidade da pessoa, ou sua inocência, era a aplicação do sistema das Ordálias.

A ordália²¹, em termos gerais, é um tipo de prova judicial também conhecida como “Juízo de Deus”, que serve para determinar a culpa ou inocência do acusado por meio de experiências com elementos naturais. É aplicada dentro de um contexto solene e religioso, utilizando fogo, água ou ingestão de substâncias.

O resultado é considerado como prova de intervenção divina e aceito de forma praticamente unânime dentro da comunidade. Apesar de ser conhecido pelo grande público como um fenômeno restrito à Idade Média, esse tipo de procedimento teve o primeiro registro na Antiguidade, na região da Mesopotâmia, e ainda é utilizado hoje em dia em alguns países africanos e asiáticos.

Deus, sendo poderoso e justo, não permitiria que ninguém sofresse qualquer tipo de injustiça. Dessa forma, jogar uma pessoa no rio, amarrada a uma pedra, se fosse inocente, as águas do rio limpariam sua alma e então ela iria para o céu. Entretanto, se ela conseguisse se soltar e voltar a superfície, significaria que ela era culpada, tendo como pena sofrimento para purificar sua alma.

²¹ DIDIER, Tiago. A Ingestão de Veneno como Meio de Prova na Atual Libéria ou Sassywood: A ordália como meio de prova atual na Libéria - Parte 1. Empório do Direito, 2016.

As ordálias estavam vinculadas a uma atribuição de culpa ou inocência vinculada ao poder de Deus. A prova então não guarda qualquer natureza vinculada a uma informação precedente, uma reconstrução histórica. Tem-se a perspectiva eclesiástica, inquisitorial de se construir a prova por meio de elementos provenientes da natureza e por meio da resistência do ser humano.

Há na mitologia um exemplo de prova a partir do "adequacionamento" material. É o chamado "O Leito de Procusto". Só sobrevivia aquele que coubesse na cama que lhe era oferecida para a pessoa se deitar. Entretanto, como Procusto possuía mais de uma cama, ele decidia qual disponibilizar de acordo com o viajante que lhe aparecia.

Alexandre Morais da Rosa²² nos explica que o personagem Procusto, da história do herói Teseu, foi um ladrão que assolou a Grécia Antiga. Procusto hospedava viajantes em sua casa, situada na serra de Elêusis entre Trezena e Atenas, local onde articulava singular procedimento com seus hóspedes: deitava-os em uma cama de ferro que dispunha serrando os pés daqueles que excedessem o tamanho do leito bem como distendendo violentamente as pernas dos que não preenchessem todo o comprimento da cama. Todos acabavam vítimas.

O estratagema utilizado por Procusto era precisamente o fato de possuir duas camas de ferro de tamanhos diferentes, ou seja, nunca um hóspede lograria um perfeito ajuste ao leito, dado que o assassino escolhia sempre aquela divergente a estatura de seu visitante.

Se um suspeito em determinado inquérito, ao ser chamado para prestar esclarecimentos em uma delegacia, e neste momento informa às autoridades sobre a existência de que possui dois endereços possíveis para encontrá-lo. Supondo que o ministério Público, exercendo o

²² MORAIS DA ROSA, Alexandre; TOBLER CAROLINE, Giseli. Quando o Juiz pensa “esse cara sou eu” e se vale do jeitinho de Procusto. Empório do Direito. 2015.

direito de ação para processá-lo, denuncia e requer a declaração de prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. E como justificativa o Ministério Público se utiliza do argumento de que o sujeito tinha objetivo de fugir da aplicação da lei penal, uma vez que forneceu dois endereços. Um simples exemplo de Leito de Procusto.

Da mesma forma que procusto escolhia a cama, de acordo com o tamanho de cada viajante, no sistema penal inquisitório se utiliza a informação, manipula-se esta de forma que "caiba" onde o acusador, julgador, quer. Há uma manipulação da forma da prova, da informação. Tudo para que se tenha o resultado que já se estava pré-determinado por quem investiga, acusa ou julga. Nesse caso, seria uma futura condenação.

Dessa forma, tendo uma prova legal tarifada, a prova não tem conexão com nenhuma informação histórica informativa, muito menos com uma reconstrução informativa de fato nenhum. Na verdade está ligada a uma condição pré-determinada de acordo com os interesses pessoais do julgador ou acusador.

No sistema inquisitório a prova de maior valor, a "rainha das provas"²³ no microssistema da prova legal tarifada, é a confissão. Pois quem confessa, está automaticamente condenando-se. E confessando, não haverá a necessidade de todo um processo, todo o trabalho para algo que já estará "resolvido".

No código de processo penal brasileiro, antigamente, determinava o interrogatório a ser realizado somente após o ato de recebimento da denúncia e da queixa-crime. O antigo artigo 394 do CPP determinava:

"Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente."

²³ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, 2016, pág. 59.

A atual redação, somente foi alterada em 2008, por meio da lei 11.719. Daí então, o interrogatório passou a ser o primeiro ato posterior ao término da instrução probatória somente em 2008, com o artigo 399 do atual CPP.

"Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente."

A diferença nesse caso, é que toda a instrução probatória já estará completa. Ou seja, as provas criadas contra ele já estarão produzidas (Claro que isso não impede a apresentação de novas provas ao longo do processo). E então há o contato do acusado com quem irá julgá-lo. Enquanto anteriormente, o acusado primeiro teria o contato com quem iria julgá-lo, sem antes saber o que havia sido ou seria produzido contra ele, sendo isto uma incógnita.

Quanto a PRODUÇÃO DAS PROVAS, no sistema penal inquisitório se tem o microsistema de produção da prova é o do Presidencialismo probatório, no qual o juiz é o gestor da produção probatória, ou seja, o juiz era responsável pela produção e gestão das provas, como já foi mencionado anteriormente.

"O juiz, gestor da prova, busca a prova para confirmar o que pensa (subjetivismo) sobre o fato (ideia pré-concebida), onde as provas colhidas são utilizadas apenas para comprovar seu pensamento. Ele irá fabricar as provas para que se confirme sua convicção sobre o crime e o réu. Para tanto, utiliza-se principalmente da confissão do réu, obtida mediante tortura ou outro meio cruel, para obter as respostas que lhe convir."²⁴

Ou seja, dizer que o Juiz sendo gestor, a prova será pré constituída, ou pré concebida. Quando colhidas, serão utilizadas como forma de afirmar o pensamento já determinado pelo

²⁴ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, 2016, pág 59.

jugador. Este já forma seu pensamento, antes mesmo de uma análise das mesmas. E mais, para as provas não produzidas, quando forem, serão de acordo com sua convicção.

Isso significa também a possibilidade do juiz atuar de ofício. Atualmente, o juiz abre faculdade de perguntas para os promotores, enquanto antes, ele próprio direcionava as perguntas da promotoria em direção ao acusado.

Aury Lopes Jr. nos alerta, uma vez que não aprendemos com nossos erros, nem mesmo com os mais graves, como foi a inquisição.²⁵

"Basta constatar que o atual CPP atribui poderes instrutórios para o juiz, a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa "postura ativa" por parte do juiz (muitas vezes invocando a tal "verdade real", esquecendo a origem desse mito e não percebendo o absurdo do conceito), proliferam projetos de lei criando juízes inquisidores e "juizados de instrução".

Atualmente, o artigo 156 do CPP contempla a possibilidade da prova de acusação ser incumbida a quem a realizar. Entretanto ainda se faz presente a possibilidade do juiz as produzir de ofício. Sendo este um exemplo dos resquícios de inquisitorialidade presente no atual modelo acusatório.

"Art. 156²⁶. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir

²⁵ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª ed. Lumen Juris, Pág. 165.

²⁶ BRASIL. Código de Processo Penal de 1941. Promulgado em 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>.

sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."

Inclusive, Thiago Minagé²⁷ traz à tona um detalhe controverso, que talvez passe despercebido, também abarcado no artigo 156. Quando a defesa trazer aos autos do processo em seu favor uma tese nova, como por exemplo, uma tese de excludente de ilicitude. Por se tratar de matéria nova trazida pela defesa, no caso, cabe a ela provar o alegado de acordo com os termos do artigo 156 do CPP.

Assim, ironicamente, seria mais interessante para o acusado não proferir nenhuma alegação que poderia ser utilizada em sua defesa, e então permitir que todo ônus probatório fique a cargo da acusação. Uma vez que passaria a trazer para o acusado a responsabilidade de se provar o que se alega, trazendo para si algo que não é de sua competência.

Quanto ao modo de AVALIAÇÃO DA PROVA, no sistema inquisitório nós temos a manifestação do livre convencimento imotivado. Ou seja, uma apreciação da situação sem a necessidade de se demonstrar motivação. Ou seja, sem a devida fundamentação de uma decisão condenatória ou absolutória. Diferentemente do sistema acusatório, em que se pensa em um livre convencimento motivado, havendo uma persuasão racional.

No modelo inquisitório, o juiz possui seus motivos, possui sua convicção. A diferença é que eles não serão expostos. É a chamada íntima convicção. Essa íntima convicção que permite o magistrado valorar a prova da forma como ele entender, uma vez que seguirá suas opiniões pessoais, seus princípios, para tomar sua decisão. Ou seja, julgando de forma parcial.

²⁷ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, 2016, pág 87.

Um exemplo de livre convencimento imotivado, presente atualmente em nosso ordenamento jurídico-penal, é o tribunal do júri. Uma vez que as decisões são tomadas por íntima convicção daqueles que julgam o acusado como inocente ou culpado. Não há previsão legal que determine a justificação da decisão tomada pelo júri em si. Este ponto se trata de mais um exemplo de resquício do sistema inquisitorial.

A CRFB em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, traz a previsão da instituição e da soberania do júri:

"XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;"

E nesse mesmo caminho, o Código de Processo Penal, em sua seção XIII, incluída pela lei 11.689 de 2008, traz todo o procedimento de decisão do júri, entretanto, sem determinar que a fundamentação da mesma seja proferida por algum jurado, como por exemplo pelos artigos:

"Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

(...)

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo **encerra a votação e implica a absolvição do acusado.** (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será

formulado quesito com a seguinte redação: (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

O jurado absolve o acusado?

§ 3º **Decidindo os jurados pela condenação**, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre: (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Art. 489. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Art. 493. A sentença será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)"

Cabe neste ponto nos referirmos a presença da mídia no âmbito nacional. Sendo certo de que os meios de comunicação, a cada dia que se passa, se tornam mais tecnológicos, logo mais rápidos, e conseqüentemente mais acessíveis a todas as classes sociais, todas as idades e em locais que anteriormente não se atingiam. Ou se era atingido, não na mesma velocidade de quem se encontra em um acesso mais fácil.

Com isso, a mídia passa a ter grande poder de influência sobre as pessoas, atuando nos inconscientes de cada cidadão, criando uma massificação do pensamento. Muitas vezes não correta, vez que o mundo jurídico não se pode ser entendido assistindo um simples jornal diário. Entretanto, muitas vezes o que se acontece é exatamente a deflagração de julgamentos meramente terrenos por jornais e noticiários, fazendo com que se criem parâmetros de pensamento, sem uma pré conceituação ideológica, sem um pré entendimento doutrinário sobre o assunto. O que nem mesmo em algumas escolas do direito possuem.

No mundo em que vivemos, que é absolutamente capitalista, a informação é considerada pelos veículos midiático acima de tudo como um meio de se fazer dinheiro (um comércio). E a violência é um “produto” que realmente vende muito, por isso é amplamente

explorada em todos os meios de comunicação.²⁸ E quando se apresenta um caso midiático, se espera do júri exatamente o que se difundiu perante jornais e noticiários. Que aquele criminoso, independentemente de dolo ou culpa, ordenamentos do tipo penal essenciais para o entendimento do crime, e que não são nem um pouco explorados para serem compreendidos. Fazendo com que o entendimento tomado pelo júri, seja muitas vezes em sentido oposto à um julgamento realizado por um juiz de direito que estará, pelo menos em tese, levando todos os institutos penais em consideração.

Não quer dizer que devemos para termos democracia, ou maior grau de democracia, ter pessoas leigas (que desconhecem o direito) julgando seus semelhantes. A democracia direta, ou seja, a participação de todos em todas as esferas de governo é utópica e impossível. Hoje em dia, os juízes provêm de diversas classes sociais, são da mesma forma representantes do povo (ingressam na carreira por um meio democrático, que é o concurso público).

Para quem defende a existência do tribunal do júri, justifica-se que o tribunal serve para educar o povo, pois obriga a população manter-se atualizada e consciente de seus direitos. Mas é preciso refletir que, inicialmente, o fato de muitas pessoas nem conhecerem a instituição, e segundo e mais relevante, é óbvio que o Tribunal Popular não tem o dever de educar ninguém, porque esta não é sua função.

Dessa forma, é possível se afirmar com certeza que o texto constitucional não prevê a inquisitorialidade no seu ordenamento. Este entretanto, deixou livre ao legislador a possibilidade de regular determinados procedimentos, por meio do texto infraconstitucional, como por exemplo o Código Penal e o Código de Processo Penal. Por meios destes instituir o Tribunal do Júri. Sendo possível caracterizar dentro do mesmo, um resquício da inquisitorialidade, uma vez que este não apresenta sua fundamentação a partir de suas decisões.

²⁸ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Visão crítica (garantista) acerca do tribunal do júri. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 55, jul 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3036>. Acesso em 29 nov 2016.

Uma vez que podemos alegar que o direito material não é levado em conta para análise e julgamento dos casos pelo júri.

Como mais uma característica do sistema inquisitorial, a pena equivale apenas à uma sanção. Literalmente não passa de uma condenação. Não há outro objetivo se não o de punir, castigar, o indivíduo sentenciado como culpado. Diferentemente do sistema acusatório, em que a pena, em tese, pelo menos nos dias atuais, deve ter um valor e efeito ressocializador. Com o intuito de tentar resgatar o indivíduo do mundo do crime, e reintroduzi-lo na sociedade.

Outro grande ponto do sistema inquisitório, segundo Alexandre Morais da Rosa²⁹, é de que a prisão preventiva é a regra no sistema, sendo a liberdade provisória exceção. Entretanto, mais uma vez encontramos um resquício inquisitorial como este presente em nosso Código de Processo Penal³⁰, em seu artigo 312.

"Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria"

Não é de hoje que o termo "garantia da ordem pública e ordem econômica" é questionado quanto a sua subjetividade. Uma vez que os termos seriam vagos e subjetivos, pois, a ordem pública pode ter diversos aspectos em diversos contextos estatais. Não há um prévio parâmetro legal para a sua aplicabilidade.

²⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 150.

³⁰ BRASIL. Código de Processo Penal de 1941. Promulgado em 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>.

1.3 O sistema acusatório

A origem do sistema acusatório, segundo Aury Lopes Jr³¹, remonta ao direito grego, onde se desenvolveu pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito civil.

Inclusive, surgiu também no último século da República do direito Romano, a figura do "*Accusatio*", o que trouxe uma profunda inovação. Esta se tratava de quando a acusação era assumida por algum cidadão do povo, em se tratando de delicta pública, a persecução e o exercício da ação penal eram direcionados a um órgão diferente do Juiz, não pertencendo então ao Estado.

Contudo, Aury destaca que na época do Império o sistema acusatório passou a se mostrar insuficiente para as novas necessidades de repressão dos delitos, fazendo com que as formas possíveis de se perseguir, passassem a ser tomadas por intenções de vingança. E por conta desta insatisfação com o sistema acusatório vigente, os juízes passaram a interferir cada vez mais nas atribuições dos acusadores privados, chegando ao ponto de reunir em um mesmo órgão do Estado as funções de acusar e julgar. Remetendo então, ao início do que se parecia com o sistema inquisitório.

Ou seja, em contra partida ao sistema Inquisitório, sua antítese, nas palavras do professor Thiago Minagé³², é o sistema acusatório. O qual possui como seu princípio unificador o fato de o gestor da prova ser pessoa ou instituição diversa do julgador. Ou seja, há a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender, o que como já mencionado anteriormente, não ocorria no sistema inquisitivo. E completando, o professor ainda ressalta, que em contra partida ao sistema inquisitório, o juiz é sujeito imparcial e somente julga, não produzindo provas nem muito menos defendendo o réu.

³¹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª ed. Lumen Juris, Pág. 162.

³² MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, 2016, pág 60.

O artigo 129 de nossa CRFB³³ nos traz exatamente a garantia de que o órgão julgador está afastado da atribuição de acusar, uma vez que determina que uma das funções do Ministério Público é a de promover, PRIVATIVAMENTE, a ação penal Pública, ou seja, as ações condicionadas ao exercício do estado, e não dependentes de nenhuma manifestação por parte do ofendido.

Geraldo Prado³⁴ nos traz um ponto simples, porém importante, e de rápida percepção que, não seria suficiente, muito menos útil se analisarmos o processo penal apenas objetivamente. Há que se analisar os atos entendendo quem são os sujeitos que os praticam, do contrário, a análise será inútil. A gestão da prova e acusação são atividades que não dizem nada se não olharmos quem as realizam. Pois analisando e identificando os sujeitos é que será possível compreender o porquê de cada coisa no processo.

Assim, de nada adianta declararmos a adaptação do sistema acusatorial para o nosso sistema processual penal brasileiro. Uma vez que o declaramos como adotado, mas não aplicando seus princípios e características, estaremos apenas utilizando o sistema acusatorial como fachada, enquanto por de traz do mesmo, estamos somente nos valendo de princípios e atos inquisitivos.

Inicialmente, a inércia do órgão julgador é algo nitidamente presente nos dias de hoje. Significa dizer que o a prestação da tutela jurisdicional, só poderá ser prestada caso um terceiro agente, dê iniciativa a ela. É necessária a iniciativa das partes. E não mais a iniciação do processo ex officio por parte da autoridade que irá julgar.

³³ "São funções institucionais do Ministério Público: I - Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;"

³⁴ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório - A conformidade constitucional das leis processuais. 3ª ed. Lumen Juris 2005, pág. 173.

O artigo 2º do atual Código de Processo Civil³⁵ brasileiro traz a figura do princípio da inércia, o juiz inerte, no âmbito civil. Ou seja, para obter a tutela jurisdicional brasileira, será necessária a iniciativa do sistema por parte de um terceiro.

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Enquanto isso, o artigo 5º, XXVII e LIII da atual constituição nos traz a ideia do juiz natural, garantindo que somente haverá julgamento perante autoridades competentes para tal e, impedindo a existência de tribunais de exceções. E de certa forma, trazendo também a figura do juiz imparcial no direito penal. Uma vez que não haverá um determinado julgador, para determinado caso específico.

"XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;"

Significa dizer então dizer, nas palavras de Thiago Minagé, que o acusado tem o direito de ser processado e julgado por órgão judicial cuja competência está previamente estabelecida em lei, não podendo ocorrer nomeação de juiz ou constituição de um tribunal especial para o julgamento de determinada pessoa ou fato criminoso, pois de certo, estaria comprometendo a imparcialidade do julgador.³⁶

O professor ainda faz uma ressalva inclusive, no que se refere ao juiz natural. Sendo entendido como o órgão jurisdicional previamente constituído, no sentido de instituição jurídica representante do Estado. Trata-se de ir além de definir juízes instituídos em favor ou

³⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Promulgado em 16 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

³⁶ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, 2016, pág 98.

desfavor de alguém, é exigir que o juiz ordinário que irá julgar o caso, já esteja previamente previsto em lei anterior ao processo. Ou seja, não se institui novas regras, por conta de um novo processo.

Juiz natural significa o juízo pré-constituído, ou seja, definido por lei antes da prática do crime. E essa ideia do juiz natural pré-constituído pelo professor, nos remete diretamente à outra característica do sistema acusatorial, já mencionado anteriormente, que é exatamente o Princípio da Reserva Legal, Princípio da Estrita Legalidade ou Princípio da Legalidade.

O princípio da Estrita Reserva legal³⁷, conforme se extrai do artigo 1º³⁸ do Código Penal, e também do inciso XXXIX³⁹ do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, significa dizer que a estrita não se pode falar na existência de um crime se este não estiver definido em lei, anteriormente ao cometimento do fato dito como crime.

Ou seja, no sistema acusatório há uma limitação objetiva, isso significa que há uma individualização de condutas e conseqüentemente individualização de penas. Pressupõe-se que o indivíduo que se pré-dispõe a cometer um ato ilícito, ele está aceitando a pena existente para aquele ato. Uma vez cometido o crime, se a lei se altera, se a pena pudesse ser aumentada, por exemplo, após o cometimento do fato, talvez o mesmo indivíduo não aceitaria cometer tal crime.

O Estado ao criar e estipular suas leis, está criando um contrato com o indivíduo, e uma vez que se tem este contrato há a garantia de que: quem sofrer um dano, será compensado, terá a faculdade de obter justiça. E logicamente, quem cometer um dano, será punido. Então, uma vez firmado este contrato, mas o sujeito que comete o ato ilícito estará garantido a receber aquilo que foi pré-determinado no contrato feito com o Estado.

³⁷ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 69.

³⁸ "Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."

³⁹ " XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;"

Descumprindo-o, seria uma quebra do contrato garantidor da segurança jurídica de quem comete o ato ilícito. Pode parecer irônico e absurdo para alguns, mas não deveria.

Isso, nada mais é do que a garantia trazida pela lei, a segurança jurídica do cidadão que a lei prevê. De não ser punido se não houver previsão legal, e que determine o tipo incriminador conjuntamente com a ameaça das sanções também pré-determinadas.

"Quando se diz que o Direito Penal acolheu o Princípio da Legalidade , diz- se que em verdade, passou a respeitar a dignidade da pessoa humana, rompendo com o terror imposto pelos desmandos oriundos das mentes detentoras do poder. O princípio estabelece que pela lei não somente protege o homem das ações lesivas aos bens jurídicos, pela lei se protege o homem do próprio Direito Penal."⁴⁰

Enquanto a presunção de culpa do acusado a regra no sistema inquisitorial, no sistema acusatório, tem-se uma necessária consideração de inocência. Logo, havendo uma presunção de não culpabilidade do indivíduo. Trata-se de do Princípio da Presunção de inocência, um dos quais reflete grande importância para um estado Democrático de direito.

O princípio da Presunção de Inocência está estipulado e garantido em nossa Constituição, em seu artigo 5º, inciso LVII⁴¹. A CRFB garante que o acusado será considerado inocente até que se prove que ele é, na verdade, culpado pelos atos dos quais o estarão acusando. Deve-se aguardar até o trânsito em julgado, protegendo o acusado para que não seja submetido a uma pena ou medida penal como as adotadas para aqueles que já foram condenados e, inclusive, para que se garanta o recebimento de tratamento como não criminoso, até que o sistema judiciário assim o reconheça.⁴²

⁴⁰ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 78.

⁴¹ "LVII - Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

⁴² MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 86.

Ainda, enquanto na inquisitorialidade a dúvida milita contra o acusado, na acusatorialidade, a dúvida milita em seu favor. E assim, o único resultado possível em um processo onde ocorre a dúvida sobre o que se alega sobre o acusado, é a absolvição. Trata-se da ideia do *Favor Rei*.⁴³ Que anda conjuntamente com a ideia do *In Dubio Pro Reo*⁴⁴ (pode-se dizer que ele decorre do princípio da presunção de inocência), que abarca também a aplicação da norma de maneira mais favorável ao agente em caso de dúvida quanto a mesma.

A partir disso, passa-se a falar sobre o Ônus da prova que, na acusatorialidade, não há distribuição da mesma, uma vez que este ônus é integralmente de quem acusa. No caso, há somente na faculdade de defesa pelo acusado, de desconstruir aquilo que se alega contra ele.

"Cabe a quem acusa afastar a presunção favorável ao indiciamento ou acusado para, então, poder se falar em culpa deste, não podendo, em hipótese alguma transferir a responsabilidade probatória para a defesa. Eis que o Ministério Público ou querelante (em caso de ação penal de iniciativa privada) compete provar a existência de uma infração penal, ou seja, não basta a demonstração de mera tipicidade, mas também que este fato atípico, contrário ao ordenamento jurídico (ilicitude), demonstra a culpabilidade do agente."⁴⁵

Sobre a valoração da prova, na acusatorialidade, esta se dá por meio de um critério de relativização, ou seja, não há possibilidade de valor absoluto para a prova. Trata-se do microsistema de valoração da relativização do valor da prova. A prova no sistema acusatorial deve ser constituída a partir de uma informação ou informações, que reconstruam um fato histórico concreto. Toda prova tem valor relativo.

"1 - COLISÃO NA PORTA. "O CONDUTOR E OS PASSAGEIROS NÃO DEVERÃO ABRIR A PORTA DO VEÍCULO, DEIXÁ-LA ABERTA OU DESCER DO VEÍCULO SEM ANTES SE CERTIFICAREM DE QUE ISSO NÃO CONSTITUI PERIGO PARA ELES E PARA OUTROS USUÁRIOS DA VIA." (ART. 49 DO CTB). DEMONSTRADO, PELA ANÁLISE DA DINÂMICA DOS FATOS, QUE A PORTA DO VEÍCULO DA AUTORA FOI ABERTA NO

⁴³ MINAGÉ, Thiago. *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição*. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 86.

⁴⁴ MINAGÉ, Thiago. *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição*. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 87.

⁴⁵ MINAGÉ, Thiago. *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição*. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 89.

MOMENTO EM QUE O VEÍCULO DO RÉU ADENTRAVA NA VAGA DE ESTACIONAMENTO, É DELA A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.

2 - PROVA TESTEMUNHAL. ESTANDO AMBAS AS TESTEMUNHAS LIGADAS, DE ALGUMA FORMA, ÀS PARTES, AOS SEUS DEPOIMENTOS DEVE SER DADO VALOR RELATIVO, VALORANDO-SE OUTROS MEIOS DE PROVA."⁴⁶

Ou seja, nem mesmo uma prova testemunhal em certos casos poderá ser considerada como prova absoluta, incontestável, sendo por vez, necessário a valoração por outras provas, outros meios que indiquem com maior certeza a autoria ou culpa de um fato.

A própria confissão, que entra no processo penal por influência da doutrina cristã⁴⁷ como a rainha das provas, como já mencionado no caso do sistema inquisitório, e por meio dela o indivíduo se reconciliaria como pessoa que errou, cometendo crime. Entretanto, no sistema acusatório, é preciso ter cautela, ainda com quem confessa, uma vez que as provas não possuem valor pré-determinado como o sistema inquisitorial.

Ainda sobre as provas, enquanto no sistema inquisitorial tínhamos o microsistema do presidencialismo probatório, no sistema acusatorial, a sua produção se dá por meio do microsistema da gestão compartilhada. Ou seja, a incumbência de produzir provas é das partes, e não do julgador.⁴⁸

Alexandre Morais da Rosa entende que, no processo penal constitucionalizado, a carga probatória é da acusação, uma vez que o acusado não precisa comprovar qualquer conduta descrita na narrativa da denúncia. Competindo somente ao autor da ação penal a obrigação de

⁴⁶ BRASIL. TJ-DF - Direito Civil. Acidente de Veículo. Responsabilidade Civil. Porta aberta enquanto outro veículo estacionava. Prova testemunhal. Valor Relativo. Recurso conhecido e Provido. ACJ: 20130110917766 DF 0091776-58.2013.8.07.0001. Relator: Aiston Henrique de Souza, Data de julgamento: 25/02/2014, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Publicado no DJE: 27/02/2014, Pág.: 255.

⁴⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 424.

⁴⁸ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 60.

produzir todas as provas necessárias à formação da convicção do julgador, no círculo hermenêutico prova/fato.⁴⁹

"Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao HC 84.580 / SP 3 Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes."⁵⁰

Como dito acima, quem acusa é que tem a incumbência de trazer provas que atestem o que se acusa. Enquanto o acusado tem a faculdade de desconstruir o que se alega contra ele, também trazendo provas em seu favor. Dessa forma, Thiago Minagé e Alexandre Morais da Rosa, nos trazem para esse tema o termo da Inversão do Ônus da prova.⁵¹

Uma vez que se deixa a carga da acusação apenas a comprovação do fato Típico, ou não somente deste, como também da ilicitude e da culpabilidade, podendo ser comprovada a existência destes institutos, se exclui a possibilidade de alegação de excludentes.

Por fim, partindo para o critério de avaliação das provas, na acusatoriedade o microsistema de avaliação é o do Livre Convencimento Motivado. Ou seja, nada mais é do que o julgador avaliando o conteúdo probatório, avaliando a prova, para então manifestar seu convencimento por uma decisão, e consequentemente precisando motivá-la.

⁴⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 376.

⁵⁰ STF, HC 84.580. AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 06/08/2004.

⁵¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág. 376. ; MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 87.

O princípio da Livre convicção Motivada, está constitucionalmente previsto em nossa CRFB, em seu artigo 93, inciso IX⁵², que institui que todas as decisões dos órgãos do poder judiciário deverão ser devidamente motivadas sob pena de nulidade. O dispositivo constitucional objetiva dar racionalidade às decisões, preservando a legalidade dos pronunciamentos judiciais. E, juntamente, o novo código de processo civil de 2015, estabelece em seu artigo 371, "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento."

Quanto a prisão preventiva, no caso do sistema inquisitório, enquanto a liberdade se trata da exceção do acusado, no sistema acusatório, a liberdade do acusado é a REGRA.⁵³ Assim, o artigo 312, do atual CPP brasileiro, determina que a prisão preventiva poderá ser decretada para que se garanta a ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal.

Entretanto, como já mencionado, tal artigo possui grande carga de subjetividade em seu texto legal. Uma vez que a liberdade é a regra, o texto normativo apresentando tamanha quantidade de subjetividade em seus termos, abrindo espaço para que se possa lançar mão da exceção mais vezes, ou seja, a prisão preventiva. O que na atual conjuntura de um sistema acusatório, já era algo a ser corrigido.

E não menos importante, muito pelo contrário, uma das características marcantes do sistema acusatório é o Princípio do Contraditório e da Ampla defesa. Representados pelo artigo 5º, inciso LV da CRFB. Significando que o indivíduo terá a possibilidade de utilização da defesa técnica (realizada por um advogado) somada a sua autodefesa.

⁵² "Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (..)"

⁵³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 150.

A ideia do contraditório vai muito além do que um meio ou instrumento técnico para efetivar a ampla defesa, a possibilidade que se abre para a defesa pronunciar-se sempre que houver a apresentação de alguma prova ou de uma alegação fática pela acusação, sendo uma forma de estabelecer equilíbrio na relação processual, a qual o estado impôs uma pretensão punitiva contra alguém.

A defesa, segundo o professor Thiago Minagé, é o mais legítimo dos direitos do homem. Sendo possível a defesa da vida, da honra e da sua liberdade, além de inatos, são direitos de seus respectivos objetos. Assim, a manutenção da liberdade implica a ação defensiva dessa mesma liberdade.⁵⁴ Dessa forma, notório é que se trata de uma característica que precisa estar presente em um sistema democrático de direito.

Mas, há uma questão contraditória com relação a este princípio, no que condiz com o momento do interrogatório no inquérito policial. O próprio STF entendeu que não há vigência do contraditório no inquérito policial. O que ocorre, é que se trabalha com o chamado contraditório diferido ou postergado, onde somente no curso do processo que a parte terá oportunidade de se manifestar a cerca do que foi apurado e produzido naquela fase administrativa. Podendo-se dizer que não há desrespeito a esse princípio.

Inclusive, a lei 8.906/94, também conhecida como o Estatuto da OAB prevê, em seu **Art. 7º** as prerrogativas do advogado e nos seu incisos XIV e XXI, alterados pela lei 13.245 em 2016, a possibilidade do advogado percorrer o inquérito junto ao seu cliente, tendo ainda cesso a todas as peças do inquérito já inseridas no inquérito.

"XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016)"

⁵⁴ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 97.

"XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)"

Além dessa prerrogativa, o STF editou o enunciado sumular nº 14⁵⁵: "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."

Dessa forma, por mais que se entenda que não há o contraditório durante o inquérito policial, em contra partida, existem atualmente dispositivos legais que podemos acreditar como suficientes para garantir a ideia de uma investigação policial menos inquisitiva, e mais voltada para a acusatoriedade, pelo menos em teoria.

1.4 O duelo entre os sistemas acusatório e inquisitório

Muito se discute quando o assunto é sobre o sistema processual brasileiro é tratado. Uma vez que não há declaradamente uma posição adotada por meio da constituição. Como já dito anteriormente, foram expostos algumas previsões presentes na Constituição Brasileira de 88, que a partir deles poderíamos dizer que existe um maior peso para um sistema específico.

Qual seria o adotado, se assim podemos dizer, pelo Brasil em por nosso sistema penal?

Essa é a pergunta que muitas vezes se discute dentro das salas de aula de direito penal e um tema muito abordado exatamente para se buscar determinar qual seria o mais adequado,

⁵⁵ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>

quais características de cada um estão presentes hoje em nossa realidade. Quais possuem garantias práticas.

Dessa forma, historicamente o sistema penal se divide entre os sistemas inquisitório e Acusatório. E atualmente, alguns autores entendem existir o chamado sistema misto. Como é explicado pelo Professor Alexandre Morais Rosa⁵⁶, se trata do modelo que abrange características de ambos os sistemas sem que necessariamente oficializem essa característica em sua constituição, no sentido de construção.

Então, alguns autores entendem que nosso sistema pode ser dito como Misto, em razão dessa mistura entre a acusitoriedade e a inquisitoriedade, presentes no sistema brasileiro.

Outros doutrinadores, como Aury Lopes Jr.⁵⁷, classificam nosso sistema como Misto, uma vez que consideram que os sistemas puros são modelos históricos, não guardando relação com os modelos contemporâneos.

Entretanto, seguindo a mesma linha de pensamento, porém em discordância, segundo Alexandre de Morais da Rosa⁵⁸, como se tratam de sistemas históricos, atualmente os ordenamentos nacionais guardam, por contingências diversas, características de ambos os sistemas, ou seja, inexistente sistema puro. Daí que se fala equivocadamente de sistemas mistos.

Ainda assim, entendendo que exista uma coexistência entre os sistemas, há então quem diga que o sistema adotado no Brasil se trata do Sistema Penal Misto ou também chamado de Formal. Muitos autores entendem ser este o sistema presente no Brasil, uma vez que o processo penal propriamente dito se apresenta em diferentes fases. Com o inquérito policial inicialmente, sendo um ato administrativo investigativo, possuidor de características

⁵⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 150.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

⁵⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 150.

inquisitórias. E posteriormente por meio da própria Ação penal, um ato jurídico com a finalidade de julgar caso a caso, adotando as devidas diretrizes constitucionais democráticas.

Segundo Fernando Capez⁵⁹, o Sistema misto se caracteriza por ter :

“Uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório”.

Exatamente por este detalhe que alguns doutrinadores acreditam que o sistema misto é o adotado pelo direito processual brasileiro. Uma vez que usam como embasamento o fato de que a apuração de um crime tem início na polícia, por meio do inquérito, que possui como já dito, natureza inquisitória.

Contudo, como há inquisitorialidade no sistema brasileiro se podemos concluir que a nossa constituição se mostrou inclinada à proteção de garantias democráticas? E garantir a democracia, na língua do atual direito penal brasileiro, não se é alcançada por meio do sistema acusatório? Se o que é inquisitório não é acusatório, e a vice-versa é verdadeira, então como ambas características poderiam coexistir?

E exatamente neste raciocínio que Alexandre Morais da Rosa nos complementa:

"Daí que se fala equivocadamente de sistemas Mistos. Entretanto, falar-se de sistemas mistos não pode se dar na modalidade sistemática por ausência de um significante primeiro. Com essa dupla face instaura-se uma dupla legalidade e verdadeira confusão sob aparência

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46.

de sistema. É impossível um sistema misto⁶⁰, ainda que alguns manuais e julgados afirmem esse erro lógico sem maiores pudores."

Dessa forma, devemos focar em descobrir, o que se apresenta como inquisitório no nosso sistema penal brasileiro. Pode-se concluir que nossa constituição, por meio de alguns dispositivos da mesma e pela separação dos poderes de julgar e acusar (buscar artigo) também garantido por ela, busca a garantia de uma democracia, como pode coexistir o sistema inquisitivo conjuntamente com ela?

Confirmando essa ideia, Afrânio Silva Jardim⁶¹, segundo suas lições revelam:

"A nosso juízo, os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios. Assim, o princípio da demanda ou iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada. Por este motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade probatória do juiz, ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes."

Não se trata de coexistência entre dois sistemas em nossa CF, mas sim de resquícios. Resquícios de um sistema antigo e ultrapassado, o inquisitório, remanescentes no outro, o acusatório, sendo este mais atual e idealizador de ideias mais democráticas. E assim, há autores que chamem nosso sistema penal de Acusatório Puro.

Na visão de Geraldo Prado⁶²:

⁶⁰ QUEIROZ, Felipe Vaz de. Atividade (ana) Crônica do Juiz no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre; PUC-RS (Ciências Criminais), 2009.

⁶¹ JARDIM, Afrânio Silva. Reflexão Teórica sobre o processo penal. 1997, p. 197

⁶² PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 1999, p. 171

"Se aceitarmos que a norma Constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com plenitude do que isso significa, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o."

Assim, a Constituição brasileira prevê garantias ao acusado a título de direitos fundamentais com o objetivo de retirar todos os traços inquisitivos que poderiam contaminar o processo. Ou seja, há uma busca para se eliminar esses resquícios.

Então, partindo do princípio de que passamos a afirmar que o sistema penal atual utilizado no Brasil, se trata do acusatório, é preciso entender que: a existência desses resquícios no sistema penal atual se trata de um erro, e não de uma resposta para o possível "conflito" entre ambos os sistemas. Porque um erro?

Quando parte da doutrina brasileira diz que o sistema penal brasileiro é o Misto ou Formal, por encontrarmos resquícios de inquisitorialidade vigentes em nosso ordenamento, a doutrina está na verdade centralizando seu foco para os resquícios. Como se eles fossem importantes para a determinação e aplicação do sistema penal Brasileiro. E é aí em que se encontra o erro. Ora, onde se encontram previstos, os resquícios? Na constituição? Não, mas sim nas normas infra constitucionais. Logo, não se deve olhar do menor para o maior. Mas sim do maior para o menor. Pois da Constituição que será utilizada como base de fundamentação, para que se criem as demais normas do ordenamento jurídico.

No sentido em que, quem abarca esses resquícios é a própria Constituição de 88. No momento, não se faz importante descobrir o motivo deles ainda estarem abarcados pela CF de 88. Provavelmente uma falha, compreensível, por parte do legislador. Uma vez que quando todo um sistema jurídico se é alterado, é aceitável que nem todos os erros, por assim dizer,

sejam corrigidos todos de uma vez. Contudo, o que não é aceitável, e até certo ponto compreensível, é a perduração desses erros com o tempo, uma vez que percebemos suas aplicações constantes nos dias de hoje, cientes de se estar aplicando resquícios de um sistema penal obsoleto.

Dessa forma, os objetos de análise por nós, não podem ser os resquícios, mas sim a constituição. Deve-se analisar o texto constitucional, o que este objetivou. Se concluirmos que esta tem como adoção o sistema acusatório, e pela lógica aqui já mencionada, o que é acusatório não é inquisitório, sendo ambos incompatíveis. Podemos afirmar que o legislador optou pelo sistema acusatório puro, pela análise de nosso texto constitucional. Entretanto, não podemos cometer o erro de ignorar os resquícios.

Reconhecendo que adotamos o sistema penal acusatório, puro, é necessário que os resquícios conhecidos sejam eliminados. Já que não ignorá-los não significa aceitar suas existências. Entretanto, admitindo a pureza do sistema, significa dizer que estes resquícios estão explicitamente em antagonismo com a Constituição. Tendo que ser eliminados.

Deve-se então, interpretar nosso sistema, não pelos resquícios, mas sim com foco no texto constitucional. E este, claramente optou por uma busca e garantia de um sistema democrático. Sistema o qual se adéqua perfeitamente ao acusatório.

Alexandre Morais da Rosa traz a ideia de que essa disputa entre sistemas deve ser deixada para trás. Superada. Uma vez que destaca em seu livro⁶³, a ideia de que devemos superar esse constante debate entre sistemas, no qual ele se refere como dilema, e analisar e buscar a diretriz global de nossa CF.

⁶³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 151.

"Buscar pela leitura isolada dos dispositivos a definição de qual sistema (acusatório ou inquisitório) teria sido acolhido é irrelevante - ainda que possa ser útil para quem não supera o falso dilema. Há características de ambos os sistemas. (...) Para tanto se deve buscar guarda e pertinência formal e substancial no processo civilizatório democrático advindo das conquistas históricas, em especial com o devido processo legal substancial."

Está correto o pensamento do professor, uma vez que o objetivo aqui, não é simples e puramente achar indicações no texto constitucional de que nosso sistema penal é o acusatório, com resquícios inquisitórios, e admitir que isto é um problema. Trata-se, porém, de ter isso em mente, e dispersar a ideia de que não podemos deixar que tais resquícios ainda presentes, influenciem na atuação do sistema processual penal brasileiro.

CAPÍTULO 2 - O INQUÉRITO POLICIAL

2.1 Conceito, finalidade e natureza jurídica

Quando há a ocorrência de um fato típico no Brasil, ou seja, a execução de um crime, e as autoridades policiais tomam ciência de seu acontecimento, se dá início à um dos momentos mais importantes para a resolução do conflito jurídico entre a segurança social e jurídica criada e garantia pelo Estado democrático de direito e aquele que atenta contra essa segurança.

Ou seja, o Estado como ente governamental, se dispôs a tutelar todas as garantias individuais do cidadão brasileiro, uma vez que tomou para si a responsabilidade de criar ordenamentos normativos e, ao mesmo tempo, estipular para cada um deles, uma sanção em caso de seu descumprimento.

E quando este descumprimento ocorre, na esfera penal, ou seja, um ato ilícito, antijurídico tipificado pelo Código penal, no momento em que as autoridades policiais tomam conhecimento de sua existência, será necessária a averiguação dos fatos referentes ao ato ilícito, uma reconstrução histórica informativa, com objetivo de se construir uma linha de informações capazes de suprir todas dúvidas que surgirão na ação penal subsequente. Para isso então, teremos a instauração e o início do chamado inquérito policial.

O inquérito policial, foi criado por meio do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, constituindo então o principal instrumento de investigação na esfera penal. O Código de Processo Penal de 1941 também prevê o procedimento do inquérito, dos seus artigos 4º ao 23º. O inquérito policial se trata de procedimento administrativo, investigativo penal, policial, dos crimes de médio e maior potencialidades ofensivas. Sendo estes previstos pelo CPP, pelo artigo 394, §1º, I e II, com a reforma de 2008 do CPP.

Para Danielle Souza, da mesma forma, os artigos 4º a 23 do CPP disciplinam o inquérito policial, entretanto, não o definem. Podendo porém extrair pela leitura do código, que o inquérito se trata de atividade desenvolvida pela polícia Judiciária, tocante a fase preliminar ou preparatória da ação penal, cujo objetivo é apurar as infrações penais e sua autoria, tendo por destinatário o Ministério Público ou o acusador privado, titulares da ação penal de conhecimento de natureza condenatória.⁶⁴

" Art. 394. O procedimento será comum ou especial. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)."

Para Rayana Corrêa, ante a prática de um fato tipificado como crime ou contravenção, surge para o Estado o direito e a necessidade do exercício do *jus puniendi*, o qual é limitado pela exigência de exercício da ação penal. Por sua vez, segundo os ditames constitucionais, a propositura da ação penal somente pode ocorrer se o Estado dispuser de um mínimo de elementos probatórios indicando a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, sendo o inquérito policial um dos instrumentos utilizados para o alcance desses indícios.⁶⁵

⁶⁴ SOUZA, Danielle de Andrade e Silva. "A Investigação Preliminar nos Delitos de Competência Originária de Tribunais". 2009. 92 Páginas. Tese de Doutorado - Faculdade de direito da universidade de São Paulo, São Paulo. Pág. 93.

⁶⁵ CORRÊA, Rayana de Caldas Ribeiro. "O inquérito Policial como instrumento Garantista: Uma análise do Princípio da Motivação na Fase Investigatória". 2016; 57 páginas. Monografia Final. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco. Recife.

Dessa forma, uma vez iniciado uma investigação penal, este terá por objetivo a coleta de todos os elementos capazes de serem utilizados como provas, necessários para se caracterizar a autoria e materialidade do fato típico, a existência do ato delituoso. É nessa fase preliminar que serão reunidos os elementos informativos atinentes à materialidade e à autoria delitivas, por meio de exames, vistorias avaliações, buscas, coleta de testemunhos, declarações, etc. A colheita dos elementos que deram forma ao delito (*informatio delicti*) está compreendida nos trabalhos de investigação e instrução inicial, realizados em regra, pela Polícia Judiciária e que se materializam no inquérito policial.⁶⁶

E ao término deste , quando for possível concluir por meio destas provas a existência de autoria, individualizando possíveis autores, o Delegado de polícia irá, então, realizar o ato do indiciamento. Justificando o porque de acreditar ser aquela(s) pessoa(s) a(s) autora(s) do fato. Logo, a finalidade do inquérito se traduz na coleta de informações sobre o delito, em busca de sua elucidação, assim, busca uma reconstrução elucidativa dos fatos.

Então, a partir do momento em que houverem indícios suficientes, capazes de fazer com que o delegado indicie o sujeito, assim será imputando ao indivíduo, através do inquérito policial, a prática do ilícito penal. O indiciamento será então constituído no momento em que a autoridade policial, se convence que existem indícios suficientes de que aquela pessoa praticou um delito, uma infração penal, alterando o "status" da pessoa de investigado a indiciado.

Assim, o inquérito também tem por objetivo o fornecimento de informações ao órgão da acusação, o máximo de elementos necessários para formar a suspeita do crime, a justa causa que possibilite o ajuizamento da ação penal ou, caso contrário, o arquivamento do caso. Além

⁶⁶ SOUZA, Danielle de Andrade e Silva. "A Investigação Preliminar nos Delitos de Competência Originária de Tribunais". 2009. 92 Páginas. Tese de Doutorado - Faculdade de direito da universidade de São Paulo, São Paulo.

disso, os elementos probatórios reunidos poderão servir de orientação para a acusação na colheita de provas que se realizará durante a instrução processual.⁶⁷

Alexandre Morais da Rosa resume de forma simples, todo a necessidade do inquérito para a instauração de ação penal, sendo para isso necessária a existência de justa causa, ou seja, elementos de culpabilidade, autoria e materialidade. Estes, a serem identificados por meio de investigação ou documentos preliminares. Mas em regra, por meio do inquérito, procedimento administrativo, não jurisdicional, a cargo da polícia judiciária⁶⁸ (Estadual ou federal), submetidos aos princípios da administração pública (legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência).⁶⁹

E, exatamente por ser dirigido pela Polícia Judiciária, que o inquérito se trata de procedimento administrativo. Uma vez que aquela se trata de ente estatal que integra a Administração Pública, associada ao Poder Executivo. Ressaltando que sua natureza jurídica possui definição de procedimento e não de processo, uma vez que inexiste a possibilidade de contraditoriedade perfeita na sequência dos atos realizados pelas autoridades investigativas.⁷⁰

2.2 Características do inquérito policial

O inquérito policial, além de ser descrito como um procedimento administrativo, investigativo penal, policial dos crimes de médio e maior potencialidades lesivas, possui algumas características definidas, e voltadas a sua forma de realização. Então, o inquérito se

⁶⁷ CORRÊA, Rayana de Caldas Ribeiro. "O inquérito Policial como instrumento Garantista: Uma análise do Princípio da Motivação na Fase Investigatória". 2016; 57 páginas. Monografia Final. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco. Recife. Pág. 28.

⁶⁸ CRFB, art. 144, §4º "Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares."

⁶⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 149.

⁷⁰ CORRÊA, Rayana de Caldas Ribeiro. "O inquérito Policial como instrumento Garantista: Uma análise do Princípio da Motivação na Fase Investigatória". 2016; 57 páginas. Monografia Final. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco. Recife. Pág. 28.

trata de procedimento de investigação preliminar e obrigatório, mas possui como características básicas, ser escrito, sigiloso, inquisitivo e oficial.

Por se tratar de procedimento policial voltado a obtenção de elementos e informações, a cerca de uma possível autoria e materialidade (e conseqüentemente culpabilidade também), se faz necessário que seja escrito, não sendo admitido a existência de inquérito oral. Ou seja, deve ter certo rigor formal de algumas peças investigatórias, uma vez que podem justamente compor a justificação de alguma decisão futura.⁷¹

O artigo 9º⁷² do Código de Processo Penal traz a previsão, comprovando essa obrigatoriedade escrita. Entretanto, Alexandre Morais da Rosa ressalta que há a possibilidade de alguns atos como depoimentos, serem gravados por audiovisual.

Outra característica do inquérito policial é o seu caráter inquisitivo. Uma vez que a linha de investigação e as diligências policiais não estão submetidas ao contraditório e a ampla defesa.⁷³ Entretanto, além dessa característica mais marcante, outras se fazem presentes, fazendo com que o lastro do sistema inquisitivo se mostre mais presente no inquérito policial.

O atual anteprojeto do novo Código de Processo Penal, trará dentre outras possíveis melhoras, a possibilidade de contraditório ao investigado durante a fase do inquérito policial. Uma vez que estará possibilitado ao investigado ser ouvido antes de ser concluída a investigação criminal e passando a ser direito do investigado, a possibilidade de identificar

⁷¹ CORRÊA, Rayana de Caldas Ribeiro. "O inquérito Policial como instrumento Garantista: Uma análise do Princípio da Motivação na Fase Investigatória". 2016; 57 páginas. Monografia Final. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco. Recife. Pág. 30

⁷² CPP, Art. 9º: "Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade."

⁷³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 249.

fontes de provas, em favor de sua defesa, podendo ainda, "entrevistar" pessoas de seu interesse, desde que caiba par a sua defesa.⁷⁴

"Art. 13. É direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída.

Parágrafo único. A autoridade tomará as medidas necessárias para que seja facultado ao investigado o exercício do direito previsto no caput deste artigo, salvo impossibilidade devidamente justificada.

Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas."

Dessa forma, podemos ver a princípio, não de forma completa, a introdução da ideia do princípio do contraditório no inquérito policial. Uma vez que o indivíduo terá um maior número de oportunidades para se defender e contar sua versão dos fatos durante o inquérito. O que antes ocorria somente no momento de seu interrogatório, e que ainda assim, não era especificamente realizado voltado com fim para a defesa do indivíduo.

O atual sistema possibilita a participação do juiz já nos autos da investigação penal. Já que a iniciativa da persecução judicial é de titularidade do Ministério público, que se torna a parte acusadora por exercer a ação penal e fiscalizadora do cumprimento da lei, além de iniciar a fase investigadora (possibilidade também consagrada pela vítima querelante). Entretanto, o juiz também possui possibilidade de exercer a função investigatória, sendo incumbido a ele de reunir provas das infrações, desvendar autoria e instruir processo a favor

⁷⁴ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, IBCCRIM. Conheça o anteprojeto do novo CPP. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13272-Conheca-o-anteprojeto-do-novo-CPP>>

ou conta o investigado, logo, realizando diligências pessoalmente ou com o apoio da polícia judiciária .⁷⁵

Dessa forma, notório é a presença de um resquício inquisitorial, características amplamente mencionadas anteriormente do sistema inquisitorial penal, destacado pela mistura das funções de julgar, acusar e defender, sobre a figura do magistrado. Uma vez que este, participando de alguma forma das investigações preliminares, ou seja, atualmente o inquérito policial, estará quebrando a necessária separação das funções de acusação, defesa e julgamento. Como já destacado anteriormente pelo Professor Thiago Minagé, Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr.

Entretanto, há boa notícia para esse caso, que talvez também chegue com o projeto de lei 8.045/10, que tramita no Senado Federal, dispendo sobre o novo Código de Processo Penal. Este, terá como principal objetivo a implantação definitiva de um sistema processual acusatório, uma vez que temos como parâmetro em nosso sistema penal, o sistema acusatório mas, entretanto, na realidade sabemos que nem (quase) tudo segue os estritos ditames da lei.

O projeto, entre outras mudanças abarca a possibilidade de mudança significativa dessa postura do juiz, que deixa de ser responsável por investigar e colher provas e passa a se preocupar apenas com o julgamento do caso. Buscando assim, com essa mudança, que o réu passe a ser visto como sujeito de direitos e não apenas como objeto do processo.

Segundo o aposentado ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Hamilton Carvalhinho⁷⁶:

⁷⁵ SOUZA, Danielle de Andrade e Silva. "A Investigação Preliminar nos Delitos de Competência Originária de Tribunais". 2009. 92 Páginas. Tese de Doutorado - Faculdade de direito da universidade de São Paulo, São Paulo. Pág. 95.

⁷⁶ BRAZ, Ana Gabriela. "**Comissão do novo Código de Processo Penal recebe primeiras sugestões ao projeto**" Câmara dos Deputados. 07/04/2016 . Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direito-e-justica/506670-comissao-do-novo-codigo-de-processo-penal-recebe-primeiras-sugestoes-ao-projeto.html>> Acessado em 31/10/2016 17:00.

"O Brasil reclama, há muito tempo, a substituição de um código de origem autoritária por um código de processo penal ajustado àquilo que a gente chama de princípios e exigências do estado democrático de direito. Então nós precisamos superar essa herança autoritária e ajustar esse nosso código"

Além disso, outro ponto característico do inquérito que nos remete a um possível resquício inquisitorial, se trata de sua necessidade de realização sigilosa, prevista no CPP, artigo 30. No sentido de que não será possível dar certidões, exceto para fins penais, como para fins de publicidade, devido a condição de mero investigado do indivíduo.⁷⁷

"Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes. (Redação dada pela Lei nº 12.681, de 2012)."

Rayana Corrêa destaca que a característica de sigilo do inquérito, é apontado por alguns doutrinadores como elemento fundamental para o sucesso das investigações, argumentando que caso haja a publicidade das diligências policiais, com certeza as diligências e colheitas de provas seriam prejudicadas. Entretanto, ressalta que tal característica seja respaldada à luz da Carta Magna, evitando que atinja o Estado Democrático de Direito.⁷⁸ Sendo necessário que a regra seja o livre acesso aos atos investigatórios, somente sendo quebrada em casos excepcionais, devidamente fundamentados.

⁷⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 249.

⁷⁸ CORRÊA, Rayana de Caldas Ribeiro. "O inquérito Policial como instrumento Garantista: Uma análise do Princípio da Motivação na Fase Investigatória". 2016; 57 páginas. Monografia Final. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco. Recife. Pág. 31.

Dessa forma, o sigilo do inquérito se mostra interessante para alguns atos, como dito, o bom andamento da investigação, uma vez que fatores externos, tendo pleno conhecimento de seu andamento, podem contribuir para sua não conclusão satisfatória. Entretanto, não se pode ignorar que o inquérito, enquanto fase de persecução penal, é coisa pública, uma vez que sua restrição só será justificada em defesa do interesse público ou da intimidade do indivíduo, como podemos entender pelo artigo 5º, LX da CRFB.⁷⁹

Deve-se entretanto, ressaltar que a CRFB de 1988, de forma geral e penalmente também, instituiu um sistema de amplas garantias individuais que devem servir como norte para toda a interpretação da legislação codificada, atentando para a desigualdade material que normalmente existe durante toda a persecução penal, onde o Estado ocupa posição de proeminência. O direito de defesa é assegurado pela CRFB, em seu artigo 5º, LV, a todos os acusados como parte no processo penal.

Assim, estando o inquérito policial, enquanto procedimento administrativo, acobertado pela previsão, uma vez que não se pode tolher ao indivíduo sobre a qual recaem indícios de autoria de crime o evidente interesse em se defender e buscar evitar ser denunciado. Devendo ser garantido ao investigado, portanto, o conhecimento do fato delituoso que lhe é imputado, bem como do desenvolvimento das fases investigatórias, sendo-lhe concedida a possibilidade de requerer diligências à autoridade policial. Sendo ainda, materializado o direito de defesa no momento do interrogatório, em que é facultado ao sujeito atuar de forma positiva, ou seja, apresentando sua versão dos fatos ou negativa, exercendo seu direito ao silêncio⁸⁰.

Agora, partindo do princípio de que na prática, a grande maioria dos atos praticados no inquérito, atualmente, são velados pelo sigilo de suas peças, houve a edição de súmula

⁷⁹ LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

⁸⁰ CORRÊA, Rayana de Caldas Ribeiro. "O inquérito Policial como instrumento Garantista: Uma análise do Princípio da Motivação na Fase Investigatória". 2016; 57 páginas. Monografia Final. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco. Recife. Pág. 33.

vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, de número 14⁸¹, garantindo que para advogados, não há a existência do sigilo. Sendo então permitido o livre acesso às suas peças.

"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."

O Estatuto da OAB ressalva a possibilidade, inclusive, do advogado ter acesso, a anotar e tirar cópias, mesmo sem procuração. E a carga dos autos do inquérito somente com a devida procuração. Caso o sigilo esteja decretado, mesmo com sua procuração devidamente instruída, não será possível a carga. E além desses pontos, há que se observar que esse acesso não é ilimitado, sendo permitido desde que o inquérito esteja ainda em andamento. O advogado poderá ter acesso aos autos do mesmo, exceto quanto aos documentos, referentes às investigações ainda não concluídas, e conseqüentemente não encartados, anexados no inquérito.

"Art. 7º São direitos do advogado:

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo

⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>

interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)"

Quanto ao sigilo do inquérito policial, por fim, , Alexandre Morais da Rosa põe em pauta um tópico de extrema importância, que será a da exposição dos suspeitos ao público. A condução dos suspeitos à imprensa, publicações em redes sociais como *facebook* por meio de fotos, não se configuram como forma de publicidade, inclusive sem consentimento expresso do agente, configurando inclusive abuso por parte da autoridade policial responsável, de acordo com Lei 4.898/65, artigo 4º, alínea *b* - "submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei".⁸²

A justificativa democrática para que seja exposto se dá no âmbito da investigação criminal, ou seja, se a imagem ou dados pessoais forem necessárias para elucidação do crime ou de outros fatos criminosos. Uma vez que seja necessária a busca por alguém que se encontra desaparecido ou que está tentando de fato não ser encontrado no andamento do inquérito, com o fim de não ser investigado ou até mesmo não cooperar com o procedimento, não sendo encontrado. Sendo comum muitas vezes, a divulgação de fotos de suspeitos em envolvimento de delitos, com local certo para serem encontrados e comunicados da realização do ato. Mas que, mesmo assim, se apresentam indisponíveis para as autoridades.

Nesse caso, a exposição se faz pura e simplesmente com a justificativa do interesse público na elucidação dos fatos, sendo necessária a presença daqueles que possam ter algum envolvimento com o ocorrido. Entretanto, a crítica que deve ser feita, é de que muitas vezes nomes, imagens, endereços são publicados em noticiários e jornais de âmbito nacional, ou seja, que atingem todo o país, o que faz com que o caso ganhe grande repercussão.

⁸² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 250.

E uma vez resolvido o caso, ou até mesmo descobrindo os reais autores de um crime, que posteriormente serão julgados e sentenciados, pouco cuidado se tem em trazer à tona ou seja, de tornar público, a inocência daqueles que foram colocados à mostra durante o procedimento do inquérito ou até mesmo de ação penal, e que posteriormente se mostraram desprovidos de qualquer culpa ou envolvimento com o caso.

Muitas vezes, o mero fato de ocorrer uma citação em nome de alguém, em processo de grande repercussão nacional, torna aquele indivíduo para sempre considerado envolvido. Não pelas autoridades, mas sim para todas as pessoas que tomaram conhecimento do fato e dos envolvidos. O que muitas vezes acarreta na dificuldade total de continuação da vida social daquele indivíduo.

2.3 Da instauração do inquérito

A instauração do inquérito policial, ou seja, sua autorização para início, se dá por portaria lavrada pela autoridade policial, de ofício ou a requerimento da parte interessada, como está estipulada no CPP brasileiro, artigo 5º, incisos I e II e artigo 27. Para que o inquérito tenha início, se faz necessário como mencionado no princípio do capítulo, de um mínimo de suspeita de que fato típico tenha sido praticado.

Ou seja, deve existir tipicidade aparente, isto é, as informações devem indicar que houve uma violação do tipo penal. Caso contrário, poderá haver o indeferimento, como conta no parágrafo 2º do artigo 5 do CPP. Cabendo inclusive, recurso contra este indeferimento.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Na hipótese de ação penal privada, o termo correto quando a vítima pretende comunicar a existência de infração penal é apresentar sua representação, enquanto nas ações penais públicas, haverá a "*noticia criminis*", ou seja, será dada a notícia de um crime por parte de quem for alertar as autoridades responsáveis.

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Alexandre Morais da Rosa⁸³ alerta ainda quanto aos crimes de ação penal privada, a possibilidade de ausência de inquérito policial, como previsto no artigo 5º, parágrafo 5º do Código de Processo Penal, implica em maior cuidado na elaboração da materialidade do crime que será imputado, uma vez que, em regra, serão produzidas unilateralmente, podendo futuramente não terem valor jurídico.

⁸³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 248.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Além disso, como outra característica do inquérito, não mencionada anteriormente por maior pertinência do capítulo, pode-se dizer que o inquérito é indisponível. Pois uma vez instaurado, não poderá a autoridade policial arquivá-lo, mas apenas o juiz, a requerimento do Ministério público. Sendo esta uma regra aplicada tanto na apuração de crimes processados mediante ação penal pública, quanto nos crimes de ação penal privada.⁸⁴

2.4 Instauração do inquérito policial através das prisões em flagrante

O inquérito policial pode também ser instaurado pela lavratura do chamado Auto de Prisão em Frangente (A.P.F). Sendo conhecido também como notícia crime de cognição coercitiva, ou seja, de conhecimento forçado, sendo tratada pelos artigos 301 ao 310 do código de processo penal, sendo as modalidades de flagrante estipuladas no artigo 302 e seus incisos, e pelo artigo 5º da CRFB, LXI.⁸⁵

" Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

⁸⁴ CORRÊA, Rayana de Caldas Ribeiro. "O inquérito Policial como instrumento Garantista: Uma análise do Princípio da Motivação na Fase Investigatória". 2016; 57 páginas. Monografia Final. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco. Recife. Pág. 33.

⁸⁵ Art. 5º CRFB, LXI - "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;"

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração."

Ou seja, a prisão em flagrante se trata de um fato jurídico que se divide em alguns atos, sendo eles a Captura do sujeito, a Formalização do Ato (A.P.F) e, por fim, o Encerramento⁸⁶. Sendo a captura o ato de efetivamente prender o indivíduo que está praticando uma infração penal. Ou seja, o impedimento físico de continuidade do fato delituoso, com possível imobilização daquele que foi preso.

A formalização se trata exatamente da certificação formal de que todos os direitos inerentes à pessoa humana foram e continuarão a serem respeitados, ocorrendo então a elaboração do denominado Auto de Prisão em Flagrante, o A.P.F. Enquanto o encarceramento, havendo necessidade de privação de liberdade, sendo casos em que o indivíduo não possui direito de se manter em liberdade, como por exemplo crimes de menor potencial ofensivo.

Alexandre Morais da Rosa⁸⁷ determina a prisão em flagrante como a exceção à necessidade de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária CPP, art. 283⁸⁸. Podendo ser realizada como já mencionada, por qualquer um do povo. Sendo este caso facultativo, e a realizada por autoridade policial e seus agentes como ação obrigatória. E por ser uma prisão realizada antes do início da partida processual, e por não possuir controle jurisdicional, deve ser vinculada expressamente às hipóteses legais.

Se trata da única modalidade de prisão no ordenamento jurídico que não exige a precedência de uma ordem escrita e emanada de alguma autoridade competente para tal. Competindo a responsabilidade e obrigatoriedade não só ao agente público de segurança,

⁸⁶ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 166.

⁸⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 256.

⁸⁸ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva

como também a possibilidade a qualquer cidadão (particular) de efetuar-la, de acordo com o artigo 301 do CPP⁸⁹.

Thiago Minagé nos explica que a prisão em flagrante é muito criticada, exatamente por essa falta de judicialização, uma vez que antes da alteração legislativa advinda com a lei 12.403/11, a legislação penal se limitava a mencionar que o flagrante deveria ser comunicado ao juiz competente, deixando a prisão em flagrante sem regulamentação exata de tempo.

Entretanto, essa falta de determinação temporal foi solucionada, uma vez que a atual redação do artigo 306 e 310 do Código de processo Penal estipula que em até 24 (vinte e quatro) horas após realizada a prisão, deverá ser notificada ao juiz competente sobre o auto da prisão em flagrante. E, no mesmo período deverá o juiz se manifestar pela (a) Decretação da prisão preventiva, (b) pelo Relaxamento da Prisão ou (c) conceder a Liberdade Provisória ao indivíduo.⁹⁰

Com isso, mesmo que recente, a prisão em flagrante passou então a receber tratamento jurídico adequado ao seu significado para a aplicação no mundo penal. Ou seja, uma vez que ocorre, pode-se dizer que rapidamente será encaminhada para recebimento de uma jurisdição penal competente para que se tenham os trâmites penais legais. A privação de liberdade do preso em flagrante passa a ser submetida em seguida, aos ditames processuais da prisão preventiva ou temporária, caso assim fique determinado pelo juiz competente. E dessa forma, fica resolvida a questão da falta de judicialização da mesma, uma vez que ocorre a efetiva adequação dos institutos prisionais ao flagrante.⁹¹

Entretanto, há que se falar em casos freqüentes em que o indivíduo se apresenta de forma voluntária às autoridades policiais, que muitas vezes são tidos como prisão em flagrância. Ou seja, não há a perseguição, não podendo gerar então a prisão em flagrante.

⁸⁹ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

⁹⁰ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 164.

⁹¹ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 165.

Alexandre Morais da Rosa fala no chamado mantra das 24 horas, uma vez que se a prisão, ocorra dentro do prazo de 24 horas do ocorrido, esta seria considerada como flagrante, o que não possui respaldo na lei. A apresentação do indivíduo deve provocar a instauração do inquérito policial, e eventualmente, ocorrer a prisão cautelar.⁹²

2.5 Dos tipos de flagrante

Por fim, cabe mencionar e explicar alguns dos diversos tipos de flagrante. Como o Flagrante Próprio, Impróprio e Presumido, Flagrante Postergado, Diferido ou Prorrogado, Flagrante Preparado ou provocado, Flagrante Forjado e o Flagrante Esperado.

Embora seja controversa a classificação da doutrina, podemos distinguir o flagrante Próprio como aquele em que o agente está praticando ou ainda acaba de cometer o ato ilícito, ainda que em sua modalidade tentada (CP, art. 14, II). Sendo os casos previstos nos incisos I e II do artigo 302 do Código de Processo Penal. Enquanto o flagrante Impróprio, previsto no inciso III do referido artigo, seria o caso em que o agente é perseguido, logo após, por diligência policial efetiva. E, o Flagrante Presumido, considerado no inciso IV, em que o agente é encontrado logo após à prática do ato ilícito, e em posse dos bens ou produtos que justifiquem o nexo de causalidade entre o fato e o agente.

No caso do flagrante presumido, cabe a crítica a mais uma subjetividade presente no ordenamento jurídico penal. Uma vez que há de se perguntar, até onde vai o limite da presunção? A presunção, dependendo de quem presume, e em que caso se presuma, poderá levar a autoridade a incontáveis arbitrariedades, uma vez que o poder de decisão ficará restrito nas mãos da mesma autoridade, caso existam apenas indícios suficientes para a convicção (presunção) daquela⁹³.

⁹² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 256.

⁹³ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 174.

O Flagrante Postergado, Diferido ou Prorrogado (também chamado por alguns autores de Controlado ou Retardado) se trata de um flagrante especial, uma vez que só pode ser usado no âmbito de investigações relacionadas as organizações criminosas ou ao tráfico, sendo necessária prévia autorização , com a justificativa de facilitação para se obter provas sobre alguma organização criminosa. A lei 12.852 de 2013 (leis das Organizações Criminosas) em seu artigo 8º, além da lei 11.343 (Lei de Entorpecentes), artigo 53, II; Estipulam o denominado Flagrante Postergado.⁹⁴

Nesse caso, o flagrante diferido, possibilita à polícia protelar, alongar a prisão em flagrante, uma vez que é de conhecimento da autoridade policial que momento mais oportuno virá a ocorrer. Tal momento possibilitará a melhor formação de indícios e para o fornecimento de informações úteis às investigações e, até mesmo para a instrução penal. Esse flagrante surgiu pela ideia do agente de polícia infiltrado, ou seja, com prévia autorização o agente consegue se infiltrar em organizações criminosas para se alcançar resultados mais efetivos posteriormente, como por exemplo, as prisões.⁹⁵

A prisão em Flagrante Preparado ou Provocado, é o modelo em que consiste no induzimento, instigação, por parte da autoridade policial, e por conta disso, se trata de ato ilícito cometido pela própria autoridade. Uma vez que o agente público é provocador de conduta que influenciará na prática de delito. Como por exemplo o disfarce de vítima. O que torna a atividade policial nula.⁹⁶

Ou seja, o agente é induzido, provocado ou mesmo enganado a praticar uma infração penal, mediante ação de um terceiro (também chamado de agente provocador), geralmente um policial infiltrado para efetuar a prisão cautelar. Entretanto, será uma circunstância que se enquadra como crime impossível, como previsto no artigo 17, do código Penal Brasileiro, uma vez que a consumação do ato nunca iria atingir a consumação pelas circunstâncias

⁹⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 257.

⁹⁵ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 175.

⁹⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 257.

normais. Uma vez que o agente responsável pela norma jurídica a evitar o acontecimento de ato ilícito, pratica ação inversa, buscando que o ato seja realizado.

Sendo tal entendimento inclusive sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, pela Súmula 145: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação."⁹⁷

O flagrante Forjado⁹⁸ por outro lado, diferencia-se do Preparado ou Provocado, uma vez que não há incentivo de terceiro, para que um sujeito cometa ato ilícito. Inclusive, não há na realidade, nenhuma conduta ilícita cometida pelo sujeito. Mas sim a conduta exclusiva de terceiro que se trata de uma ação incriminadora, que leva a produzir, implantar ou (como o nome sugere) forjar circunstâncias ilícitas de uma suposta infração penal. O que nitidamente afronta o ordenamento jurídico penal acusatório, juntamente com o Estado democrático de direito.

Por fim, a modalidade do flagrante Esperado se trata de modalidade totalmente válida, uma vez que não há agente provocador de conduta ilícita, muito menos circunstâncias que promovam a ideia de que um ato ilícito foi praticado. No flagrante esperado, a ação ilícita é cometida pelo próprio sujeito infrator. A diferença se encontra na atitude tomada pela autoridade policial, uma vez que, tendo notícia de uma suposta prática futura de infração, aquela se certifica de tomar todas as medidas necessárias e pertinentes para a efetivação da prisão em flagrante e, conseqüentemente, frustrar (no caso da execução, evitando a consumação) ou cessar a prática delituosa (caso seja um crime permanente, continuado ou habitual). Por exemplo, com o deslocamento de policiais ou vigilância ostensiva.⁹⁹

2.6 Prazo, duração e arquivamento do inquérito policial

⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>>. Acessado em: 11/11/16.

⁹⁸ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 177.

⁹⁹ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, pág. 178.

Parece óbvio que a ideia de se investigar alguém, não soe razoável sem um prazo limite de duração. Uma vez que um dos princípios basilares do direito penal é o da presunção de inocência. Instituído pela Constituição de 88, em seu artigo 5º, inciso LVII: " Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Dessa forma o acusado de autoria de ato ilícito terá garantido para si o direito de ser tratado com dignidade, e como inocente, enquanto não se garantir por meio de processo justo e com a formação de provas suficientes que sejam suficientes para sua condenação. Uma vez que podemos, em todo caso, por provas em seu favor ou pela falta daquelas em seu desfavor, chegarmos a conclusão de sua inocência.

Da mesma forma, durante o inquérito, haverá o estigma lançado sobre aquele chamado de investigado. Ou seja, aquele que somente se encontra sendo analisado pela autoridade policial. Mas que mesmo assim, já estará marcado como suspeito do mesmo ato investigado. E exatamente por conta do estado democrático de direito, além do caráter pessoal-social do indivíduo que estará em jogo, que ninguém pode se submeter a uma investigação eterna, culpado ou não. Há de haver um limite para que seja efetuada toda a investigação, e que esta chegue a uma conclusão.

O Estado não pode ficar investigando indefinidamente. Para isso, estabelecem-se prazos para a realização da investigação. Entretanto, Alexandre Morais da Rosa nos adverte, que quase que burocraticamente, deferem-se prorrogações sucessivas, sem nenhuma investigação, colocando, no caso de indiciamento, o sujeito sob suspeita.¹⁰⁰

Ou seja, ainda que haja previsão legal de um limite de duração e para o devido encerramento ou arquivamento do inquérito, muitas vezes as autoridades buscam além da prorrogação permitida prevista em lei, prorrogações sucessivas, e que pior, muitas vezes são

¹⁰⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 251.

concedidas pelo judiciário. Uma vez que quem autoriza o prosseguimento e sua prorrogação é o juiz (CPP, Art. 10, §3º).

"Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 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 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 3º 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."

O prazo para encerramento do inquérito então, será de 30 dias se solto e de 10 se preso, como mencionado no artigo 10, do CPP. No caso da Justiça Federal, há previsão específica por parte da lei 5.010/66, em seu artigo 66, fixando prazo de 15 dias se o suspeito estiver preso, prorrogável por igual período.

"Art. 66. O prazo para conclusão do inquérito policial será de quinze dias, quando o indiciado estiver preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias, a pedido, devidamente fundamentado, da autoridade policial e deferido pelo Juiz a que competir o conhecimento do processo.

Parágrafo único. Ao requerer a prorrogação do prazo para conclusão do inquérito, a autoridade policial deverá apresentar o preso ao Juiz."

E, no caso da Lei de Drogas (11.343/06) em seu artigo 51, o prazo será de 30 dias, se preso, e 90 dias se solto. Prevendo ainda a possibilidade em seu parágrafo único do juiz, ouvindo o ministério público, de duplicação dos referidos prazos.

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

O que nos remete à ideia de prorrogações indeterminadas, desde que justificado o pedido pelas autoridades policiais. O problema entretanto, não se trata da prorrogação, mas sim o que se considera justificável para que tais prazos sejam constantemente prorrogados. E exatamente sobre esse ponto que Alexandre Morais da Rosa¹⁰¹ critica a demora na finalização do auto de prisão, o qual não pode se dar por ausência de condições materiais, mas sim pela pendência justificada de alguma diligência policial. E dessa forma, havendo demora não razoável, será possível a impetração de habeas corpus, para garantir o direito de duração razoável da investigação preliminar. (STJ,HC 96.666).

Contudo, o projeto do novo CPP também prevê alterações quanto a duração e instauração do inquérito. Prevendo que, enquanto não instaurada a ação penal, a tramitação do inquérito deve ocorrer entre o ministério público e a polícia judiciária, uma vez que caberá ao MP instaurar a ação penal em alguns casos, e será incumbido a ele, o arquivamento dos autos da investigação, de acordo com o artigo 35 do anteprojeto do NCPP.

"Art. 35. Ao receber os autos do inquérito, o Ministério Público poderá:

I – oferecer a denúncia;

II – requisitar, fundamentadamente, a realização de diligências complementares, consideradas indispensáveis ao oferecimento da denúncia.

III – determinar o encaminhamento dos autos a outro órgão do Ministério Público, por falta de atribuição para a causa;

IV – determinar o arquivamento da investigação. Art. 36. Os autos do inquérito instruirão a denúncia, sempre que lhe servir de base"

¹⁰¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 251.

Quanto ao prazo de tramitação do inquérito policial, de acordo com o artigo 32 e seus parágrafos, do anteprojeto, será de 90 dias para o investigado estando solto, sendo ainda previsto nos seus parágrafos proposta de renovação deste prazo, sendo necessária o encaminhamento dos autos ao MP juntamente com as razões da autoridade policial.

"Art. 32. O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, estando o investigado solto.

§1º Decorrido o prazo previsto no caput deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, os autos do inquérito serão encaminhados ao Ministério Público, com proposta de renovação do prazo e as razões da autoridade policial.

§2º Se o investigado estiver preso, o inquérito policial deve ser concluído no prazo de 10 (dez) dias.

§3º Caso a investigação não seja encerrada no prazo previsto no §2º deste artigo, a prisão será revogada, exceto na hipótese de prorrogação autorizada pelo juiz das garantias, a quem serão encaminhados os autos do inquérito e as razões da autoridade policial, para os fins do disposto no parágrafo único do art. 15."

Dessa forma, a previsão do prazo do inquérito passa para um número muito além do que temos hoje, que seriam 30 dias para o investigado solto, sem contar as possíveis prorrogações. Ou seja, três vezes o prazo atual, sem prorrogação, logo, podendo o inquérito chegar até em 190 dias para o investigado solto. De certa forma, o aumento do prazo permite maior espaço de tempo para as autoridades terem maiores condições para se concluir o inquérito. Por outro lado, há que se pensar nos diversos casos em que não se chegam rapidamente a uma conclusão satisfatória. Sendo talvez necessário pensar mais na qualidade das investigações, e buscar melhorá-las, do que simplesmente aumentar o seu prazo. O que só faz com que o investigado continue sob a constante custódia investigativa por mais tempo.

E, estando o réu preso, por outro lado, o prazo do inquérito será de 10 dias, podendo ser prorrogado por mais 10. Contudo, tal prorrogação será concedida pelo juiz das garantias, estipulado pelo artigo 15 do novo CPP.

"Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada."

Ainda, caso o investigado esteja preso, havendo a prorrogação dos 10 dias pelo juiz das garantias e, ainda assim, a investigação não seja encerrada, a prisão será revogada. Tal previsão cria uma espécie de extinção da prisão preventiva pelo decurso de tempo de instauração do inquérito. Fazendo assim com que, talvez, as autoridades se empenhem mais para resolver os diversos casos em que há a aplicação, na maioria das vezes errônea, das prisões preventivas.

E exatamente por esse excesso de tempo disponível para as autoridades investigativas ,que Danielle Souza menciona a atual crítica ao inquérito, cada vez mais confirmando sua pertinência. Uma vez que cada dia mais percebemos a burocratização crônica das investigações preliminares, muitas vezes passando a serem empeco à averiguação dos fatos delituosos, quando o tempo despendido no desenrolar da investigação, com diversos pedidos de prorrogações ao judiciário, repetidas diligências frustradas e atos complexos que no fim acabam só por atravancar mais o sistema penal, deveriam na verdade ser a etapa mais célere da *persecutio*.¹⁰²

2.7 Do arquivamento do inquérito policial

Após o término do inquérito policial, a autoridade policial deverá promover a devolução dos autos do inquérito para o Ministério Público. Este, deverá decidir pelo oferecimento da

¹⁰² SOUZA, Danielle de Andrade e Silva. "A Investigação Preliminar nos Delitos de Competência Originária de Tribunais". 2009. 92 Páginas. Tese de Doutorado - Faculdade de direito da universidade de São Paulo, São Paulo. Pág. 96.

denúncia (o que irá resultar no início da ação penal), pela declinação da competência ou pelo então arquivamento. Que não necessariamente fará coisa julgada.

Ou seja, uma vez arquivado o inquérito, não significará que aquele suspeito será julgado, considerado como inocente, sem a possibilidade de ser investigado novamente, mas também não será tido como culpado de nenhum crime. Somente a sentença penal transitada em julgado fará coisa em julgado, ou seja, pelo princípio da inocência, disposto no artigo 5º da atual Constituição Federal, em seu inciso LVII.¹⁰³

Contudo, para isso, é necessária a iniciação da ação penal propriamente dita. Onde, após todo um procedimento jurisdicional previsto em lei, o juiz, através do livre convencimento motivado chegará a uma decisão sobre o caso após ouvir ambas as partes (supondo não ser um crime hediondo, o qual prevê a decisão advinda do júri).

Quando a própria autoridade policial, após o término do inquérito deve apontar o sentido da conclusão que foi atingida com o inquérito. Entretanto, aquela não possui poderes para por conta e decisão própria arquivar o inquérito. Como previsto no artigo 17 do CPP¹⁰⁴. Havendo também a possibilidade de envio dos autos para o titular da ação penal, para que o próprio se manifeste a respeito, conforme artigo 19 do CPP.

"Art. 19. Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado."

Mas então, há a possibilidade do inquérito ser reiniciado, desarquivado? Para isso, se faz necessário a condição de novos elementos. Exatamente o que se encontra previsto pelo

¹⁰³ "LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

¹⁰⁴ "Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito"

artigo 18 do Código de processo Penal, que permite o desarquivamento do inquérito, caso se tenha notícia de novas provas.

"Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia."

O desarquivamento do inquérito, pressupõe prova materialmente nova, ou seja, alguma informação que anteriormente a autoridade policial não possuía, e que agora poderá alterar algum resultado no ponto das investigações. O próprio STF editou a súmula 524, determinando o mesmo: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas."

Alexandre morais da Rosa define um ponto importante, que pode parecer óbvio para muitos, em um atual sistema penal que se proclama acusatório, entretanto com diversas características inquisitórias. Para o autor, é necessário que a prova justificadora da instauração da ação penal seja além de nova, precisa ser inclusive relevante, para que seu valor tenha força suficiente para modificar a compreensão dos fatos.¹⁰⁵

Uma simples oitiva de uma pessoa irrelevante ao caso, por exemplo, não pode ser motivo determinante para que seja re-instaurado o inquérito e este consiga levar conseqüentemente a instauração de ação penal. Ou seja, parece óbvio, mas muitas vezes nos deparamos com casos onde nitidamente se faz necessário o arrolamento de testemunhas para a comprovação e elucidação dos fatos. E na prática, poucas ou muitas vezes nenhuma testemunha é determinada a depor.

¹⁰⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 255.

Em outras palavras, o simples acréscimo de novos depoimentos, sem alteração substancial do regime narrativo anterior, não serve de álibi tático para a instauração de ação penal. Se o elemento novo necessário para desarquivamento do inquérito for uma simples testemunha, por exemplo, seu testemunho deverá ter valor relevante, significativo para o desenrolar do inquérito. Caso contrário, como dito por Alexandre Morais da Rosa, seria apenas um drible procedimental. Por isso importante dizer que, mesmo óbvio, deve ser reafirmado, tendo em vista nossa conjuntura marcada pela inquisitorialidade.

Na hipótese de entendimento pelo arquivamento pelo Ministério Público, o juiz do caso, poderá, dependendo de seu entendimento na situação, se negar a analisar o enquadramento dado pelo membro do Ministério público, procedendo-se ao que se denomina de "arquivamento direto", quando o próprio titular do exercício do direito de ação, ou seja, o Ministério Público, se manifesta expressamente nesse sentido ou, por outro lado, decidir de forma contrária, possibilidade prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal, caso em que passará a funcionar como acusador complementar.

"Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."

Ou seja, havendo discordância do juiz pela opção do arquivamento pelo Ministério Público, terá ele que remeter o inquérito policial à análise do Procurador Geral da República (PGR) ou ao Procurador Geral de Justiça (PGJ). Estes, darão a palavra final, sendo então em última análise a decisão de arquivamento, do Ministério Público.

Assim, o Procurador da Geral da República ou o Procurador Geral de Justiça, poderão insistir no arquivamento do inquérito, e nesta hipótese, o juiz estará então obrigado a acolher a

decisão. Ou, caso os representantes do Ministério público entendam que o caso se trata de hipótese de denúncia, poderão eles próprios oferecerem a denúncia, ou ainda, designarem para outro promotor tomar tal iniciativa. Sendo ressalvado nesse caso, que essa designação não recaia sobre o mesmo promotor que se manifestou pelo arquivamento do inquérito.¹⁰⁶

Há inclusive, a possibilidade do chamado Arquivamento Implícito Objetivo e Subjetivo do inquérito Policial. O qual o ocorre quando o titular do exercício do direito de ação (Ministério Público), deixa de incluir na denúncia algum fato investigado (objetivo) ou algum dos indiciados pelo inquérito (subjetivo), sem que haja justificção ou expressa manifestação deste procedimento. O que se consuma quando o juiz do caso conjuntamente não se pronuncia sobre os mesmo no momento do recebimento da denúncia ou ao rejeitá-la.

Alexandre Morais da Rosa¹⁰⁷ entende que o arquivamento implícito (ou Tácito, como também chama) decorre da omissão por parte do acusador , em relação às condutas, em tese criminosas. Isso porque, uma boa atuação do órgão acusador formular a denúncia e, em manifestação apartada, ou seja, separada, requeresse o arquivamento das demais peças informativas decorrentes da investigação preliminar. Entretanto, como diz, o que reina é o silêncio.

Para ele, este silêncio possui dois significados. Podendo ser entendidos como (1) Negligência e/ou incompetência do acusador. Ou, sendo somente a (2) manifestação daquilo que realmente é relevante para se materializar na denúncia. E dessa forma, implicitamente se arquiva os elementos probatórios restantes que não obtiveram peso suficiente para motivar a denúncia.

¹⁰⁶ MINAGÉ, Thiago. "Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial". Empóriododireito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/arquivamento-e-desarquivamento-do-inquerito-policial-por-thiagominage/>>. 10/08/15. Acessado em: 09/11/16.

¹⁰⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **GUIA COMPACTO DO PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016, pág 255.

É claro que é possível entender a segunda opção como mais lógica. Até porque não se pode negar que existe um enorme volume de trabalho no judiciário, não só direito penal mas também em todos os outros ramos do direito. Podendo ser essa uma das justificativas para algumas faltas de complementações nas denúncias realizadas pelo MP.

Mas ainda que assim seja melhor e mais eficiente para o desenrolar do procedimento, uma vez que o acusador é um garantidor da lei e, em tese, da democracia, Alexandre Morais da Rosa adverte que a acusação deve ser formalizada por completa, em todos os seus termos, uma vez que prevalece o entendimento de que não se pode entender o arquivamento diante da indisponibilidade da ação pública.

Já houve inclusive, entendimento neste sentido pelo próprio STF, no julgado do HC 104.356, pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

"Independentemente de a identificação do paciente ter ocorrido antes ou depois da primeira denúncia, o fato é que não existe, em nosso ordenamento jurídico processual, qualquer dispositivo legal que preveja a figura do arquivamento implícito(...). Incidência do postulado da indisponibilidade da ação penal pública que decorre do elevado valor dos bens jurídicos que ela tutela."

Além disso, o arquivamento também ocorrerá por conta da atipicidade da conduta ou no caso de extinção da punibilidade.¹⁰⁸ No caso da atipicidade da conduta, é função do poder judiciário analisar a situação em si, e perceber que se trata de fato é típico ou atípico. Ou seja, sendo o fato não anti jurídico, não apresentando tipicidade formal ou material, havendo algum excludente de ilicitude ou causas que não imputem a culpabilidade ao indivíduo (Exigibilidade de conduta diversa, potencial consciência da ilicitude e Imputabilidade), deverá haver o arquivamento pela autoridade judiciária.

¹⁰⁸ MINAGÉ, Thiago. "Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial". Empóriododireito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/arquivamento-e-desarquivamento-do-inquerito-policial-por-thiago-minage/>>. 10/08/15. Acessado em: 09/11/16.

Cabendo também ao Ministério Público, dizer se há justa causa para a instauração da ação penal. Não havendo, poderá requerer o arquivamento. Como o Ministério Público é aquele quem tem o poder de oferecimento da denúncia, à ele pertence a decisão de arquivar. Podendo ocorrer os casos de conflito com o órgão julgador, como nos casos anteriormente já suscitados.

Vale ressaltar que o princípio da insignificância pode ser utilizado tanto para o arquivamento quanto para o oferecimento da denúncia. Uma vez que a conduta se enquadra no fato típico formalmente previsto, é necessário que além da tipicidade formal, haja a tipicidade material. Ou seja, que aquele ato cause dano ao bem jurídico tutelado, ou que produza um risco relevante e real sobre o mesmo.

Nesse momento é que deve ser aplicado o referido princípio, uma vez que a conduta meramente formal, porém, sem efeitos materiais relevantes no bem jurídico tutelado pelo direito penal. O professor Thiago Minagé entretanto, ressalta que existe muita resistência contra esse princípio. Uma vez que há quem entenda que o mesmo enfraquece o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade entretanto, não deixa de ser cumprido, uma vez que o direito material não foi gravemente atingido, não há que se falar na tutela penal. Já que, em contra partida, é também necessário se respeitar o princípio da intervenção mínima, ou seja, se lembrar que o direito penal somente deve ser usado em ultimas circunstâncias (*Ultima Ratio*), excepcionalmente quando os outros ramos do direito não forem suficientes para resolverem o conflito existente entre a conduta e o bem jurídico tutelado.

Caso ocorra a extinção da punibilidade antes mesmo da instauração da ação penal, pode se falar em extinção da punibilidade sem que haja uma acusação versando sobre o fato delituoso, de acordo com majoritária doutrina e jurisprudência. Dessa forma, isto ensejará que

o inquérito seja arquivado ou que haja a prolação de sentença declaratória da extinção da punibilidade? Majoritariamente, que seja prolatada sentença, entretanto, sem que haja produzido coisa julgada material.

Em contra partida, outros entendem que se trata de casos de mero arquivamento do Inquérito Policial, uma vez que sentença é o ato pelo qual o juiz põe fim ao processo penal, com ou sem julgamento de mérito. E, uma vez que o inquérito policial se trata de procedimento pré-processual, não há jurisdição.

CAPTÍTULO 3 - DO ABUSO DE AUTORIDADE E O ATO DE INDICIAMENTO

3.1 Do conceito e dos crimes de abuso de autoridade

O abuso de autoridade se trata de crime regulado pela lei 4.898 de 9 de Dezembro de 1965. A qual regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal.

Ou seja, inicialmente, o ato de abuso de autoridade enseja a tríplice responsabilização: responsabilização administrativa, civil e criminal, sendo esta última o chamado crime de abuso de autoridade. Logo, a lei nº 4.898/65 não é um diploma exclusivamente criminal, uma vez que seu artigo primeiro apresenta a possibilidade de responsabilização administrativa e civil, além da penal.

“Art. 1º O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei”.

Sendo que o direito de agir contra este abuso, se dará por meio de representação, exercida através de petição. Que será dirigida diretamente para a autoridade superior e legalmente competente para aplicar a penalidade à autoridade que comete a infração, seja ela civil ou militar. Ou também, dirigida ao órgão do Ministério público que tiver competência para iniciar o processo crime contra autoridade culpada.¹⁰⁹

¹⁰⁹ BRASIL. Lei Nº 4.898, de 9 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>.

Dessa forma, o crime de abuso de autoridade, consiste na prática pelo órgão público, no exercício de suas funções e atribuições, de atos que vão além dos limites das mesmas, conseqüentemente prejudicando alguém. O ato praticado, deve ser ilícito. E por ser abuso de autoridade, deve o mesmo ser praticado por quem a detém. Ou seja, por funcionário público no exercício de suas funções. Mas, em contra partida, que não tenha motivo que o legitime. Sendo portanto, no todo, um exercício irregular do direito, uma vez que há a sobreposição jurídica de uma pessoa em relação à outra, sem que necessariamente haja um nível hierárquico entre quem comete o abuso, e quem o sofre.

Ilícito uma vez que está presente no texto legal, através da lei 4.898. Como o próprio nome já diz, deve ser cometido por autoridade, ou seja, quem detém de alguma forma competência legal para a prática de determinados atos. Como por exemplo, um funcionário público, ou seja, aquele à quem o Estado concede um tratamento diferenciado, por ser parte representante dele mesmo. Seja ele um magistrado, um promotor, um policial, ou um servidor público de algum órgão que também seja uma extensão do Estado. (Secretarias de fazenda, Inspetorias fiscais, Receitas federais, Ministério da Fazenda, etc.)

Vale também ressaltar que o código penal em seu artigo 61, inciso II, alínea f¹¹⁰, o qual nos traz as formas de circunstâncias agravantes dos crimes, também prevê o abuso de autoridade como forma de agravante para os crimes que são cometidos mediante o seu uso.

O artigo 3º da lei 4.898/65¹¹¹ determina algumas definições de condutas tidas como abuso de autoridade qualquer atentado à alguns direitos, como por exemplo contra a liberdade de locomoção, à inviolabilidade de domicílio, sigilo da correspondência, entre outros.

¹¹⁰ CP, Art. 61, II, f: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: com abuso de autoridade (...)"

¹¹¹ Art. 3º. "Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio; c) ao sigilo da correspondência; d) à liberdade de consciência e de crença; e) ao livre exercício do culto religioso; f) à liberdade de associação; g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; h) ao direito de reunião; i) à incolumidade física do indivíduo; j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. (Incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79)"

Em seguida, no mesmo texto legal, em seu artigo 4º, este define outros atos que também se caracterizam como abuso de autoridade. Entre eles (a) executar ou ordenar medida privativa de liberdade sem as formalidades legais ou com abuso de poder; (b) Submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; (c) deixar de comunicar, , imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; (d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; (...); i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

Alguns exemplos que podem e se adéquam ao direito processual penal. Em especial às suas autoridades uma vez que se encontram em poderes de autorizar ordens relacionadas à execução de medidas privativas de liberdade. Ou seja, o juiz de direito, responsável pela ação penal ou investigação policial. Outro exemplo como o delegado de polícia, autoridade competente de informar o juiz no prazo adequado de 24 horas sobre prisão ou detenção de qualquer pessoa (Como nos casos mencionados da prisão em flagrante). Este também, pode ser incluído no caso de não liberar aquele que apresente a possibilidade de prestar a fiança referente ao crime cometido.

Ou seja, muitos deles são aplicáveis no âmbito do direito penal. No momento persecutório do direito que o Estado possui de buscar aquele responsável pela prática do ilícito penal. Mas que algumas vezes pode cometer algum excesso quanto às suas atitudes ou medidas adotadas, colocadas em prática pelas autoridades previstas em lei como competentes para que exerçam esses atos em nome do Estado.

Dessa forma, o sujeito ativo, que põe em prática a função do Estado, de fiscalização e garantia de aplicação da lei, é a autoridade pública. No caso, todos aqueles que estão voltados para os fins penais estatais. Então, a infração de abuso de autoridade se trata de crime

funcional, próprio, ou seja, praticado por funcionário público que possua cargo de autoridade. Assim como é trago o conceito, pelo artigo 5º da lei 4.898: "Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração."

Da mesma forma, presente também no artigo 327 do código penal, que traz a definição de funcionário público:

"Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 1980)"

Enquanto que existem dois sujeitos passivos. Inicialmente e imediatamente, aquele que sofre com a conduta abusiva. Podendo ser pessoa jurídica ou, em âmbito penal e na maioria das vezes, a pessoa física. E, mediadamente, o próprio Estado. Uma vez que o abuso de autoridade significa a irregularidade na prestação de serviço pelo próprio Estado, através das ações cometidas por seus funcionários. Causando assim prejuízo para si próprio, tornando-se vítima na medida em que o seu funcionário representativo está cometendo ato ilícito, irregular, não representando o Estado como deveria.

E, além disso, são dois os objetos juridicamente protegidos pela lei de abuso de autoridade. O principal, imediatamente é a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos das pessoas físicas e jurídicas (no caso de crime de abuso de autoridade contra estas). E secundariamente, mas não menos importante, a própria aplicação normal e regular das prestações dos serviços públicos. Dessa forma, protegendo o indivíduo por si só que usufrui dos serviços que o estado de direito pode oferecer, além do seu regular cumprimento.

Quanto a sua punição, se trata de crime cometido com dolo. Uma vez que não se pode tentar agir com abuso de autoridade na maioria dos casos. Sendo preciso, então, que esse dolo abranja a consciência por parte da autoridade que estará cometendo o crime. Como se pode exprimir do caput do artigo 3º da lei 4.898/65: “Art. 3º Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:”.

Ou seja, é necessária também a finalidade específica do agente de cometer o abuso, de agir arbitrariamente. Entretanto, sendo abordado por uma via alternativa, segundo Daniel Ferreira de Lira¹¹², caso a autoridade tenha um interesse justo em proteger o interesse público, e por conta disso acaba por cometer algum excesso. Sendo este um exemplo de excesso culposos, sendo o ato ilegal, mas não havendo o crime de abuso de autoridade, não sendo culpável. Já que comete o excesso em momento que buscava proteger o interesse do Estado.

Enquanto isso, no artigo 4 da lei 4.898/65, que traz outras formas de cometer o crime de abuso de autoridade, temos alguns casos em que se admitem sim a tentativa, como as alíneas "a", "b", "e", "f" e "h", por exemplo, enquanto as demais não. Nos casos das alíneas "c", "d", "g" e "i", estes não podem admitir a tentativa uma vez que são crimes omissivos próprios. Ou seja, configuram um "deixar de fazer", um "não fazer".

¹¹² LIRA, Daniel Ferreira de. Crimes de abuso de autoridade: uma análise atual da Lei nº 4.898/65 à luz da jurisprudência dos tribunais superiores. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11734>. Acesso em dez 2016.

Assim, trata-se de crime material e de conduta mista¹¹³, ou seja, composto de uma ação e de uma omissão. Podendo ocorrer o crime de abuso quando por exemplo se prolonga uma prisão irregular de prisão temporária, pena ou medida de segurança. No caso, em seu artigo 4º, alínea "i", se fala da prisão temporária, mas não se fala nos casos de prisão preventiva. Logo, pode-se regular a prolongação desta, pela alínea "b" do mesmo artigo, a qual configura o constrangimento ilegal do preso, uma vez que não obtém sua liberdade já previamente concedida.

E como previsto na lei 4.898, no artigo 6º, §3º, em todas as condutas do crime de abuso de autoridade, a pena será de no máximo 6 (seis) meses de detenção. Podendo ser aplicada multa. Entretanto, poderá ocorrer também a perda do cargo exercido pelo funcionário juntamente com sua inabilitação por um prazo de até 3 anos. Além de que tais medidas poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente, de acordo com seu §4º.

"Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

- a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;
- b) detenção por dez dias a seis meses;
- c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.

§ 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente. "

Ou seja, se garante, dependendo da gravidade da atitude abusiva cometida pela autoridade pública, que esta perca seu cargo imediatamente, e ainda seja impedido de não poder voltar à possibilidade de exercer novamente uma função representativa do estado. Ou

¹¹³ LIRA, Daniel Ferreira de. Crimes de abuso de autoridade: uma análise atual da Lei nº 4.898/65 à luz da jurisprudência dos tribunais superiores. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11734>. Acesso em 2 dez de 2016.

seja, garantindo-se que o mesmo não se repita pelo prazo previsto, além do que for necessário para um eventual reingresso nos quadros da administração pública do Estado.

No âmbito do direito penal, ainda se propõe no parágrafo 5º do mesmo artigo da mesma lei, há um tratamento especial para aqueles que ocupam cargos de uma responsabilidade especial para aqueles que ocupam cargos de policiais militares ou civil. Uma vez que estes cometam o abuso, poderão receber como pena, além das já previstas no parágrafo terceiro, a proibição de exercício de suas funções de polícia pelo prazo de 1 a 5 anos.

§ 5º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

Ou seja, uma vez que exercem um cargo de agentes públicos com maior peso, maior importância para o estado, visto que sua prestação é de extrema importância para a sociedade em geral, aquele que se dispõe a "servir e proteger" a sociedade, não pode ao mesmo tempo atentar contra a mesma. Dessa forma, sendo preciso garantir com essa medida, que apenas aqueles de melhor índole permaneçam constituindo os quadros de funcionários públicos policiais do Estado.

Já a ação penal para o crime de abuso de autoridade se dá por ação penal pública incondicionada. A lei 4.898/65 estipula em seu artigo 12, a necessidade de instrução da ação penal com a devida representação da vítima que sofre com o abuso de autoridade. Não se tratando entretanto, daquela condição de procedibilidade estipulada pelo Código de Processo Penal para o correto ajuizamento de ação penal privada, mediante representação do ofendido.

Se trata de direito do ofendido de peticionar contra este ato abusivo, previsto em nossa constituição, em seu artigo 5º, XXXIV, alínea "a"¹¹⁴.

A lei 5.249/ de 1967, inclusive, posteriormente promulgada, surge e passa a ratificar este ponto, uma vez que pela simples leitura do artigo 12 da lei 4.898/65, cabe a possibilidade de entendimento de que a representação do ofendido pela autoridade se faz necessária para a instauração da ação penal.

Em seu artigo primeiro da lei 5.249/67¹¹⁵, é determinado expressamente que a falta de representação do ofendido nos casos de abuso de autoridade previstos na lei 4.898/65 não impede a iniciativa ou o curso da ação. Dessa forma, se trata de ação penal pública incondicionada.

Nesse sentido, o STJ inclusive já se manifestou pela não necessidade da representação do ofendido.¹¹⁶

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE – LEI Nº 4.898/65. FALHA NA REPRESENTAÇÃO INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. ART. 1º DA LEI Nº 5.249/67.

Em se tratando de crime de abuso de autoridade, Lei nº 4.898/65 - eventual falha na representação, ou sua falta, não obsta a instauração da ação penal. Isso nos exatos termos do art. 1º da Lei nº 5.249/67, que prevê, expressamente, não existir, quanto aos delitos de que trata, qualquer condição de procedibilidade. Habeas corpus denegado. "

¹¹⁴ CF, Artigo 5º, XXXIV, alínea "a" - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;"

¹¹⁵ BRASIL. Lei 5.249 de 9 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a Ação Pública de Crimes de Responsabilidade. Diário Oficial da União. BRASÍLIA, 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5249.htm>.

¹¹⁶ STJ - HC: 19124 RJ 2001/0149940-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 02/04/2002, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.04.2002 p. 226.

Entretanto, ainda que se trate de ação penal incondicionada, o artigo 16 da lei 4.898/65 permite que caso o próprio Ministério Público não ofereça a denúncia no prazo fixado de quarenta e oito horas, previsto no artigo 13, será então admitida a ação penal privada. Podendo o Ministério Público aditar a queixa e repudiá-la, para então oferecer a denúncia substitutiva para interferir em todos os termos do processo, para que nos casos de negligência do querelante, aquele possa retomar a ação como parte principal.

"Art. 13. Apresentada ao Ministério Público a representação da vítima, aquele, no prazo de quarenta e oito horas, denunciará o réu, desde que o fato narrado constitua abuso de autoridade, e requererá ao Juiz a sua citação, e, bem assim, a designação de audiência de instrução e julgamento.

Art. 16. Se o órgão do Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo fixado nesta lei, será admitida ação privada. O órgão do Ministério Público poderá, porém, aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva e intervir em todos os termos do processo, interpor recursos e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal."

Já que existem dois sujeitos passivos, a vítima e o próprio Estado, sendo o primeiro como vítima imediata, como já mencionado anteriormente, se trata da vítima do abuso pro parte de autoridade, logo, pode-se imaginar que se faz necessário que este represente para ver o Estado buscando aplicar as devidas sanções legais.

Porém, ainda nesse raciocínio, lembrando-se que o Estado também se apresenta como vítima do abuso cometido por sua própria autoridade representativa, sendo então a vítima medita, por assim ser, faz sentido que ele próprio tenha autonomia para iniciar, por vontade própria e sem necessidade de provocação, a ação penal. O que não signifique que a representação se faça desnecessária.

Supondo que somente a vítima tenha conhecimento do abuso, já que ela própria sofreu o mesmo, em regra, não haverá como o Estado (no caso, a autoridade superior representante da

autoridade que comete o abuso) tomar ciência do acontecimento. Neste caso, não se trata de condição de procedibilidade processual da ação novamente. Mas podemos dizer que, no caso da vítima ser a única conhecedora do fato, somente ela poderá fazer com que a ação penal seja instaurada pelo Estado.

3.1 O indiciamento do delegado de polícia

Resumidamente, o indiciamento se trata de ato formal, de atribuição exclusiva do delegado de polícia, determinado pelo artigo 2º, § 6º da lei 12.830. Este, ao longo da investigação realizada pelo inquérito policial, irá formal sua convicção sobre a existência de um crime, se este realmente ocorreu, e a autoria ou inocência do sujeito de que se suspeita ter cometido o mesmo crime, sendo ele então investigado.

"Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias."

O indiciamento exatamente por ser um ato privativo do delegado de polícia, necessita de fundamentação adequada por parte da autoridade competente, já que em seguida poderá ser iniciado o processo criminal em si, caso haja a denúncia pelo Ministério Público. Essa formalidade do ato de indiciamento é necessária pois irá expor conclusões a respeito da opinião da autoridade policial sobre o fato investigado, por isso, sendo preciso a fundamentação do mesmo.

Introduzido todo o contexto do indiciamento policial, algumas palavras são muito comuns, entretanto, pouco distintas uma das outras. São os casos de: Indiciado, denunciado e réu. As mesmas se encontram interligadas, uma vez que primeiro o sujeito será tratado como indiciado, posteriormente denunciado e por fim se tornará réu em processo de ação penal. Ou

seja, estão relacionadas entre as etapas de todo processo penal, que se inicia na investigação do inquérito, até o julgamento de determinada pessoa.

Antes de ser chamada de indiciado, o sujeito investigado é nada mais nada menos que o próprio verbo atribuído à ele: investigado. Possui algum envolvimento com a situação, sendo considerado como mero suspeito.

Aquele que se encontra sendo investigado passa à condição de indiciada, por exemplo, quando o inquérito policial aponta um ou mais indícios de que ela cometeu determinado crime. O indiciamento então é formalizado pelo delegado de polícia, com base em evidências colhidas em depoimentos, laudos periciais e escutas telefônicas, entre outros métodos de investigação, que no fim do inquérito se dão como suficientes para a materialização de autoria e materialidade.

Uma vez iniciado o inquérito policial, este terá por objetivo a coleta de todos os elementos capazes de serem utilizados como provas, necessários para se provar a materialidade, a existência, de um ato delituoso. E ao término deste , quando for possível concluir por meio destas provas a existência de uma autoria, individualizando possíveis autores, o Delegado de polícia irá, então, realizar este ato. Justificando o porque de acreditar ser aquela(s) pessoa(s) a(s) autora(s) do fato, juntamente com base nas provas que eventualmente obtiver.

Havendo indícios suficientes, capazes de fazer com que o delegado indicie o sujeito, assim, será imputando ao indivíduo, através do inquérito policial, a prática do ilícito penal. O indiciamento será então constituído no momento em que a autoridade policial, se convence que existem indícios suficientes de que aquela pessoa praticou um delito, uma infração penal, alterando o "status" da pessoa de investigado a indiciado.

Então, em seguida, concluído o inquérito, a autoridade policial o encaminhará ao Ministério Público, que, por sua vez, passa a analisar se há ou não provas contra o indiciado. Se considerar que há provas, o Ministério Público, por meio do promotor de Justiça, apresenta denúncia à Justiça, fazendo com que aquele eventualmente se torne réu em ação penal.

Por fim, para se tornar réu, apenas quando o judiciário aceitar a denúncia formulada pelo Ministério Público, o denunciado passa à condição de réu e começa a responder ao processo judicial. Nessa fase, ele terá todas as garantias de quem é acusado e processado por um suposto crime, principalmente ao direito ao contraditório e a ampla defesa.¹¹⁷

É preciso entender que, ainda que alguém se torne réu em uma ação penal, o princípio da presunção de inocência deve sempre prevalecer até que se prove o contrário, conseguindo-se alcançar a prolação de sentença penal condenatória que transite em julgado. Uma vez que é preciso para a garantia de aplicação de todos os princípios básicos do direito penal sejam aplicados antes que seja decidido finalmente a culpa ou inocência de qualquer indivíduo.

Nesse sentido, o Min. Celso de Mello, durante inquérito no estado de Minas Gérias, em decisão transcrita em Informativo de número 323/STF¹¹⁸, se posiciona:

"Se é inquestionável que o ato de indiciamento não pressupõe a necessária existência de um juízo de certeza quanto à autoria do fato delituoso, não é menos exato que esse ato formal, de competência exclusiva da autoridade policial, há de resultar, para legitimar-se, de um mínimo probatório que torne possível reconhecer que determinada pessoa teria praticado o ilícito penal.

O indiciamento não pode, nem deve, constituir um ato de arbítrio do Estado, especialmente se se considerarem as graves implicações morais e jurídicas que derivam da formal adoção, no âmbito da

¹¹⁷ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. "Indiciamento na investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia". Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3849, 14 jan. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26390>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

¹¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo STF Nº323. Brasília, 29 de Setembro a 3 de Outubro de 2003. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo323.htm#Inquerito Policial: Controle Judicial do Indiciamento \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo323.htm#Inquerito%20Policia%3A%20Controle%20Judicial%20do%20Indiciamento%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es))> Acessado em: 3 de Dezembro de 2016.

investigação penal, dessa medida de Polícia Judiciária, qualquer que seja a condição social ou funcional do suspeito. Doutrina. Jurisprudência."¹¹⁹

3.2 Espécies de indiciamento

E no inquérito, existem algumas espécies do indiciamento, sendo elas indiciamento formal, o material, o coercitivo e por fim o indireto. Sendo o Formal, aquele realizado durante o devido cumprimento e desenvolvimento da investigação criminal, uma vez que o delegado tiver suficiência material para construir seu convencimento acerca dos fatos, e da possível autoria. Consequentemente ele deverá gerar o auto de qualificação e interrogatório do indiciado, as informações colhidas sobre o mesmo, como por exemplo, sua vida pregressa. Juntamente com o boletim de identificação criminal pelo processo datiloscópico. Juntos, essas três peças¹²⁰ constituirão o indiciamento formal.

Enquanto que o indiciamento material ganhou maior destaque uma vez que a lei 12.830/2013 passou a determinar em seu artigo 2º, §6º¹²¹, a fundamentação do indiciamento. Dessa forma, o indiciamento material consiste em nada mais, nada menos que o despacho gerado pelo Delegado de polícia onde expõe as razões e os fundamentos de sua decisão. O entendimento é de que o indiciamento material precede o indiciamento formal, uma vez que este é composto pelas peças de auto de qualificação e interrogatório do indiciado, ficha de vida pregressa e o boletim de identificação. Ou seja, documentos meramente formais que instruem o indiciamento.

Já o indiciamento coercitivo é aquele proveniente da lavratura do auto de prisão em flagrante. Da mesma forma que se instaura de maneira coercitiva o inquérito policial após a realização da prisão em flagrante. A prisão em flagrante de uma pessoa, consequentemente

¹¹⁹ STF - Inq: 2041 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 30/09/2003, Data de Publicação: DJ 06/10/2003 PP-00058

¹²⁰ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. "Indiciamento na investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia". Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3849, 14 jan. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26390>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

¹²¹ "Art. 2º, § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias."

resultará no seu formal indiciamento, sendo assim chamado de coercitivo, ou também, obrigatório. Uma vez que a própria pessoa se coloca em posição de maior certeza para a elaboração do indiciamento pelo delegado de polícia.

Fazendo inclusive com que não tenha tanta necessidade do indiciamento material por parte do delegado neste caso, uma vez que os fundamentos para a decretação da prisão em flagrante poderão ser aproveitados como provas subjetivas para o formal indiciamento. O que não obsta a autoridade policial de ter a obrigação de realizar todos os atos necessários do inquérito. E conseqüentemente, também sendo necessário a formal juntada das peças do indiciamento formal. Ou seja, a qualificação do interrogatório, as informações de vida pregressa do sujeito e o seu boletim de identificação criminal).

Por fim, há também o indiciamento indireto, uma vez que o investigado não é encontrado durante a fase de investigação policial. O ato do indiciamento, tem como uma das principais funções tornar público a atualização do "status" do sujeito dentro de todo o processo de investigação do crime. Sendo necessário, além disso, informar ao próprio sujeito sobre sua condição mais atual dentro do caso. Assim, como consequência, o indiciamento indireto compromete o indiciamento formal, uma vez que este não poderá ter seu conteúdo complementado devidamente com suas peças, uma vez que não será possível realizar o interrogatório do indivíduo.

"O indiciamento indireto ocorre quando o suspeito não tiver sido localizado pessoalmente, ou de outro modo, quando, embora ouvido anteriormente dentro do procedimento em condição diversa, não é encontrado para a formalização de seu novo status como investigado."¹²²

¹²² LUPO, Fernando Pascoal. "Indiciamento e Formal Indiciamento. Distinção." Ministério Público do Estado de São Paulo. Artigos. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos/INDICIAMENTO%20E%20FORMAL%20INDICIAMENTO.%20DISTIN%C3%87%C3%83O..pdf> Acessado em 3 de dezembro de 2016.

CONCLUSÃO

Finalmente, após todos os esclarecimentos acerca de pontos mais contundentes do sistema penal e processual brasileiro, ou seja, respectivamente, os sistemas penais acusatório e inquisitório e, em seguida, o estudo de fases processuais como o inquérito policial e o crime de abuso de autoridade, chegamos em momento ao qual tudo se une para talvez esclarecer algo que nem todos tem a possibilidade de perceber. Ou, para aqueles que já percebem, para apenas se reafirmar aquilo que precisamos buscar melhorar em nosso ordenamento.

Em ambos os casos, seja para quem precisa se elucidar acerca dos fatos ou, seja para quem já se encontra por dentro da situação, faz-se necessário buscar sempre a melhora do nosso sistema de direito penal, além, é claro, de em todos os ramos do mesmo.

Assim, vimos que o sistema penal brasileiro, dito atualmente como acusatório, se trata daquele que melhor se adéqua à busca das garantias e proteções individuais do direito e do estado democrático de direito para o cidadão em si e para toda a sociedade em geral. Ainda que com alguns pontos em desfalque, e a contínua bagagem de Inquisitoriedade, precisamos entender que se o sistema almeja o estado democrático de direito, precisamos sempre manter as buscas para que cessem qualquer tipo de resquício retrógado de sistemas penais defasados, e que vão de encontro com o interesse democrático do estado de direito.

Não é a toa que, como muitas vezes mencionado, temos diversos casos em que a pressão pública, e o enorme esforço da mídia para cobrir e divulgar casos considerados como "tragédias", casos inesquecíveis, que precisam ser lembrados, nos levam a criar dentro de nós uma vontade de que aquilo nunca mais ocorra, e conseqüentemente, para alguns, cria-se também a idéia de justiça, que esta deve ser feita. E a partir disso, muitas vezes se confunde a ideia de justiça, com vingança.

Em seu artigo¹²³, Rubens Casara nos remete à época de governo de Adolf Hitler, em momento que era prestigiado por revistas que o elogiavam pela sua luta contra a corrupção e o comunismo que "ameaçavam os valores ocidentais". Uma vez que a justiça penal nazista foi concretizada às custas dos direitos e garantias individuais, que foram tomados não como princípios, mas sim como obstáculos à eficiência do Estado e ao projeto de "purificação" das relações sociais e do corpo político alemão.

A ideia de defesa da "lei e da ordem", "da disciplina e da moral" também defendidos por Hitler, nos remetem a atuais defensores que chegam muito perto de repetirem as mesmas palavras. Entretanto o que temos hoje são discursos mais voltados para a defesa dos bons costumes e a "defesa da Família Brasileira".

Dessa forma, juízes da época, alguns por convicção e outros por medo, mudaram seus posicionamentos jurisprudenciais sedimentados no direito alemão, simplesmente para atender à seu líder. O medo de juízes de desagradarem a opinião pública e cair em desgraça, acusados de serem coniventes com a "criminalidade e a corrupção", ou de se tornarem vítimas das polícias nazistas, foi um fator que não pode ser desprezado ao se analisar as violações aos direitos e garantias individuais que foram cometidos e homologados pelos tribunais.

E para isso, os meios de comunicação em massa, sua enorme capacidade de difundir uma notícia de forma a agradar o que o povo quer, torna tudo mais fácil para que a justiça seja feita em favor da maioria, e não em favor à lei e ao que se deveria ser protegido, ou seja, a lei maior da Constituição. E ao mesmo tempo, facilita também a colocar qualquer julgador em posição de opositor ao interesse da maioria, que acredita que a sua vontade é única e exclusivamente correta, sem os devidos parâmetros legais e democráticos estabelecidos pela Carta Magna.

¹²³ CASARA, Rubens. "Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública?" Justificando. Artigos. 12 de Março de 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opinioao-publica/>>. Acessado em 7 de Dezembro de 2016.

"O principal limite ao exercício do poder é formado pelos direitos e garantias fundamentais, verdadeiros trunfos contra a opressão (mesmo que essa opressão parta de maiorias de ocasião, da chamada "opinião pública"). Sempre que um direito ou garantia fundamental é violado (ou, como se diz a partir da ideologia neoliberal, "flexibilizado") afasta-se do marco do Estado Democrático de Direito.

Nada, ao menos nas democracias, legitima a "flexibilização" de uma garantia constitucional, como, por exemplo, a presunção de inocência (tão atacada em tempos de populismo penal, no qual a ausência de reflexão – o "vazio do pensamento" a que se referia H. Arendt – marca a produção de atos legislativos e judiciais, nos quais tanto a doutrina adequada à Constituição da República quanto os dados produzidos em pesquisas sérias na área penal são desconsiderados em nome da "opinião pública")."

Ou seja, muitas vezes a democracia da opinião tenta e muitas vezes também consegue falar mais alto que a democracia do direito. Uma vez que a própria ideia opressora, ou atitudes opressoras partem, se originam, de um pensamento da maioria da população (independente do porque ou por quem que a influenciou para tal) que se usa de fundamento permissivo a ideia de democracia, para ter suas vontades realizadas.

Casos midiáticos como a morte do jovem Rafael Mascarenhas, atropelado dentro de túnel interditado, o desastre da Boate Kiss, na qual ocorreu incêndio que resultou na morte e lesão de várias pessoas, a morte do cinegrafista Santiago Andrade, que cobria uma manifestação no Centro do Estado do Rio de Janeiro. Casos em que a mídia proporcionou ampla divulgação, constante, e por extenso lapso de tempo. Levando, por exemplo nesses casos, a comoção nacional da população por esses casos. Casos em que nem o desaforamento¹²⁴ do processo será suficiente para garantir a imparcialidade do julgador, pois o país inteiro está em contato e envolvido com o caso.

E conseqüentemente, pelo menos inicialmente, em alguns casos, condenações exorbitantes são decididas, quando o dolo de matar passa a ser justificado pela existência de

¹²⁴ Artigo 427, Código de Processo Penal: "Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)"

alvará irregular de um estabelecimento. Quando o dolo eventual passa a ser utilizado de maneira não fundamentada, com a intenção de que se chegue a condenação que se satisfaça a ideia maçante de "justiça" que todos aguardam. Porque a palavra justiça, mesmo que muitos não saibam, se está sendo usada como máscara para a palavra vingança. E assim, o direito deve buscar a justiça por meio da aplicação de seu escopo legal, e não pela influência popular.

Quanto ao inquérito policial, a mesma crítica se aplica. Uma vez que será responsável a autoridade policial para, inicialmente, desvendar qualquer dúvida a cerca de um ato praticado ou da suspeita de que tenha sido praticado. Uma vez que no âmbito do sistema acusatório penal nenhuma prova deve ser levada como absoluta, e sim, como já mencionado, de forma relativa. Assim a confissão não será necessariamente a prova necessária para se achar o culpado. Da mesma forma que o suicídio, não poderá excluir a possibilidade de um assassinato. Nada é verdade absoluta, mas sim, permitido que se pense em todas as possibilidades.

Muitas vezes o que se enxerga durante o inquérito é uma vontade de se descobrir e apontar um culpado, quando a sua real função é buscar indícios de autoria e materialidade. O que no caso, existe enorme espaço de conceito entre um e outro. Quando o culpado só assim poderá ser "achado", "desvendado" após o devido trâmite legal de ação penal, e não durante o inquérito. Uma vez que autoria e materialidade, indicam somente aquele que cometeu, mas não esclarece nem julga, quais os motivos da prática.

Sendo necessário que haja toda um estudo de caso, para se entender se realmente existe um culpado, ou na verdade um mero autor de ato ilícito, pois uma vez que se encontra pautado e tipificado em lei, este ato é ilícito. Sendo necessário que haja a busca da possibilidade de serem casos que continham algum excludente de ilicitude, algum excludente de culpabilidade e até mesmo punibilidade.

O inquérito policial não é a engrenagem responsável do direito penal de se achar o responsável pelo crime, e imputá-lo como tal. Mas sim a engrenagem responsável que levará

o agente (ou possível agente) do crime para o próximo andar da máquina estatal de julgamento. Sendo esta a competente para determinação e publicidade dos fatos que serão discutidos e decididos. Devendo então o inquérito policial, ser realizado com máximo de profissionalismo pelos oficiais do estado, ou seja, policiais, inspetores, delegados. Pois, inicialmente, é através deles que os direitos e garantias individuais do cidadão podem começar a acabar.

Porque, mais uma vez a mídia tem o poder de influência de informações, antes mesmo do caso ser levado a apreciação de um processo penal. E dessa forma, o inquérito tem que ser o mais cauteloso possível para não ultrapassar seus limites de investigação. Pois a partir dele já podemos ter para a sociedade, um culpado. Quando na verdade nem sequer julgado o indivíduo foi. E aquele sentimento de "justiça" novamente ressurgiu, se propagando e crescendo cada vez mais que o processo se propaga no tempo até o sentenciamento final.

É preciso lembrar que no âmbito do processo penal brasileiro, a constituição estabelece o princípio da inocência, mas em contra partida, na prática temos a pré conceituação de um culpado na pessoa daquele indivíduo que nem sequer foi submetido a depoimento pessoal em fase de instrução da ação penal.

E para isso, é preciso deixar registrado, que para o inquérito ocorrer de forma saudável, para todas as partes, acusado e autoridades policiais, é preciso que estas últimas entendam que todos tem direito garantido de serem tratados como sujeitos de direito, até que se prove que são realmente culpados pelos seus atos.

E ainda assim, que sejam, continuarão a serem sujeitos de direitos. A sociedade é formada por sujeitos de direitos, independente dos atos praticados por elas, ainda que ilegais. A diferença será a imputação penal dada para eles, não podendo haver diferenciamento de tratamento individual legal, por conta disso.

Por fim, o ato de indiciamento, de certa forma, não se trata de um dos atos mais importantes no contexto do processo penal. Mas sim um ato de extrema relevância. Uma vez que, ele irá ser o passo inicial para o Ministério Público realizar a denúncia contra o indiciado e assim, conseqüentemente, acarretando em todo o desenrolar de uma ação penal.

É claro, que existem casos diversos em que o Ministério Público opta por não oferecer a denúncia, em casos em que entende não haver crime, obviamente. Entretanto, existem também muitos casos em que a denúncia é realizada, e após grande tempo de processo, se percebe que a ação penal não deveria nem ter sido proposta. Visto que no desenrolar de todo o processo, remeteu-se ao inquérito a falta de provas suficientes para sequer realizar o indiciamento contra determinado sujeito.

O caso do empresário Daniel Dantas, durante a operação Satiagraha, teve concedido provimento em dois Habeas Corpus, uma vez que foram expedidos dois decretos de prisão em seu nome, em menos de 24 horas. Com a argumentação de que a investigação necessitava da prisão preventiva do empresário para a obtenção de novas provas que poderiam incriminar o empresário. Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que estas novas provas não haviam relevância suficientes para permitir que nova ordem de prisão fosse concedida. A liberdade deve ser a regra e a prisão, ser a exceção.

O empresário foi indiciado pela polícia federal, pelos crimes de gestão fraudulenta, formação de quadrilha, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e empréstimo vedado, no curso da operação Satiagraha. Com isso, após o indiciamento, é que foram tomadas medidas de investigação para se obter provas contra Dantas. Sendo uma delas, as duas prisões decretadas por juízo da 6ª Vara Federal de São Paulo.

Entretanto no entendimento do Ministro Gilmar Mendes¹²⁵ em medida cautelar em habeas corpus 95.009-4:

"A ordem de encarceramento também não poderia basear-se na conveniência da instrução criminal exatamente pela constatação do suposto crime de corrupção ativa, confundindo-se pressuposto com requisito da prisão preventiva.

O exame do panorama probatório até aqui conhecido indica que a própria materialidade do delito se encontra calcada em fatos obscuros, até agora carentes de necessária elucidação, dando conta de se haver tentado subornar Delegado da Polícia Federal.

De outro lado, ainda que se considerasse provada a materialidade, é certo que não haveria indícios suficientes de autoria no tocante a Daniel Valente Dantas.

Frise-se que a única menção ao paciente no depoimento de Hugo Chicaroni se encontra no trecho abaixo:

'Que o declarante informa ter conhecimento que o controlador do GRUPO OPPORTUNITY é DANIEL DANTAS e que HUMBERTO estava na condição, naquele momento, representando (sic) interesses (sic), do GRUPO OPPORTUNITY;'

Evidentemente, essa menção não é suficiente a justificar a conclusão de que o paciente teria envolvimento direto no suposto delito.

Tampouco se presta como prova de autoria a apreensão de documentos apócrifos na residência do paciente contendo lançamentos vagos relativos ao ano de 2004, cujo exame, somente mediante exercício mental, poderia ser aceito como indício de prática delitiva.

Quando muito, tal quadro demanda maior aprofundamento das investigações antes de ser tomada providência tão grave como é a prisão preventiva."

Ou seja, as investigações policiais levaram ao entendimento de que seria necessário para obtenção de provas que nem sequer eram certas de existir, logo a prisão preventiva do empresário serviria como forma de tentativa de obtê-las. Entretanto, foi necessário se chegar ao STF para se entender que tal medida era incabível, antes de maior investigação por parte da

¹²⁵ STF - HC: 95009 SP, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 06/11/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/dl/dd_hc2.pdf > e <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14717068/habeas-corpus-hc-95009-sp>>.

autoridade policial, para que então, somente após se tomar medidas mais graves para que se pudesse buscar mais provas contra o suspeito.

Posteriormente, toda a ação policial foi anulada por decisão do STJ no HC 149250¹²⁶, uma vez que se foi descoberto que houve ilegalidade na coleta de provas por conta do uso indevido de grampos ilegais juntamente com a convocação da ABIN (Agência Brasileira de Inteligência). Logo, as provas estavam contaminadas por ilegalidade na forma de suas obtenções. Consequentemente, houve anulação da ação penal que julgava o empresário Daniel Dantas.

"Assim, no caso em exame, indubitável que as investigações efetivadas pela ABIN, fora de suas atribuições legais elencadas e limitadas, expressamente, no art. 4º, da Lei 9.883/99, em verdadeira usurpação de suas funções e com indisfarçável desvio de poder, na medida em que foi contratado um ex-agente do SNI para realizar atos próprios da polícia judiciária e, o que é mais grave, pago com verbas secretas, ou seja, dinheiro público, sem previsão legal para tanto, constituem uma das mais graves violações ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, inexistem dúvidas de que as referidas provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante já demonstrado acima pela doutrina pacífica e lastreada na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

À evidência, não há como embasar uma denúncia ou a formação do convencimento do juiz para uma prestação jurisdicional revestida da indispensável imparcialidade inerente a todos que exercem, com grandeza e dignidade, a nobre missão de julgar, sem subjetivismos ou tendências ideológicas que não condizem com o verdadeiro sentimento de justiça.

Jamais presenciei, eminentes Ministros, ao defrontar-me com um processo, tamanho descalabro e desrespeito a normas constitucionais intransponíveis e a preceitos legais. Por todo o exposto, concedo a ordem para anular, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douta Procuradoria da República."

¹²⁶ STJ - PETDOC no HC: 149250, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Publicação: DJ 23/03/2011.

O ex-deputado e delegado responsável pela operação, Protógenes Queiroz, foi condenado por violação de sigilo na investigação¹²⁷. A decisão teve por base o fato de o ex-parlamentar ter revelado dados sigilosos da Satiagraha a interessados.

Não se trata de julgar a matéria do caso mencionado, mas sim de exemplificar uma maneira errônea de atuação em inquérito policial. Dessa forma, se faz necessário que o inquérito seja crucialmente desenvolvido e concluído nos ditames da lei, para que ação penal seja devidamente interposta, sem que haja por exemplo toda a sua anulação e todo um gasto da máquina estatal em se trabalhar em cima de um caso que possa vir a se tornar nulo.

E para aquele que irá respondê-la não sofra consequências precipitadas, sem que antes sejam devidamente formuladas provas contra o mesmo. O ato de indiciamento deve ser devidamente fundamentado pelo delegado de polícia, exatamente para que seja legítimo e oficial que o indivíduo se torne indiciado, e possivelmente denunciado em ação penal. Ou seja, a autoridade policial deve revestir o inquérito policial com todas as cautelas necessárias, formal e materialmente, no sentido de se evitar falhas e propiciar a segurança jurídica de todos os envolvidos.

Em conclusão o ponto a ser correlacionado com o abuso de autoridade não se encontra pré contextualizado em artigo legal. Tanto no código Penal, quanto no código de Processo penal. Acontece, que o abuso de autoridade atualmente segue o determinado pela lei 4.898 de 65, a qual estipula ações e omissões por parte de autoridades, funcionários públicos que detém poder de representação em nome do Estado, e que no exercício de suas funções acabam por cometer um abuso. Seja por conta de um excesso, ou simplesmente pelo cometimento do próprio crime em si.

¹²⁷ **Violação de sigilo funcional** - Art. 325, CP - "Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave."

Entretanto, no contexto atual do direito penal e processual penal nunca foi tão amplamente divulgado como tem sido atualmente. Seja pela mídia, ou até mesmo por meios de comunicação social (sendo o face book um dos maiores divulgadores de notícias instantâneas atualmente, tanto por páginas oficiais de jornais quanto pelos próprios perfis individuais).

E isto torna todo o processo penal em si, das investigações preliminares penais do inquérito policial, até a investigação realizada pela análise de provas no âmbito da ação penal direcionada por um juiz de direito, mais complicado. Uma vez que todo o andamento processual está sendo aguardado por muitas pessoas que acompanham o caso. O que não deveria acontecer, já que a direção de todo processo no direito deve seguir conforme entendimento do magistrado e da devida aplicação legal.

Uma vez que toda a sociedade passa a ter maior contato com o âmbito jurídico/penal e, querendo ou não, isto faz com que o julgador passe a ter uma carga de responsabilidade aumentada, já que um caso de resolução normal pelas vias do direito penal seria facilmente determinado, se torna mais suscetível a aplicações de penas exorbitantes para a simples satisfação da vontade de vingança que muitas vezes a sociedade se mostra ter, muitas vezes camuflado pelo ideia de Justiça.

E assim, a legislação penal não estabelece regras para a realização do indiciamento do averiguado no inquérito, ficando a critério da autoridade policial, que poderá colocar o indivíduo em uma situação de insegurança jurídica uma vez que não se tem normas para direcionar a condução do inquérito.

Por isso, segundo Ricardo Eduardo¹²⁸, o indivíduo indiciado deve necessariamente ser indiciada apenas se houver contra si indícios de autoria do crime objeto da investigação. Sob possível pena de estar sofrendo constrangimento ilegal. Meras suspeitas, ou seja, a simples convicção desfavorável a respeito de alguém, leves opiniões subjetivas não são mais que sombras, não possuindo estrutura para dar corpo à prova de autoria.

Então, há de se convir que, o inquérito não pode ser resulta de uma conduta arbitral, unilateral por parte do delegado de polícia, pois poderá causar abalo material e moral ao sujeito indiciado, gerando situação de possibilidade de indenização por parte do Estado. Com isso, a lei 4.898 de 1965, que regulamenta o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, determina em seu artigo 3º, aliena a, que constitui abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção.

Então, não seria o indiciamento não fundamentado um abuso de autoridade? Ainda que a lei não o expressamente o determine? Além do direito de reparo pelos danos causados ao indivíduo, pelo estado, não seria um abuso de autoridade o ato de indiciar sem devido fundamento e apresentação de provas, pelo responsável pelo inquérito?

Uma vez que o indivíduo poderá ficar temporariamente preso, sendo no caso esta ilegítima. Terá seu status de indiciado tornado como público, logo, possivelmente divulgado e gerando influência no ambiente social em que se encontre, causando além de atentado à locomoção, atentado à sua honra, boa imagem perante a sociedade, que muitas vezes poderá ser irreversível. Nenhuma indenização pecuniária consegue tirar o estigma de "envolvido", "suspeito" ou "criminoso", uma vez que determinados atos jurídicos penais se tornam públicos.

¹²⁸ GUILHERME, Ricardo Eduardo. "Artigo: Indiciamento no Inquérito Policial.". Ordem dos Advogados do Brasil - São Paulo. OAB.SP. São Paulo, 8 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2005/11/08/3288>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2016.

Não se trata, enfim, de se discutir as consequências que serão geradas a partir do indiciamento não fundamentado pelo delegado de polícia. Mas sim sobre o ato em si, que vai de encontro a toda a ideia do Estado democrático de Direito que temos adotado em nosso sistema jurídico. As consequências são sim importantes, mas de nada adianta resolvê-las sem resolver o fato gerador das mesmas.

O ato de indiciamento deve ser devidamente fundamentado, uma vez que, sendo a investigação policial devidamente realizada dentro dos parâmetros legais, seguidos pelo delegado de polícia, não haverá brecha para admissibilidade de ilegalidades no inquérito, e conseqüentemente a sua má fundamentação.

Caso haja a falta de fundamentação necessária para se indiciar alguém, pelo princípio da inocência, seria de maior cautela que a autoridade policial remeta o inquérito para o crivo de admissibilidade do Ministério Público, deixando nas mãos deste a responsabilidade de, entendendo haver indícios de violação da lei por parte do indivíduo, que se requeira ao juiz de direito que seja devolvido o inquérito para que então seja realizado o indiciamento.

Ou seja, o ato de indiciamento será realizado após a análise de três autoridades distintas, três análises jurídicas realizadas por autoridades legítimas e competentes, para se poder indiciar um indivíduo. Não se deixando na possibilidade de decisão somente nas mãos do delegado de polícia. Ou seja, aumentando-se a segurança jurídica do cidadão, uma vez que não será analisado inicialmente por uma autoridade, mas por três.

O simples indiciamento do suspeito realizado no curso do inquérito policial, não configura maus antecedentes. Entretanto, sabemos que o indiciamento é estigmatizante em relação à pessoa investigada, ainda que posteriormente o inquérito policial seja arquivado, a pessoa perde o emprego, a credibilidade e a paz.

Cabe então aos poderes públicos o dever de preservar a dignidade humana das pessoas em geral. Considerando os prejuízos que possam advir na esfera jurídica indivíduo por força de um indiciamento prematuro, a autoridade policial ao indiciar qualquer cidadão, não poderá fazê-lo sem base probatória mínima para esse fim, somente após fundamentado despacho nos autos de inquérito, sob pena causar ao indivíduo abalo material e moral, sendo o indiciamento realizado passível de reparação na esfera cível, onde deverá o Estado indenizar o ofendido, e na esfera penal administrativa, com a responsabilização do delegado de polícia por abuso de sua autoridade.

Da mesma forma que a liberdade é a regra, e a prisão deve ser a exceção, a responsabilização do ofendido deve vir, como regra, com todo o lastro probatório que o permita e legitime a autoridade policial a promover o indiciamento. Pois somente assim, mesmo que posteriormente seja caso de arquivamento, todas as lacunas democráticas do ato serão cumpridas. Dessa forma, ainda que o sujeito passe por situação de constrangimento, não se poderá alegar que foi por ilegal ato de autoridade, uma vez que houve toda uma cautela por parte da mesma.

Muitos abusos de autoridade ocorrem em nosso cotidiano, por diversas autoridades do Estado. Nem todos estão regidos, definidos e transcritos em texto legal. Mas, ainda assim, isso não significa que eles não deixem de existir. O estado democrático de direito é aquele busca sempre cuidar dos direitos de seus cidadãos, evitando ao máximo que precedentes de ilegalidade sejam abertos sobre os mesmos. Pois uma vez que se deixe um ato ilegal suprimir um legal, haverá sempre quem tentará se aproveitar disso para benefício próprio. O estado democrático de direito, é aquele que busca a justiça por meio do direito, ainda que o direito se encontre em erro, ainda assim será possível a justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Promulgado em 16 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. **Código de Processo Penal, de 1941**. Promulgado em 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

BRASIL. **Código Penal**. Promulgado em 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Lei 5.249**, de 9 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a Ação Pública de Crimes de Responsabilidade. Diário Oficial da União. BRASÍLIA, 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5249.htm>.

BRASIL. **Lei Nº 4.898**, de 9 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>.

CABRAL, João Francisco Pereira. **Hobbes e o estado de natureza**. *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/filosofia/hobbes-estado-natureza.htm>>. 01 de Setembro de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46.

CASARA, Rubens. **Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a opinião pública?**. Justificando. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/03/12/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opinioao-publica>>. 12/03/16.

CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, v. 1, p. 16-90.

CORRÊA, Rayana de Caldas Ribeiro. **O inquérito Policial como instrumento Garantista: Uma análise do Princípio da Motivação na Fase Investigatória**. 2016; 57 páginas. Monografia Final. Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco. Recife.

GUILHERME, Ricardo Eduardo. **Artigo: Indiciamento no Inquérito Policial**. Ordem dos Advogados do Brasil - São Paulo. OAB.SP. São Paulo, 8 de novembro de 2005. Disponível em: < <http://www.oabsp.org.br/noticias/2005/11/08/3288>>.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, IBCCRIM. **Conheça o anteprojeto do novo CPP**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13272-Conheca-o-anteprojeto-do-novo-CPP>>

JARDIM, Afrânio Silva. **Reflexão Teórica sobre o processo penal**. 1997, p. 197

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Visão crítica (garantista) acerca do tribunal do júri**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 55, jul 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3036>.

LIRA, Daniel Ferreira de. **Crimes de abuso de autoridade: uma análise atual da Lei nº 4.898/65 à luz da jurisprudência dos tribunais superiores**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11734>. Acesso em dez 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª ed. Lumen Juris, 2006, pág. 166.

LUPO, Fernando Pascoal. **Indiciamento e Formal Indiciamento. Distinção**. Ministério Público do Estado de São Paulo. Artigos. Disponível em:<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos/INDICIAMENTO%20E%20FORMAL%20INDICIAMENTO.%20DISTIN%C3%87%C3%83O..pdf>

MINAGÉ, Thiago. **Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial**. Empório do direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/arquivamento-e-desarquivamento-do-inquerito-policial-por-thiago-minage/>>. 10/08/15.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 2ª ed. Lumen Juris, 2016.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Indiciamento na investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3849, 14 jan. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26390>>.

MOREIRA, Rômulo. **A Nova Lei Velha sobre a Investigação Criminal Conduzida pela Polícia**. IBADPP, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª Ed. Atlas, 2014, página 340.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos**. Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório - A conformidade constitucional das leis processuais**. 3ª ed. Lumen Juris 2005, pág. 173.

QUEIROZ, Felipe Vaz de. **Atividade (Ana) Crônica do Juiz no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre; PUC-RS (Ciências Criminais), 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ª ed. Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da; TOBLER CAROLINE, Giseli. **Quando o Juiz pensa “esse cara sou eu” e se vale do jeitinho de Procusto**. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/quando-o-juiz-pensa-esse-cara-sou-eu-e-se-vale-do-jeitinho-de-procusto-por-alexandre-morais-da-rosa-e-gisele-tobler/>>. 24/05/2015.

SOUZA, Danielle de Andrade e Silva. **A Investigação Preliminar nos Delitos de Competência Originária de Tribunais**. 2009. 329 Páginas. Tese de Doutorado - Faculdade de direito da universidade de São Paulo, São Paulo.