**A cizânia entre os direitos fundamentais e as normas processuais penais relativas ao inquérito policial**

**The conflict between fundamental rights and the rules of criminal procedure regarding the police inquiry**

DOI:10.34117/bjdv7n10-252

Recebimento dos originais: 07/09/2021

Aceitação para publicação: 15/10/2021

**Carlos Eduardo Gesse**

Especialista em Direito Penal e Processo Penal

 Especialista em Direito Notarial e Registral

 Professor de cursos preparatórios para concursos públicos

 Delegado de Polícia do Estado de Minas Gerais desde 2013

E-mail: kadu832@hotmail.com

**Igor Citeli Fajardo Castro**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

E-mail: igorciteli@gmail.com

**Micheline Ramalho Serejo da Silva**

Promotora de Justiça do Estado do Piauí

 Promotora Eleitoral da 28ª zona eleitoral do Estado do Piauí

 Membro da Junta Recursal do Procon do Estado do Piauí

Especialista em Direitos Humanos e em Direito Processual Civil

E-mail: michelineserejo@yahoo.com.br

**Daniel de Moura Castro**

Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo

 Especialista em Processo Penal e em Direito Militar

 Bacharel em Direito -Universidade Bandeirante

 Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e

Ordem Pública - Academia de Polícia Militar do Barro Branco

E-mail: corujaobb@yahoo.com.br

**Ronilson de Souza Luiz**

Pós-doutor em educação - PUC/SP (2017)

Doutor (2008) e mestre (2003) em educação-currículo

Bacharel e licenciado em letras (português/hebraico) - USP (1998)

 Docente da Faculdade Legale - Integrante do grupo de pesquisa PEC - Políticas de Educação/Currículo - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

E-mail: profronilson@uol.com.br

**RESUMO**

O presente trabalho versa sobre o descompasso entre os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal e a legislação processual penal brasileira, especialmente das normas relativas ao Inquérito Policial.

**Palavras-chave**: Direitos Fundamentais, Processo Penal, Inquérito Policial, Função do Delegado de Polícia.

**ABSTRACT**

The present study deals with the mismatch between fundamental human rights declared in Brazilian Federal Constitution and the Brazilians penal prosecution laws, especially the norms about police investigation.

**Key-words:** Fundamental Human Rights, Penal Prosecution. Police Investigation, Police Chief Investigation.

**1 INTRODUÇÃO**

O escopo desse artigo jurídico é analisar os direitos fundamentais em conjunto com a legislação processual penal brasileira, especialmente em relação ao inquérito policial e ver se ambas estão em consonância ou se há uma cizânia entre os direitos fundamentais e as normas processuais penais.

Para atingir tal intento pretende-se, mesmo que de forma perfunctória, traçar noções dos direitos fundamentais num primeiro capítulo.

Em seguida, será avaliado o papel do Delegado de Polícia no inquérito policial diante da Constituição Federal de 1988, e se a função é exercida da forma mais desejável para preservar os direitos fundamentais.

Por fim, deve-se estudar as origens das normas processuais brasileiras, observando se elas estão em consonância com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Assim, poder-se-á avaliar a necessidade de reformas em relação à legislação processual penal brasileira, principalmente em relação ao inquérito policial, o qual pode ser considerado o instrumento mais importante dentre as formas de investigação preliminar existentes no Brasil.

1.1 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO INQUÉRITO POLICIAL

Os direitos fundamentais são extremamente necessários para toda a humanidade e, a cada dia que passa, ganham mais força. Frise-se que é unânime que o princípio da dignidade da pessoa humana está no centro do nosso ordenamento jurídico, talvez como a norma mais importante e que norteia todo o restante deste.

No Brasil, tais garantias se fortificaram após o fim do regime militar e boa parte dos direitos humanos reconhecidos em diplomas internacionais somente foi positivado em nosso País após a Constituição de 1988, ganhando assim a nomenclatura de direitos fundamentais.

Por isso, transcorridos mais de trinta anos da Constituição Federal, ainda é preciso pesquisar e repisar os direitos fundamentais para que estes sejam ampliados e se finquem como estruturas fundantes de todo o sistema jurídico brasileiro.

No entanto, os direitos fundamentais durante muito tempo foram analisados de forma isolada e isso foi muito produtivo para que esses direitos fossem delineados e delimitados, avaliando seus aspectos gerais. Atualmente, os direitos fundamentais já estão muito bem definidos e a fase de estudá-los de forma isolada já foi superada. O momento agora é de analisar os direitos fundamentais em conjunto com outros institutos, para que aqueles possam ser realmente ampliados e aplicados de forma a gerar efetividade prática em outros institutos, tais como no inquérito policial, na busca e apreensão, no processo de forma geral, nas prisões cautelares, na execução de pena e outros.

No presente artigo, serão comentados apenas os direitos fundamentais aplicáveis ao auto de prisão em flagrante delito, quais sejam o direito ao silêncio, direito à integridade física, direito de comunicação da prisão ao Poder Judiciário e aos familiares do preso, direito ao contraditório e ampla defesa.

1.2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO DELEGADO DE POLÍCIA

É pacífico que, atualmente, os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana estão no centro de todo o ordenamento jurídico e devem ser o norte para qualquer estudo jurídico, especialmente aqueles em que há limitações de direitos, principalmente, limitações ao direito de liberdade.

Imperioso, portanto, trazer à baila breves considerações dos Direitos Fundamentais para direcionar a atuação do Delegado de Polícia durante o auto de prisão em flagrante delito.

O professor Uadi Lâmego Bulos conceitua a expressão Direitos Fundamentais e traça sua importância:

“Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.”[[1]](#footnote-1)

Diante dessa conceituação, pode-se ter uma ideia da importância dos direitos fundamentais em qualquer seara. E esses direitos tornam-se mais importantes quando ocorre uma investigação ou uma prisão e no caso do auto de prisão em flagrante delito pode ser ainda um pouco pior.

A prisão ou o temor da perda da liberdade deixa os indivíduos vulneráveis a ter um de seus direitos mais importantes, a liberdade, tolhido. É algo, de fato, bastante complexo em qualquer situação. É justamente nesse momento que o Estado deve preservar com mais força os direitos fundamentais do indivíduo, mesmo que este tenha desrespeitado o pacto social e necessite ser preso de forma cautelar.

E o delegado de polícia, como agente estatal, deve prezar pelo cumprimento das leis e desempenhar o seu papel na persecução penal, mas nunca se esquecendo de que o cidadão, em conflito com a lei, tem direitos e que estes devem ser preservados.

O delegado de polícia é um cumpridor da lei e não um justiceiro ou um carrasco. Sua atuação precede em muito a aplicação da pena, e, por mais que haja a certeza da autoria de um delito, não cabe a ele a aplicação da pena, tampouco penas acessórias, não previstas em lei, como agressões físicas, tortura, incomunicabilidade ou por qualquer outro meio com desrespeito a direitos do autuado.

Assim como o ordenamento jurídico assegura a imposição de prisão para os infratores da lei, também avaliza o respeito aos direitos fundamentais para esses mesmos indivíduos. E, portanto, o delegado de polícia tem uma função ambivalente durante sua atuação. Deve preservar tanto os direitos do Estado, da sociedade e das vítimas, violados pelos transgressores da lei, quanto os direitos desses infratores legais durante o inquérito policial, a lavratura do auto de prisão em flagrante e seu possível encarceramento cautelar.

O delegado de polícia, sob essa perspectiva, é um garantidor de direitos, até mesmo dos tidos como “criminosos”, por mais abjeta que tenha sido a conduta dessas pessoas. A autoridade policial deve agir de forma imparcial, pautada na garantia de direitos de quem quer que seja. A atuação da Polícia Civil, como um todo, deve ser investigar de forma imparcial, analisando fatos, elementos de informação, perícias e outros dados, não favorecendo ou prejudicando qualquer das partes e nem sequer atuar à serviço da acusação ou da defesa.

Uma parcela da população, da mídia e até dos próprios operadores do direito confundem a função do delegado de polícia, acreditando que esse cargo esteja à serviço da acusação, com um lado bem definido. A mídia muitas vezes expõe a polícia como um órgão opressor e abusador de direitos com viés inquisitório e a população amiúde acredita que a polícia deva castigar os infratores legais, atuando como verdadeiro carrasco.

Talvez essa posição esteja atrelada ao papel desempenhado pelos corpos policiais durante a ditadura militar, período em que as polícias, de forma geral, foram responsáveis por atrocidades como torturas de presos políticos e descumprimento de leis a favor do regime militar, perseguindo os opositores daqueles que estavam no poder.

No entanto, a figura do delegado de polícia, originariamente, não tem ligação com a acusação, estando muito mais próxima do Poder Judiciário e da figura do juiz, com um agir imparcial no recebimento das comunicações de crimes e na investigação destes.

Traçando um histórico completo da carreira no Brasil, o professor e também delegado de polícia do Estado de Minas Gerais, Cleyson Brene dispõe em sua obra:

“Com a chegada da coroa portuguesa ao Brasil, em 1808, foi criada a Intendência Geral de Polícia pelo Príncipe-Regente Dom João, denominada Polícia Real, através do Alvará (com força de lei) de 10 de maio, reproduzindo a instituição existente em Lisboa, com supedâneo nos Alvarás de 25 de junho de 1760 e de 15 de janeiro de 1780.

Além das diversas funções administrativas, tratava-se do primeiro órgão com função específica de investigação criminal, chefiado por um desembargador.

Conforme dispunha o Alvará de junho de 1760, o Intendente Geral de Polícia possuía ampla e ilimitada jurisdição em matéria de polícia sobre todos os ministros criminais e civis (em virtude da extensão territorial nacional) O Intendente Geral de Polícia podia autorizar que outra pessoa o representasse nas províncias – para parte da doutrina, embrião da figura do delegado de polícia), sendo tais ministros nomeados com prerrogativas de desembargadores, membros do Tribunal de Desembargo do Paço.[[2]](#footnote-2)

E assim prosseguiu a carreira de delegado de polícia no Brasil, responsável pelas investigações e cada vez mais somente atrelado à investigação e não mais ao processo, mas nunca com viés acusatório.

Repita-se que a atuação do delegado de polícia sempre foi mais ligada ao Poder Judiciário do que ao Ministério Público e, atualmente, continua assim. A polícia civil e a polícia federal, apesar de pertencerem ao Poder Executivo, têm mais estreita relação com o Poder Judiciário do que propriamente com o Ministério Público. Conforme preceito constitucional, tanto a polícia federal quanto a polícia civil exercem funções investigativas e de polícia judiciária. Não há nada indicando que a polícia esteja à serviço da acusação ou que seja um braço investigativo do Ministério Público.

Talvez essa confusão ocorra pela instituição do Ministério Público como o titular privativo da ação penal pública, conforme preceitua o art.129, inciso I, da Constituição Federal. Entretanto, isso se deve à crença de que a única função do inquérito policial e da investigação seja subsidiar somente a acusação, posição equivocada e que vem sendo superada.

Outra explicação possível para tal posicionamento também pode ser em razão do descompasso entre a Constituição Federal e Código Penal e Código de Processo Penal, os quais estão em evidente cizânia como será analisado abaixo.

1.3 A LEGISLAÇÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A legislação penal e processual penal brasileira tem origem na década de 40, do século passado. O Código Penal remonta ao ano de 1940 e o Código de Processo Penal data do ano de 1941. Contudo, ambos os diplomas legais passaram a vigorar a partir do dia 1º de janeiro de 1942.

O Brasil, na década de 40 do século XX, estava atravessando o período histórico conhecido como Era Vargas, uma ditadura instituída por Getúlio Vargas que se iniciou em 1930 e terminou somente em 1945 e, mundialmente, coincidiu em certo período com a 2ª Guerra Mundial, a qual perdurou entre os anos de 1939 e 1945.

A constituição vigente no Brasil era a de 1937, também conhecida como Constituição Polaca, uma vez que foi muito inspirada na Constituição da Polônia, estado fascista. A constituição brasileira de 1937 foi outorgada e tinha nitidamente inspirações autoritárias conforme o documento em que foi espelhado.

E, evidentemente, a legislação penal e processual penal foi influenciada pela constituição que era extremamente autoritária, para não dizer fascista. Além disso, o Código de Processo Penal foi muito sugestionado também pelo Código de Processo Penal italiano, outro estado fascista. Nesse sentido dispõe o professor Eugênio Pacelli de Oliveira:

“Inspirado na legislação processual italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme de observa de sua Exposição de Motivos.

(...) Voltando ao passado, o princípio fundamental que norteava o Código de Processo Penal, então, era o da presunção de culpabilidade.”[[3]](#footnote-3)

O Código de Processo Penal de forma geral tem várias regras autoritárias como o artigo 21, o qual dispõe sobre a incomunicabilidade do indiciado e prevê conceitos jurídicos indeterminados para justificar tal violação de direitos. Não bastasse isso, outros exemplos são as prisões para garantia da ordem pública, cuja definição é incerta e até mesmo a jurisprudência diverge sobre o conceito e a extensão da expressão ordem pública, ou ainda o interrogatório que durante muito tempo foi utilizado apenas como meio de prova. Nesse rumo pontua Fauzi Hassan Chouke:

“O caso brasileiro é curioso na medida em que trabalha com um texto instrumental penal nascido durante um governo de exceção inspirado em um modelo igualmente autoritário, onde o respeito às conquistas individuais contra o Estado não era exatamente o valor dominante.

Nesse sentido é fácil concluir que para o Código em vigor, a balança entre as visões ex parte principi e ex parte populi pende para o primeiro flanco. [[4]](#footnote-4)

O fato é que há um evidente descompasso entre a Constituição Federal e a legislação penal e processual penal brasileira. Conforme assevera o professor Alexandre Morais da Rosa: “O CPP de 1941 e a CR/88 não convivem em harmonia.”[[5]](#footnote-5).

É possível perceber que a cizânia entre a legislação penal e processual penal infraconstitucional e a constituição federal torna o sistema da persecução penal extremamente conflituoso e ultrapassado, não representando mais os valores sociais atuais dominantes no Brasil. Assim pontuou o professor Fauzi Hassan Chouke:

“O Estado, pela sua ótica, cria uma regulamentação processual penal a partir dos valores políticos dominantes. Pode-se dizer que o sistema instrumental penal é marcadamente dominado pelo conceito de segurança, que por certo não é algo hermeticamente fechado, mas sim fruto de um determinado processo histórico e que apresenta na outra ponta o confronto com as liberdades individuais, criando um quadro altamente conflituoso.”[[6]](#footnote-6)

Diante dessa desconformidade entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal é evidente que, pela hierarquia das normas, a Constituição Federal deve prevalecer. No entanto, nem sempre a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais serão fáceis e nem sequer os conflitos aparentes das normas terão uma solução simples e única.

E é de se ressaltar que em razão do papel exercido pelas polícias durante a ditadura militar, o protagonismo do delegado de polícia foi reduzido e o inquérito policial não recebeu o estudo merecido e necessário. Isso gerou um temor de vários delegados de polícia de pensar e aplicar o direito, principalmente, quando deve tutelar direitos dos investigados, tendo em vista que a cultura policial ainda é forte no seu viés inquisitório, acreditando-se que o papel do delegado de polícia seja o de um justiceiro à serviço da acusação.

É preciso repensar a função do delegado de polícia e o escopo do inquérito policial para que a figura desse agente estatal seja vista verdadeiramente como a de um operador do direito, não como mero reprodutor de normas, cuja interpretação do conceito dele escapa.

Imperioso que o delegado de polícia resolva os conflitos aparentes de normas e aplique o que o professor Cleyson Brene chama de “Ativismo Policial”[[7]](#footnote-7), não no sentido pejorativo da palavra como utilizado muitas vezes para designar essa conduta. O ativismo policial ou judicial não deve ser um decisionismo sem bases, e sim um método interpretativo pensado como uma forma de concretizar os direitos fundamentais, os valores expostos na Constituição Federal. Isso não significa esquecer ou abandonar a lei. Deve-se, na verdade, aplicar a Constituição Federal e o Código de Processo Penal de forma harmônica, com o máximo respeito aos direitos e garantias fundamentais.

É mister do delegado de polícia reinterpretar as normas retrógradas e desarmônicas à luz do texto constitucional para que o inquérito policial deixe de ser tido como um algo ultrapassado e inquisitório e passe a ser visto como um instituto extremamente necessário e moderno, cujo objetivo é apurar fatos e preservar direitos dos envolvidos. Essa, talvez, seja uma síntese bem superficial de um novo arquétipo do inquérito policial.

1.4 A OBRIGATORIEDADE DA PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO DELEGADO DE POLÍCIA NO INQUÉRITO POLICIAL

Por óbvio que a segurança pública, os interesses da sociedade e a inibição dos crimes são importantes e devem ser resguardados, contudo, sempre preservando os direitos e garantias fundamentais.

E essa ponderação entre os interesses estatais e os interesses individuais não impossibilita a investigação policial, a prisão em flagrante ou qualquer das modalidades de prisão cautelar previstas em lei. No mesmo rumo já se filiou o professor Fauzi Hassan Chouke:

“A porta está aberta para que se passem a inserir dentro dessa fase as garantias constitucionais adequadas ao exercício da missão do Estado, levando-se em conta na análise das garantias aplicáveis à finalidade e natureza da peça investigatória, buscando harmonizar sua essência com os limites da invasão pelo Estado na liberdade individual.”[[8]](#footnote-8)

Tendo em vista que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e isso não pode ser esquecido, os direitos fundamentais sempre devem ser resguardados, não podendo ser relegados a um plano inferior ou subsidiário, mesmo durante a investigação criminal. O enfoque sempre deve ser a preservação do indivíduo, ainda que, de outro lado, sejam resguardados os interesses da sociedade relacionados à segurança pública e aplicação das normais penais.

**2 CONSIDERAÇÕES TRANSITÓRIAS**

Ante o exposto, é possível concluir que a investigação preliminar no processo penal e, principalmente, o instituto do inquérito policial não foram objetos de pesquisas acadêmicas e, por isso, seus conceitos, muitas vezes, estão ultrapassados.

A doutrina e a jurisprudência se restringem a reproduzir conceitos sem qualquer diálogo ou desenvolvimento, o que tornou o inquérito policial em seu conceito clássico, ultrapassado e improdutivo.

Esse novo paradigma do inquérito policial e da função do delegado de polícia tornará o mister do delegado de polícia único, indispensável e insubstituível por outras carreiras. A polícia também dará um salto de qualidade no seu produto – inquérito policial, e a sociedade terá um processo penal mais justo e em consonância com os valores sociais atualmente vigentes.

**REFERÊNCIAS**

BORGES, Fábio Ruz. **Delegado de polícia na prisão em flagrante e medidas cautelares alternativas.** Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos de Contemporaneidade, 2019.

BRENE, Cleyson. Ativismo Policial: **O papel garantista do delegado de polícia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

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

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo: **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal.** 6 ed. ver., atual e ampl. São Paulo. Saraiva, 2014

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 18. ed. ver., atual. e ampl - São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. – 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (orgs.). **Temas Atuais de Polícia Judiciária.** 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodiv, 2016.

1. BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. p. 401. [↑](#footnote-ref-1)
2. BRENE, Cleyson. Ativismo Policial: O papel garantista do delegado de polícia. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 40. [↑](#footnote-ref-2)
3. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18. ed. rev. e ampl. atual. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 5-6. [↑](#footnote-ref-3)
4. CHOUKE, Fauzi Hassan. Garantias Constitucionais na investigação criminal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 26. [↑](#footnote-ref-4)
5. ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos. 3. ed. rev. atual. e ampl. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.32. [↑](#footnote-ref-5)
6. CHOUKE, Fauzi Hassan. Garantias Constitucionais na investigação criminal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 20. [↑](#footnote-ref-6)
7. BRENE, Cleyson. Ativismo Policial: O papel garantista do delegado de polícia. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. [↑](#footnote-ref-7)
8. CHOUKE, Fauzi Hassan. Garantias Constitucionais na investigação criminal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 20. [↑](#footnote-ref-8)