

Regras para Citação:

SOUSA FILHO, A. B. O Princípio da Lealdade Processual no Inquérito Policial: uma exigência para a democratização do sistema penal. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, n. 7, p. 295-310, 2008.

O PRINCÍPIO DA LEALDADE PROCESSUAL NO INQUÉRITO POLICIAL: UMA EXIGÊNCIA PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL

*Ademar Borges de Sousa Filho**

1. Resumo. 2. Introdução. 3. A lealdade no inquérito policial. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

LEALDADE NO INQUÉRITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Resumo

O princípio da lealdade processual no inquérito policial constitui um desdobramento do movimento de constitucionalização da investigação criminal, que deve compatibilizar-se com as exigências decorrentes da consagração dos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, notadamente no que diz respeito à garantia de vista dos autos do inquérito sigiloso e da assecuração do direito de responder ao processo em liberdade.

2. Introdução

Este artigo tem por objeto o estudo do princípio da lealdade processual no âmbito do processo penal, no bojo do qual se fará o esforço de identificar deficiências – déficits de democratização – no exercício da atividade investigatória do Estado¹.

A problemática abordada encontra inspiração no fato de que a deficiência na realização dos papéis institucionais atribuídos aos órgãos estatais acarreta um sério comprometimento da concretização das garantias individuais, o que, em relação ao inquérito policial, acaba por propiciar o exercício de uma atividade investigatória ornada por caracteres próprios do autoritarismo – dos quais são exemplos os resquícios de fomento à proteção de sigilo das apurações e a cultura de eternização de prisões em flagrante.

A Constituição Federal de 1988 conferiu especial proteção, na seara das garantias fundamentais, aos investigados/acusados e aos presos, que, em razão da notória condição de fragilidade em que se encontram, ostentam também uma série de garantias específicas, assegurando que o Estado, na realização concreta da política criminal, mantenha intactos os delineamentos básicos de proteção individual impostos pelo superprincípio da dignidade da pessoa humana. O processo penal brasileiro, seriamente marcado por traços de autoritarismo, passa então, mesmo sem uma reformulação sistemática do Código de Processo Penal, por uma dinâmica cada vez mais acelerada de constitucionalização, de cuja eficácia depende, sem

* Graduando em Direito pela UnB.

¹ Com lealdade quer-se dizer a adoção de uma postura compatível com o nosso momento constitucional e com a efetiva realização das competências atribuídas a esses órgãos – Ministério Público, Poder Judiciário e advocacia pública e privada. Não faz sentido, num ambiente democrático de direito, o fomento à cultura da perseguição, que remete ao reforço das instâncias executivas de investigação, nota característica de Estados autoritários.

dúvida, uma postura institucional dos órgãos estatais envolvidos com a persecução criminal comprometida com a realização das garantias constitucionais. Tanto o inquérito policial como o processo criminal exigem, num contexto de democratização do sistema penal, para o seu justo desenvolvimento, de lealdade por parte do Estado, que deve atuar não para perseguir, mas para encontrar soluções efetivas e amplamente debatidas por todos os que participam, seja na defesa, seja na acusação, dos procedimentos investigatórios. Por isso, proponho neste breve texto algumas formulações a respeito do desenvolvimento das atividades policiais, ministeriais, judiciais e da defesa pública e privada, tudo com o objetivo de maximizar o caráter democrático da persecução criminal, instaurando nos inquéritos verdadeiras instâncias de proteção ao indivíduo.

3. A lealdade no inquérito policial

O inquérito policial, como procedimento investigatório, repete a doutrina e a jurisprudência, é procedimento meramente informativo, unilateral, dentro do qual não tem aplicação os regramentos constitucionais concernentes ao princípio da ampla defesa e do contraditório, reservados que estariam para o processo criminal.

A investigação pré-processual – aqui incluídas a policial e a porventura realizada diretamente pelo Ministério Público –, no entanto, não constitui instância de perseguição institucionalizada². Ao contrário, o que se busca atender com a instauração e o desenvolvimento das atividades investigatórias é o interesse público consubstanciado, sob o ponto de vista do Estado, na realização do poder-dever de apurar a ocorrência de eventos delituosos e a identificação de seus autores. A pesquisa por esses elementos tem como foco a idéia de uma investigação dos fatos, com impessoalidade – isenta das paixões e dos rompantes, vedados ao agente público. A suspeita da participação de um indivíduo em fato tido por criminoso não passa, nesse contexto, de uma consequência da eficiência com que a pesquisa sobre os fatos sob apuração é feita. Não se pode perder de vista, em momento algum, que o Estado não deve criminalizar pessoas, mas fatos, sendo estes, portanto, o observatório necessário ao regular desenvolvimento das atividades investigatórias do Poder Público, no que devem ter como orientação o princípio da impessoalidade.

Se é assim, e sabendo que a publicidade dos atos emanados pelo Poder Público é condição de realização de um dos aspectos mais essenciais da democracia – pois possibilita o exercício do controle de legalidade –, evoluiu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que tem sido acompanhado pelos Tribunais Pátrios, para afastar os efeitos da decretação do sigilo do inquérito no que diz respeito ao próprio investigado. Entendeu-se que a oponibilidade do sigilo ao defensor constituído “esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelos menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado” (HC 90.232/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02.03.2007, p. 38). No mesmo sentido, decidiu a 2ª Turma do STF que “é direito do advogado, suscetível de ser garantido por *habeas corpus*, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte” (HC 88.190/RJ, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJ 06.10.2006, p. 67).

Essa orientação jurisprudencial não perdeu de vista, é de ressaltar-se, a necessidade de garantir a eficácia do expediente investigatório. Primeiro, porque não se atribuiu, sequer de longe, ao inquérito policial o caractere de procedimento contraditório. O investigado não será

² “Não se pode desprender-se progressivamente desta visão fundamentalmente agonística do direito penal: a luta contra a delinquência? Essa finalidade não apenas marca o clima penal dominante, mas também contribui para moldar o modelo de intervenção dos diferentes atores do sistema de justiça penal. Os policiais são instruídos nas necessidades de conduzir a guerra contra o crime. O promotor está nas primeiras linhas de repressão. Os juízes devem barrar a epidemia, enquanto a prisão deve matar os micróbios” (TULKENS, 2004, p. 16)

chamado a se defender das suspeitas que contra ele recaem. Absolutamente. Segundo, porque o direito de vista dos autos do inquérito pelo advogado do investigado somente tem por objeto, como ressaltado pelo Min. Sepúlveda Pertence no precedente há pouco mencionado, “as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso”.

Dessa forma, não se há falar em direito subjetivo do réu ou do seu defensor de ter acesso a informações como a existência de decreto de quebra de sigilo telefônico em curso, pois o simples conhecimento da medida adotada a esvaziaria completamente de sentido prático.

A orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo retira do inquérito policial a tarja do segredo absoluto, com o qual não convive a prática de atos estatais num ambiente democrático. O investigado tem o direito de conhecer os motivos pelos quais é alvo da atividade persecutória do Estado, sendo-lhe assegurado a defesa das garantias fundamentais no curso do expediente apuratório. O homem não pode ser visto como objeto das ações estatais, senão como o seu fim, motivo pelo qual se deve assegurar que o investigado possa acionar o Judiciário para corrigir desvios e amputar os abusos eventualmente praticados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público na realização da investigação. Essa linha de entendimento repisada por nossa Corte Constitucional vai ao encontro também às expectativas de reforma do processo penal na Europa, como salienta TULKENS³:

É certo que a escolha do sistema do procedimento traz consigo, no cotidiano da justiça penal, um conjunto de conseqüências. O procedimento acusatório é, em princípio, público, oral e contraditório. Mas novamente a realidade é instável. Se o essencial da instrução deve acontecer em audiências públicas, limitadas pelo rigor das provas legais, as práticas de investigação se desenvolvem freqüentemente à margem do Judiciário. O procedimento inquisitorial, por sua vez, é secreto, unilateral e escrito. Seu efeito, ao mesmo tempo mais marcante e mais significativo, é certamente o segredo da instrução, estabelecido em nome da manifestação da verdade. A equação segredo-verdade remete a esse princípio cardeal do sistema inquisitorial, segundo o qual o estabelecimento da verdade é um direito absoluto e um poder exclusivo. A partir daí, o processo se encadeia. “Escrita e secreta, a informação penal é uma máquina que pode produzir a verdade na ausência do acusado”. Daí decorre que, embora em direito estrito ela não precise disso, o procedimento vai tender para a confissão “pela qual o acusado toma ele próprio seu lugar no ritual de produção da verdade penal (M. Foucault). Esse pilar do procedimento inquisitorial tende também a se fragilizar: A Corte Européia dos Direitos do Homem acaba de julgar que o art. 5.4 da Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais implica que o réu detido e seu advogado possam ter acesso às peças do processo, tendo em vista o debate diante das jurisdições de instrução (Lamy, 1989).

Aliás, já não mais se duvida das sérias repercussões no âmbito da dignidade da pessoa humana⁴ que a só existência de um inquérito policial acarreta⁵. O *status* do indivíduo fica, por

³ TULKENS, 2004, ps. 10 e 11.

⁴ “Para os autores que podem ser considerados continuadores de Durkheim, como K. T. Erikson ou H. Garfinkel, o procedimento penal constitui o exemplo mais típico de ‘cerimônia de degredação’, ocupando a função de um verdadeiro rito de transição que transfere um indivíduo de sua posição normal da sociedade para o papel distinto de sujeito inadaptado” (TULKENS, 2004, p. 8)

⁵ Tanto é assim que de há muito a jurisprudência pátria aceita o aviamento de *habeas corpus* – ação constitucional de proteção à liberdade de ir e vir – deduzindo pretensão de trancamento de inquérito policial.

vezes de forma definitiva, marcado pelo estigma social de ter sido submetido ao sistema penal, o que, por si só, seria capaz de fundamentar a necessidade do exercício do controle de legalidade da investigação criminal.

O Poder Judiciário, tradicionalmente visto como instância de proteção aos direitos e garantias fundamentais durante o inquérito policial em razão da competência para afastar tais prerrogativas nos casos previstos em lei (quebras de sigilo), passa a exercer esse papel de órgão garantidor da dignidade do indivíduo sob outra perspectiva: a do próprio investigado.

Muito embora não tenha o inquérito, pela sua própria natureza informativa, a nota do contraditório e da ampla defesa⁶, não se pode negar que hoje não só a Polícia e o Ministério Público podem participar do desenrolar da investigação criminal, sendo lícito ao investigado exercer a defesa das suas prerrogativas constitucionais em juízo, cuidando também para que a apuração atenda aos limites impostos pelos motivos que ensejaram a sua instauração.

No entanto, a jurisprudência ainda é refratária no reconhecimento das conseqüências advindas do descumprimento, por parte da autoridade policial, da exigência de lealdade na formação dos autos do inquérito. Se é verdade que o investigado tem direito à vista dos autos, também deve haver alguma segurança no sentido de que a polícia fará juntar a estes o resultado das diligências já implementadas, pois, caso contrário, de nada adiantaria resguardar a prerrogativa do advogado de obtenção de vista do procedimento.

Ocorre que se generalizou nos julgados dos Tribunais brasileiros o entendimento segundo o qual eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial não contaminam o desenvolvimento da ação penal, tendo em vista ser o inquérito policial peça meramente informativa e não probatória. Como exemplo, cito recente precedente do Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INEXISTÊNCIA DE ACESSO DA DEFESA ÀS GRAVAÇÕES. NÃO MANIFESTAÇÃO ACERCA DO LAUDO. DILIGÊNCIA REALIZADA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA QUE NÃO SE APLICA À FASE INQUISITORIAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. RÉU NÃO SUBMETIDO A EXAME DE SANIDADE MENTAL. CARÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. FALTA DE PEDIDO DA DEFESA. MATÉRIA PRECLUSA. COLIDÊNCIA DE DEFESAS. NÃO OCORRÊNCIA. PATRONO DILIGENTE. TESE CONVERGENTE À ABSOLVIÇÃO DOS CO-RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. A interceptação telefônica é feita sob sigilo de justiça, sendo que a falta de acesso às gravações ou de manifestação da defesa sobre o respectivo laudo não geram qualquer nulidade, pois tal diligência foi realizada durante o inquérito policial, o qual constitui peça meramente informativa, que serve de base para a propositura da ação penal.

II. Qualquer vício porventura existente na fase inquisitorial não tem o condão de invalidar o feito já instaurado, tampouco ação penal já transitada em julgado, como a presente. Precedentes.(...)

X. Ordem denegada.

(HC 64.430/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 10.05.2007, DJ 18.06.2007 p. 281)

Assim, o inegável avanço da jurisprudência do Supremo em relação ao tema esbarra mais uma vez na falta de lealdade processual dos órgãos envolvidos na persecução criminal. A

⁶ STF, HC 90.232/AM, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento de 18/12/2006, 1ª Turma, DJ 02.03.2007, p. 38.

autoridade policial tem o dever funcional de instruir a tempo e modo os autos do expediente apuratório, à medida que as diligências sejam concluídas, para que se dê sentido prático à nota democrática da orientação pretoriana do Supremo Tribunal Federal que assegura o acesso irrestrito ao inquérito pelo investigado. Não é admissível que a autoridade policial possa legitimar-se a aniquilar uma garantia fundamental em nome da eficácia da investigação, pois uma construção tal somente faz sentido no contexto do Estado autoritário. Seria o mesmo, *mutatis mutandis*, da tolerância de atos de tortura na investigação policial: a defesa das instituições estaria acima do núcleo essencial de proteção aos direitos do homem.

A problemática aqui destacada acerca do déficit de democratização do inquérito policial não está, como pode parecer à primeira vista, relacionado apenas a possíveis desvios funcionais praticados pela autoridade policial, mas também à deficiência, por parte do Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial⁷.

A despeito da polêmica encetada em torno dos limites interpretativos da expressão “controle externo da atividade policial” – uns advogando a tese de que essa competência abrange o poder investigatório autônomo do Ministério Público⁸ e outros defendendo a idéia de que o controle não excederia os lindes da averiguação da legalidade dos atos policiais –, não se pode negar, mesmo para os que dão contornos mais tímidos a essa atribuição ministerial, que o *Parquet* tem o dever funcional de determinar à autoridade policial, quando necessário, a realização de tais ou quais atos durante a investigação que interessem à realização dos direitos e garantias do investigado. No que diz respeito especificamente à concretização do direito de vista aos autos do inquérito, ainda que sigiloso, deve o Ministério Público atentar para a pronta juntada do material colimado, assim que os expedientes tenham sido realizados.

Ainda no que toca à aplicação do princípio da lealdade processual em sede de inquérito policial, imprescindível destacar a inovação trazida pela Lei nº 11.449/07, que, alterando o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, impôs o encaminhamento de cópia integral do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública, em 24 horas, caso o autuado não informe o nome de seu advogado.

A inovação legislativa era o que faltava para completar o atual regime jurídico das prisões cautelares, construído desde o advento da Constituição Federal de 1988. A realização do princípio da presunção de inocência no novo ambiente constitucional – cujo conteúdo é orientado pelo vetor interpretativo da máxima efetividade – inspirou uma série de transformações no tratamento jurídico dispensado às prisões cautelares, que passaram a ser orientadas pelo princípio da estrita necessidade⁹. A prisão, sem o trânsito em julgado da

⁷ A esse respeito, e dando densidade normativa à função atribuída pela Constituição ao Ministério Público de defesa do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis, estabelece o art. 3º da Lei Complementar 75/93 que: “O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei; b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; d) a indisponibilidade da persecução penal; e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.”

⁸ Esse tem sido o entendimento dominante nos Tribunais, como se pode colher do julgado a seguir colacionado: “HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INTERNO NO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE ACESSO AOS AUTOS. PREJUDICIALIDADE. PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE. INVESTIGAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DENEGAÇÃO. 4. Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais. (...) 6. O exercício desse poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social.” (HC 54.719/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, julgado em 28.06.2007, DJ 06.08.2007 p. 697)

⁹ O princípio tem seus contornos definidos pela necessidade de que as restrições às garantias fundamentais respeitem o princípio da proporcionalidade.

condenação, somente se legitima nas hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Toda forma de encarceramento provisório que ultrapasse essa moldura legal constitui antecipação de pena, inadmissível num ambiente democrático de direito, no qual não se concebe a punição com base em presunção de culpabilidade e sem o devido processo legal.

Essa formulação teórica tem enfrentado, todavia, obstáculos em sua realização prática. É dizer, nem sempre as inovações legislativas postas no sentido de concretizar o princípio da presunção de inocência em relação às prisões cautelares encontraram na jurisprudência o esforço necessário a sua inserção no novo contexto constitucional. A introdução do parágrafo único no art. 310 do Código de Processo Penal pela Lei nº 6.416/77, possibilitando ao magistrado que relaxasse a prisão em flagrante quando não houvesse qualquer dos requisitos exigidos para a decretação da prisão preventiva, conquanto tivesse grande potencial de ajustar a existência do instituto da prisão em flagrante – sem autorização judicial – ao modelo constitucional que exige fundamentação concreta¹⁰ (art. 312 do CPP) para o encarceramento cautelar, não provocou alterações substanciais na prática do processo penal.

A alteração legal permitia que a prisão em flagrante não mais fosse perpetuada no tempo sem que houvesse a necessidade estrita – art. 312 do CPP – exigida para o que o princípio da presunção de inocência não fosse violado. A manutenção da prisão em flagrante, portanto, somente poderia ser levada a efeito pelo magistrado de forma fundamentada, demonstrando nesse caso que algum dos requisitos ensejadores da prisão preventiva estivesse presente. Ocorre que a jurisprudência, mesmo em face dessa importante modificação normativa, continuou a plascitar o entendimento de que a homologação do auto de prisão em flagrante prescindiria de fundamentação, limitando-se à apreciação dos aspectos formais do ato. Em outras palavras, perpetuou-se a possibilidade do encarceramento provisório, sem que houvesse qualquer motivo de natureza cautelar – do meio social ou do processo – que o justificasse.

Mesmo sabendo que ao juiz é dado o poder de decretar a prisão preventiva do investigado em inquérito policial, desde que provocado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, o certo é que, a mais das vezes, a análise quanto à necessidade da manutenção da prisão fica diferida para o momento da apreciação do pedido de liberdade provisória, na qual se alega, essencialmente, a falta de qualquer dos requisitos previstos no art. 312 do CPP. Somente nessa oportunidade, segundo esse modelo pragmaticamente instituído, o magistrado decide sobre a necessidade ou não da prisão cautelar.

O modelo passou então a conviver com uma grande incongruência empírica: se a pessoa presa em flagrante delito não contar com a assistência de um advogado para requerer a sua liberdade provisória, poderá permanecer presa durante toda a instrução processual e quiçá até o trânsito em julgado da sentença, ainda que nenhum dos requisitos para a prisão preventiva esteja presente. Isso porque o direito de ser investigado em liberdade a partir da prisão em flagrante – regra que se extrai da própria existência do princípio da presunção de inocência¹¹ –, passou a depender de expresso requerimento¹² dirigido ao juiz competente, que homologa o auto de prisão em flagrante sem verificar concretamente a necessidade da manutenção do encarceramento¹³.

¹⁰ Hassemer, a respeito do tema, assevera que “la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del Derecho Penal material” (HASSEMER, 2003, ps. 105 e ss.)

¹¹ Para Ferrajoli o princípio “excluye o al menos restringe al máximo la limitación de la libertad personal” (FERRAJOLI, 1995, p. 549 e ss.).

¹² O direito à defesa técnica, já consagrado constitucionalmente, passa a servir, com mais vigor, à garantia da força normativa do princípio da presunção de inocência.

¹³ PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. DESPACHO JUDICIAL HOMOLOGATORIO. NATUREZA. FUNDAMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. CONFLITO DE COMPETENCIA. EXCESSO DE PRAZO. HABEAS-CORPUS DE OFICIO. - O auto de prisão em flagrante e lavrado por ordem da autoridade competente (cpp, art. 304), em regra o delegado de polícia no exercício de polícia judiciária na circunscrição e se completa com a sua leitura perante o indiciado e seu advogado ou curador, quando for o caso, sendo encerrado pelo

O fato é que essa incongruência parece ter sido contornada com a inovação trazida pela Lei nº 11.449/07. É que, garantindo a todas as pessoas presas em flagrante o direito à assistência por um advogado, permite-se, por via de consequência, o aviamento do pedido de liberdade provisória ao magistrado. Assim, assegura-se também que a prisão em flagrante somente seja prolongada no tempo quando convertida em prisão preventiva – indeferimento da liberdade provisória –, vale dizer, quando analisados pelo juiz os pressupostos e requisitos da prisão cautelar.

O sistema – conjunto de normas infraconstitucionais – está, desta feita, preparado para adequar-se às exigências da Constituição, que exige decisão fundamentada para o decreto prisional e assegura, por outro lado, a higidez do princípio da presunção de inocência.

Não há que se olvidar, no entanto, que a inovação legislativa somente permitirá o aperfeiçoamento do sistema se contar com a lealdade que se espera dos juízes, membros do Ministério Público e defensores públicos na interpretação e aplicação do § 1º do art. 306. Vale dizer, deve-se levar em conta a obrigatoriedade da comunicação da prisão em flagrante à Defensoria Pública, sem a qual perderia o encarceramento aspecto fundamental de sua validade, o que daria ensejo ao seu imediato relaxamento. O inquérito policial instaurado com o auto de prisão poderá tramitar normalmente, mas o investigado, que ficou cerceado da possibilidade de pleitear a liberdade provisória, deverá ser posto imediatamente em liberdade.

É inaceitável que o Estado descumpra dever a ele imposto constitucional e legalmente e o investigado suporte os gravames desse descumprimento. O juiz recebe o auto de prisão em flagrante e o homologa sem perquerir, sequer perfunctoriamente, sobre a necessidade de manutenção do cárcere. Esse modelo é tolerado, em grande parte, pelos Tribunais¹⁴. Agora, não é admissível que se aceite também que a Defensoria Pública não seja comunicada da prisão em flagrante¹⁵. A prisão nesses moldes carece de decisão judicial fundamentada, e tudo porque o Estado não cumpriu a sua promessa de garantir o direito de defesa ao investigado, devendo ser imediatamente relaxada. Ao negar-se a invalidade da prisão nessa hipótese estar-se-á esvaziando, conseqüentemente, a própria normatividade do 1º do art. 306 do CPP, com

escrivão que colhera as assinaturas, de todos, inclusive das testemunhas. - A praxe judiciária de homologação, pelo juiz, do auto de prisão, em flagrante consubstancia mero exame das formalidades legais e tem por consequência prevenir a jurisdição, não se exigindo seja tal despacho fundamentado, salvo se for para ordenar o seu relaxamento. - Havendo demora no curso da instrução por fato superveniente, como a instauração de conflito de competência, a permanência longa da prisão processual configura constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, de habeas-corpus, ex vi do art. 654, 2., do código de processo penal. - Recurso ordinário desprovido. Habeas-corpus concedido, de ofício. (RHC 5650/RS, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 02.06.1997, DJ 01.09.1997 p. 40884).

¹⁴ PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. RATIFICAÇÃO PELO JUÍZO: FUNDAMENTAÇÃO. CRIME HEDIONDO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO RESTRITO: IMPOSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA. CORRETA CAPITULAÇÃO DA CONDUTA DENUNCIADA. 1. A ratificação da prisão em flagrante, ainda que decisão judicial submetida ao princípio da motivação obrigatória (art. 93, IX, da CF), limita-se a mero exame das formalidades legais, não se confundindo com eventual pedido de liberdade provisória. 2. Os crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) e o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (Lei nº 10.826/03) são insuscetíveis de liberdade provisória, nos termos da lei. 3. Nos casos de prisão em flagrante ocorre uma inversão no ônus, cabendo ao réu demonstrar a desnecessidade de sua segregação, e que, em liberdade, não atentará contra a ordem pública, ordem econômica, aplicação da lei penal e a conveniência da instrução, nos termos do art. 312 do CPP. 4. Eventual correção na capitulação da conduta se mostra de todo estranha à angusta via do habeas corpus, exigindo incursão na seara fático-probatória. 5. Denegação da ordem de habeas corpus. (HC 2005.01.00.053890-3/TO, Rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (conv), Terceira Turma, DJ de 05/08/2005, p.35)

¹⁵ Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido: “A Constituição da República, dentre as garantias individuais, registra o direito de a prisão ser comunicada ao juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicada (art. 5.º, LXII). A inobservância é idônea para ilícito administrativo. Por si só, entretanto, não prejudica a validade da investigação”. (STJ, 6.ª T., RHC n. 6210/GO, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 10.3.1997, DJU de 12.5.1997, p. 18843, LEXSTJ 98/342). E também: “A demora na comunicação à autoridade judiciária competente da prisão em flagrante do paciente não acarreta, por si só, nulidade no auto de prisão. (Precedentes).” (HC 72.391/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 14.06.2007, DJ 10.09.2007 p. 265)

grave e desproporcional restrição do princípio da presunção de inocência.

4. Conclusão

O investigado não é um objeto da ação repressora do Estado, senão uma pessoa cujos atos – determinados – estão sob a mira das instâncias de apuração de fatos definidos como infrações penais. A Constituição Federal de 1988 confere ao investigado uma série de garantias específicas, dentre as quais: conhecer as imputações que se lhe foram dirigidas, acompanhar a legalidade dos procedimentos adotados pela autoridade policial, ter a assistência de um advogado e permanecer em liberdade durante toda a investigação sempre que não haja motivo para a decretação da prisão preventiva. As instituições envolvidas no percurso de apuração dos fatos e posterior ajuizamento de ação penal devem estar comprometidas com a realização dessas garantias individuais. O exercício das suas competências somente encontra sentido e legitimidade se mantida a lealdade aos ditames da Constituição.

As opções hermenêuticas não devem perder de vista o pano de fundo – modelos de política criminal – que as orientam. Eleger o caminho da deslealdade, no afrontamento às garantias individuais, é também optar, ainda que sem qualquer pretensão de sistematicidade, por inserir, num ambiente democrático de direito, elementos característicos do autoritarismo. A perseguição – materializada na investigação policial sigilosa –, na perspectiva do alargamento das atribuições policiais associado a um movimento de superdimensionamento da repressão, constitui elemento presente em Estados autoritários ou totalitários. Da mesma forma, a manutenção da prisão em flagrante sem motivação suficiente, como consequência da falta de remessa do auto prisional à Defensoria Pública, por afastar-se de um modelo de judicialização das práticas penais – nota característica do Estado sociedade-liberal –, traduz situação em todo compatível com a prática institucional de Estados autoritários.

O atual momento constitucional – infenso a práticas autoritárias – não tolera práticas de perseguição e tampouco aceita as limitações injustificáveis ao exercício do direito de defesa. A investigação policial é instância de apuração, mas também – como não poderia deixar de sê-lo – de salvaguarda do indivíduo a ela submetida. Sobrepor os fins do Estado aos direitos fundamentais – opção amparada pela deslealdade aos ditames constitucionais – significa o desmantelamento da democracia e do projeto de construção de um modelo de investigação mais humano e leal.

5. Referências bibliográficas

FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trad. De Andrés Ibañes *et al.*, Madrid, 1995.

HASSAMER, Winfried. *Críticas al derecho penal de hoy*, tradução de Patricia Ziffer, 2ª edição, Buenos Aires, 2003.

TULKENS, Françoise. O Procedimento penal: grandes linhas de comparação entre os sistemas nacionais. In: *Processo Penal e Direitos do Homem: Rumo à consciência europeia*. Org. Mireille Delmas-Marty, trad. Fernando de Freitas Franco, Barueri, SP: Manole, 2004.