

A PRISÃO PREVENTIVA NO INQUÉRITO POLICIAL: Mais uma tentativa de interpretação constitucionalmente adequada no processo penal

PREVENTIVA NO PRISON POLICE INVESTIGATION: Another attempt to constitutionally adequate interpretation in criminal proceedings

Waldir Miguel dos Santos Júnior
Mestrando em Direito Processual pela PUC Minas

Warlen Soares Theodoro
Mestrando em Direito Processual pela PUC Minas

RESUMO

Este trabalho pretende analisar a racionalidade do Inquérito Policial a partir de uma interpretação constitucionalmente adequada, no marco do modelo constitucional de processo o trabalho tentará refutar a ampla legitimidade de manifestação da prisão preventiva; ou seja, Autoridade Policial, Ministério Público, em sede de Inquérito Policial.

Para tanto, será analisado essa manifestação enquanto direito. Nessa perspectiva, será estudado o procedimento inquisitório, enquanto, mecanismo de bloqueio à adequação do Inquérito Policial ao processo penal democrático. Nesse sentido, ao final o trabalho apontará o sistema acusatório como modelo ideal para se destacar a prisão enquanto medida excepcional, cuja legitimidade só possui o detentor do direito da acusação.

Palavras Chave: Prisão Preventiva. Inquérito Policial. Interpretação constitucionalmente adequada.

ABSTRACT

This study aims to examine the rationality of the police inquiry from a constitutionally adequate interpretation within the framework of the constitutional process model work attempts to refute the widespread legitimacy of manifestation of preventive prison; ie Police Authority, the Public Prosecutor in the seat of the police inquiry.

To this end, this demonstration will be considered as a right. In this perspective, the inquisitorial procedure will be studied while locking mechanism to the adequacy of the police inquiry to democratic criminal proceedings. In this sense, the end of the work will point the accusatory system as ideal to highlight the prison as an exceptional, measure whose legitimacy has only the holder of the right of accusation model.

KEYWORD: Preventive Prison . Police Inquiry. Interpretation constitutionally adequate.

1-INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o Inquérito Policial a partir do modelo constitucional de processo, visto que o Inquérito Policial está distante das conquistas emergidas a partir da Constituição da República de 1988.

O Inquérito Policial vem sendo utilizado enquanto mecanismo de exclusão e de blindagem do poder arbitrário, voltado sempre para a tutela da segurança pública, outros direitos vêm sendo negligenciados no processo penal brasileiro. Como exemplo, o estudo destacará a legitimidade na iniciativa de manifestação da prisão preventiva ainda na fase de investigação.

Com esses esclarecimentos, o trabalho inicia seu objetivo, qual seja, analisar Inquérito Policial, destacando a prisão preventiva a partir de uma interpretação constitucionalmente adequada.

Iniciando por uma revisitação da teoria da cautelaridade, o trabalho procurará estabelecer a fronteira entre o processo penal e o processo civil, mas ao mesmo tempo reconhecendo princípios constitucionais comuns. Isto é, se destacará não somente a consonância, mas também a diferença, notadamente, diante da presença no processo penal do princípio da presunção de inocência, indicado esse enquanto especificidade do processo penal.

Por fim, e talvez mais importante, se destacará a manifestação na prisão preventiva em sede de Inquérito Policial. Tal análise será feita a partir dos atores hoje reconhecidos pelo Código de Processo Penal: Autoridade Policial, Ministério Público.

Tal reconstrução se baseará no princípio acusatório, que será aqui entendido como delimitações de funções, ainda que tal princípio não se resume a somente esta delimitação. Por opção metodológica será analisada a função do Delegado de Polícia, ou Autoridade Policial, como quer o Código de Processo Penal, mas também não se descuidando das funções do Ministério Público e Juiz, autorizados somente, dentro do princípio acusatório.

Por fim, em sede de considerações finais, têm-se os resultados conclusivos de todo trabalho.

2-A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DA PRISÃO A PARTIR DE UMA TEORIA DA CAUTELARIDADE INTERPRETADA CONSTITUCIONALMENTE

Quando se analisa a teoria da cautelaridade, logo se percebe que suas raízes estão profundamente arraigadas no processo civil, Calamandrei é um marco nesse sentido. No entanto, quando se parte para o processo penal em que o princípio da presunção de inocência fala alto, algumas fronteiras devem ser necessariamente estabelecidas.¹

Ovídio Baptista, apesar de também ser reconhecidamente um autor do processo civil demonstra maior preocupação com o conteúdo semântico da tutela cautelar, vez que distingue claramente a tutela cautelar da tutela satisfativa.

A diferença entre tutela cautelar e tutela satisfativa é que nesta última, a incerteza peculiar ao momento jurisdicional cessa o estabelecimento da coisa julgada material, ao passo que, na proteção de mera segurança, a situação de probabilidade do direito assegurado que a sentença cautelar protege, prolonga mesmo depois do julgamento definitivo da lide cautelar. (BAPTISTA, 2001, p.74)

Essa distinção, por si só, já inicia ainda que superficialmente uma ressemantização dos conteúdos em âmbito processual penal, uma vez que em decorrência do princípio da presunção de inocência a prisão cautelar jamais poderá se aproximar de execução provisória, além de destacar que o pedido de prisão provisória deve passar por um direito substancial de cautela.

No entanto, essa distinção ainda é muito pouco para reconhecer um processo penal efetivamente democrático e constitucional, pois como bem lembra Fauzi Hassan Choukr:

Na verdade, a prática revela uma realidade sombria, a de se procurar adaptar a Constituição ao texto processual penal, e não o oposto. Encaremos particularmente cada uma das raízes problemáticas. Primeiramente, a paralisia legislativa e, depois, o anacronismo doutrinário/ jurisprudencial. (CHOUKR, 2006, p. 12)

É nesse aspecto, que qualquer estudo em matéria processual penal atualmente deve se iniciar através de uma retomada aos princípios processuais constitucionais. Em uma perspectiva de modelo constitucional de processo Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Machado, assim entendem “o microssistema do processo penal tem especificidades diante dos direitos fundamentais a que visa garantir.” (BARROS, MACHADO, 2011, p. 19)

¹Aury Lopes Júnior neste sentido diz: “É necessário abandonar a doutrina civilista de Calamandrei para buscar conceitos próprios e que satisfaçam plenamente as necessidades do processo penal.” (LOPES JÚNIOR,2011,p.15)

É com essa principiologia, que não se pode descuidar do princípio da presunção de inocência, enquanto princípio constitucional sua importância revela a garantia do processo penal como lugar de direitos fundamentais, e “refutando” (POPPER, 2006) o arbítrio e discricionariedade da autoridade. O Inquérito Policial também deve ser analisado dentro dessa principiologia constitucional. O princípio da presunção de inocência relembra aos atores do Direito que o processo penal deve estar em conformidade com a Constituição, as funções devem estar rigidamente delimitadas (PRADO, 2006). Essa é a missão que se pretende cumprir a seguir.

3-O INQUÉRITO POLICIAL A PARTIR DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

No Brasil a legitimidade para se requerer prisão preventiva é ampla, cabendo ao Ministério Público, à Autoridade Policial, se manifestar no que tange a prisão em sede de Inquérito Policial. No entanto, têm-se aí alguns inconvenientes, tanto de ordem prática, quando no que diz respeito à própria legitimidade nessa manifestação.

A elevação das normas de direito processual à garantia constitucional foi fundamental para a implementação de direitos fundamentais, e, principalmente para nortear a interpretação sempre com a bússola constitucional. Este “*modelo constitucional*”² contribuiu relevantemente para que as decisões tomadas pelo Estado fossem construídas por um direito discursivo e democrático, sobretudo a partir do marco procedimentalista (HABERMAS, 1997) o processo se solidifica ainda mais como lugar de direitos fundamentais.

O Inquérito Policial adota o chamado procedimento inquisitório (MARQUES, 2011), em que há centralização da investigação tanto da polícia, como do próprio juiz, destinatário imediato do Inquérito Policial nos termos de nosso Código de Processo Penal. Desde a Inquisição até os dias de hoje, o procedimento inquisitório está fortemente presente nas políticas públicas como mecanismo político de controle e de persecução criminal.

² Esta expressão foi consagrada na Itália por Andolina e Vignera e pode ser caracterizado como “normas e princípios constitucionais respeitantes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas na sua complexidade, consentem ao intérprete delinear um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar um objeto de uma exposição unitária”. (ANDOLINA; GIUSEPPE, 1997, p. 7).

Para Aury Lopes Júnior, permanecem três fundamentos que justificam a existência da instrução preliminar, que são a busca do fato oculto, a salvaguarda da sociedade e evitar acusações infundadas. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 117)

Veja-se também os motivos que justificaram a investigação pela Polícia na exposição de motivos do Código de Processo Penal Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941:

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de ser mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

[...]

E se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e privilegiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados.

[...]

IV – Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. [...]

Basta uma leitura superficial sobre a exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro para enquadrá-lo no marco do Estado Social, em que se

privilegia o bem comum em detrimento de direitos individuais. Nessa quadra é facilmente perceptível que o objetivo é manter a sensação de paz social, seja a que preço for. Veja que na exposição de motivos amplos poderes são dados o Delegado de Polícia, que como órgão estatal sua função³ é garantir a ordem e segurança da sociedade.

Franco Cordero, neste sentido, resume a razão inquisitória adotada no Inquérito Policial como um verdadeiro quadro mental paranoico:

Concebida uma hipótese, ela constrói caminhos indutivos; Com a falta do debate em contraditório abre-se o portão lógico do pensamento paranoico, terrenos complicados para ofuscar os fatos. Devido a abordagem o modelo não tem as peças como se deve. A Inquisição é um mundo verbal, como o sonho, tempos, lugares, coisas, pessoas, eventos a movimentar a flutuar quadros manipuláveis. (CORDERO, 2000, p. 23) (*tradução nossa*)

Sem dúvida, não se pode negar sua inteligência, que serviu e serve muito bem a regimes totalitários e autocratas, no entanto, quando se opta pelo paradigma democrático, a convivência da democracia e do procedimento inquisitório se torna conflitante, e, muitas vezes um problema.

O Inquérito Policial antecede a denúncia, mesmo que prescindível nos moldes do processo penal brasileiro, está presente em grande número nos autos do processo. E mais, na maioria das vezes a investigação se dá com o investigado preso, por representação da autoridade policial.

O ponto nevrálgico deste tema reside justamente aqui, a quem caberia segundo uma leitura constitucionalmente adequada se manifestar em sede de Inquérito sobre a prisão do investigado? Ou melhor, a pergunta seria qual a real finalidade do Inquérito Policial? Ou ainda, para escancarar, o que se vê por de trás do discurso pacificador do e harmonioso da segurança pública? Como vem sendo utilizado o Inquérito Policial no Brasil?

Em estudo científico e rigoroso acerca da Investigação Preliminar no Processo Penal Aury Lopes Júnior, indica que infelizmente a hipótese da autoria do crime em sede de Inquérito Policial, muitas vezes se dá por critérios subjetivos e discricionários da autoridade policial. Vejamos:

³ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias utiliza corretamente o termo função quando vai se referir as funções fundamentais do Estado, em substituição ao uso das expressões Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, pois essas estão assentadas na ideia tecnicamente superada da tripartição de poderes. Assim, sustenta-se a ideia de um único poder do Estado, que é exercido sobre os indivíduos, pelo exercício das suas três funções, ou seja, a jurídica, a executiva e a jurisdicional. A figura do Estado deve ser concebida como ordenação de várias funções que são atribuídas a órgãos diferenciados, segundo previsão constitucional. A atividade ou função é quem deve ser considerada repartida e não o poder do Estado. (DIAS, 2012, p. 18)

A subcultura policial possui seus próprios modelos preconcebidos: estereótipos de criminosos potenciais e prováveis ; vítimas com maior ou menor verossimilitude; delitos que “podem” ou não ser esclarecidos etc.O tratamento do imputado é diferenciado e, conforme ele se encaixe ou não no perfil prefixado, o tratamento policial será mais brando e negligente ou mais rigoroso. (LOPES JÚNIOR, 2006, p.72)

Esse cenário leva à barbárie, patrocinada e legitimada pelo Estado. Isto porque o procedimento inquisitório adotado pelo processo penal brasileiro enaltece a ampla discricionariedade da autoridade, e, lado outro, o total desprezo aos direitos fundamentais e com fins nitidamente dominatórios.(WEBER, 1994)

Nesse sentido, rever as funções dos atuantes do Inquérito Policial parece um início razoável no respeito aos direitos fundamentais, e principalmente, interpretar a função do Inquérito também sob um viés constitucional.

Conviver com o Inquérito Policial, em que toda a hipótese é construída de forma unilateral pela polícia judiciária, e, depois lançada a esmo nos autos do processo não parece coerente com os pilares do Estado Democrático de Direito. Não se quer aqui menosprezar a importância do Inquérito Policial no sistema brasileiro, como por exemplo, no oferecimento da denúncia, formação da justa causa, mas tudo isto deve estar norteado por direitos fundamentais indicados na Constituição.

A investigação policial deve se adaptar a democracia, uma vez que nos moldes do Inquérito brasileiro ela ainda está inspirada na reforma processual penal italiana, promovida na década e 30, em pleno regime fascista, pelo Ministro Rocco. Os regimes de exceção sempre se interessaram por instrumentos de poder e a investigação policial centralizada e discricionária nada mais é do que uma forma de gestão, de exercício de poder, que se difundiu na cultura ocidental, como forma de autenticação da verdade. (FOUCAULT, 1999, p. 78).

Os direitos e garantias fundamentais, enquanto pilares da democracia devem ser respeitados, não cabendo ao judiciário, executivo, e, principalmente ao legislativo, manter no ordenamento jurídico procedimentos que desprivilegiam a argumentação e os direitos dos cidadãos, ainda mais no processo penal, enquanto mecanismo de controle e restritivo de um dos principais bens do homem, a liberdade.

E é aqui que está um grande entrave, pois apesar de a Constituição optar pelo princípio acusatório, não é isto que se constata na legislação processual penal brasileira, pois no Inquérito Policial, já se vislumbra uma hipótese acusatória previamente

formada. Os artigos, 13, 20 e 155 do Código Processo Penal são exemplos de como a inquisitorialidade exclui a participação e afrontam o princípio acusatório.

Estes artigos indicam como a própria legislação, (re) formada (BARROS, 2009), é exemplo da inteligência dissimulada da inquisitorialidade. O Inquérito será sigiloso, formal, a investigação será unilateral e posteriormente será remetido diretamente para o mesmo juiz que julgará as provas produzidas, e esse não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente com o que foi colhido unilateralmente, pois posteriormente há um contraditório que purificará toda prova produzida.

Vale a pena transcrever *ipsis literis*, a lição de Aroldo Plínio Gonçalves sobre o que é o contraditório:

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria contravertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa é a sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igualdade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação. (GONÇALVES, 2012, p. 209)

Por isto, a delimitação das funções é fundamental no processo penal, do contrário a construção do Estado Democrático se fará com alicerces frágeis e falaciosos. O Inquérito Policial, nesse sentido, também deve ser revisto, não bastando mais se indicar sua natureza jurídica⁴. É necessário saber objetivamente qual sua função, qual alcance de atribuição de seu diretor, (autoridade policial) e principalmente qual seu destino, já que com os avanços democráticos, e principalmente com o princípio acusatório já não faz o menor sentido os autos se destinarem ao Juiz, quando o titular da acusação Estatal é o Ministério Público.

E, mais que isto, a própria legitimidade do pedido de prisão em sede de Inquérito é um problema, como explicar a legitimidade constitucional do pedido de prisão pelo Delegado de Polícia. O que se observa é que o pedido de prisão realizada pelo Delegado de Polícia é muito mais uma blindagem do poder, um implante do emergencialíssimo penal (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2012), do que propriamente um direito.

Nesse sentido, é interessante analisar o Inquérito Policial como forma de blindagem do poder estatuído, Mirjan Damaska (DAMASKA, 2000) analisa dois

4 Muito se discute se o Inquérito Policial é procedimento administrativo, enquanto sequência de atos, ou processo, neste sentido imprescindível a presença do contraditório. Conferir os trabalhos de (MARQUES,1997), (TORNAQUI, 1987)

modelos de Poder Estatal; o chamado sistema hierárquico, que se estrutura verticalmente, típicos de países oriundos da tradição continental (civil law) como o Brasil, e o modelo paritário, em que se poderia indicar uma certa horizontalidade, pois permite uma maior participação das partes e o Estado apenas reagindo e não agindo.

O sistema hierárquico (DAMASKA, 2000, p. 37) objetiva a máxima burocratização, pois só através dela se consegue um fechamento do sistema de cima para baixo (verticalização).

Bom exemplo dessa hierarquização pode ser encontrado no procedimento inquisitório consagrado na Inquisição da Igreja Católica, é impossível fazer um estudo do procedimento desassociado da lógica católica. A igreja desde os primórdios se funda em política de não contestação, a verdade absoluta sempre permeou a sobrevivência da igreja. Nesse aspecto, interessante observar como a própria estrutura da justiça é semelhante à estrutura montada em torno do papa, chefe da igreja católica.

Na administração da justiça, assim como na estrutura católica, todo conhecimento somente pode ser produzido de dentro para fora, as buscas de provas, por exemplo, somente são aceitas se estiverem dentro dessa estrutura, ou seja, o conhecimento somente se dá de forma oficial.

O modelo hierárquico, trabalhado por Damaska é o modelo ideal para o Inquérito Policial, claramente adotado pelo Estado brasileiro, sobretudo, por ser um modelo verticalizado em se burocratiza o procedimento como forma de exclusão, tendendo a clandestinidade.

No entanto, como lembra Flaviane de Magalhães Barros:

No Estado Democrático de Direito a respeito da atuação estatal investigativa para atuação para apuração de fatos pretensamente ilícitos é justamente que a partir do momento que a esfera de direitos dos indivíduos passa a ser atingida não pode o Estado pretender uma atuação clandestina. (BARROS, 2009, p. 262)

Ainda retornando aos sistemas processuais, é válido lembrar que a visão de Damaska não pode ser vista como um abandono da inquisitorialidade, isto porque ela não é núcleo duro e coeso de sistema, mas sim uma ideia fragmentada que se transforma no tempo e no espaço. Pois se é sistema, forçoso concluir que é resultante de uma gama de normas e princípios. Como bem lembra Geraldo Prado “[...] não encontraremos, quer onde prevalece à estrutura acusatória, quer onde predomina a inquisitória, bases

absolutamente idênticas a ponto de serem justapostas e se observarem discrepantes.”(PRADO, 2006, p.130)

Porém, após Constituição de 1988, falar de direitos fundamentais se tornou muito mais complexo em âmbito processual penal, pois agora a segurança pública⁵ deverá necessariamente observar direitos fundamentais do investigado, acusado, ou qualquer que seja a condição jurídica do cidadão. Um dos primeiros a se preocupar com tensão do binômio Liberdade X Segurança (COUTINHO, 1992), indica o juízo de valoração na investigação se funda em “tipicidade aparente” podendo ser descartada a qualquer momento.

É neste sentido que a legitimidade da prisão em sede de Inquérito Policial é aqui questionada, já que careceria de um maior controle do titular da ação penal. Além do que, hoje se tornou insuficiente trabalhar direitos fundamentais através deste binômio.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o Inquérito Policial como espécie de investigação deve-se espelhar no modelo constitucional de processo, definido como base principiológica uníssona⁶, desta feita, necessário é compreender o princípio acusatório como norte no processo penal democrático.

Neste aspecto é incompatível se falar em Estado Democrático de Direito, ignorando a presença da inquisitorialidade, pois:

O sistema processual de inspiração democrático- constitucional só pode conceber um e um só “princípio unificador”: a democraticidade; tal como só pode conceber um só modelo sistêmico: o modelo democrático. Dizer democrático é dizer contrário de inquisitivo , é dizer o contrário de misto e dizer mais que acusatório.(MARTINS, 2013, p.73)

No Estado Democrático de Direito não se torna mais imprescindíveis decisões infalíveis centradas na inteligência e na verdade absoluta se tornando incontestáveis. Em tempo, Rosemiro Pereira Leal explica como se dá o direito em Estado Democrático “O importante não é mais colocar um direito natural ou paternal do homem, mas saber se o

⁵A segurança pública é prioridade conforme demonstra a exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro. Decreto- Lei 3.689/41.

⁶ Neste sentido explicam Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado explicam: “ interpretação constitucionalmente adequada passa pela noção de que o modelo constitucional do processo é uma base principiológica uníssona, na qual os princípios que o integram são vistos de maneira co – dependentes. Ou seja, ao desrespeitar um dos princípios afetam-se, também de forma reflexa, os outros princípios fundantes. Contudo, todos os princípios têm o seu conteúdo específico e diferenciado. Em outras palavras, tais princípios são vistos como co- dependentes no sentido de que , apesar de cada um possuir seu espectro de atuação próprio , eles formam uma base uníssona indissociável, na qual a observância a um principio é uma condição para o respeito aos demais.” (BARROS; MACHADO, 2011, p. 20-21)

direito vigente encontra legitimidade nas bases produtivas e fiscalizatórias que o compõem.” (LEAL,2002 ,p.67).

Com estas considerações se faz necessário analisar a função da prisão preventiva, a partir do marco acusatório, é que se verá a seguir.

4-PRISÃO PREVENTIVA ENQUANTO MEDIDA CAUTELAR EXCEPCIONAL

A partir do princípio acusatório, a delimitação das funções no processo penal deve ser necessariamente estabelecida. Esse corte epistemológico se justifica porque o presente trabalho analisa a prisão em sede de Inquérito Policial, portanto, sempre a prisão se dará sem sentença penal condenatória. Nesse sentido: “Como medida cautelar que é a prisão preventiva se presta a proteger o direito ao processo, bem como o direito a acusação que é ou será deduzido em juízo”. (BARROS,2011, p.83)

Assim, enquanto medida excepcional a prisão deve ser requerida por quem tem direito de acusar no processo, ou seja, somente pelo Ministério Público, já que o Delegado de Polícia não é sujeito processual⁷, sua função é importante dentro do sistema brasileiro, enquanto diretor do Inquérito Policial, procedimento preliminar preparador do processo.

Com efeito, independentemente da polêmica acerca da natureza jurídica do Inquérito Policial, o que se é forçoso indicar neste trabalho é que o pedido de prisão realizada pelo Delegado de Polícia carece de legitimidade, quando analisada frente aos ditames constitucionais.

Enquanto medida excepcional, a prisão quando de natureza processual somente deve ser requerida pelo titular do direito da acusação, e, ainda assim, com observância de dois critérios imprescindíveis; Necessidade e Adequação.

Segundo Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Machado:

A necessidade decorre da própria compreensão da presunção de inocência. Portanto, deve-se perquirir sobre a imprescindibilidade da privação do status libertatis do indiciado ou acusado, por meio da decretação de alguma medida cautelar pessoal, a fim de garantir efetividade do direito da acusação deduzido no processo penal [...] A adequação diz respeito à pertinência da medida cautelar pessoal aplicada à situação fática do caso penal, ou seja, se a medida imposta é indicada a tutelar o direito da acusação, em face das situações de dano iminente. (BARROS, 2011, p. 46-49)

⁷Sujeito do processo são o juiz , seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). (GONÇALVES, 2012,p.103)

Por fim, o papel do juiz neste cenário é ainda mais questionável apesar de a lei 12.403/11 ter inovado ao autorizar a participação de ofício somente na ação penal, ainda assim questionável é sua conversão direta como ainda acontece.

Como já explicitado no início desde trabalho no processo penal em razão de suas especificidades não se pode admitir o chamado “*Poder Geral de Cautela*”, como bem lembra Aury Lopes Júnior:

No processo penal a forma é a garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e a forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. (LOPES JÚNIOR, 2011, p.16-17)

Nesse aspecto, nebuloso é o art.311 do Código de Processo Penal Brasileiro⁸ que ainda confere iniciativa de prisão preventiva ao juiz no curso da ação penal, pois sem a manifestação do titular do direito da acusação não se poderia falar prisão preventiva, infelizmente este dispositivo tem sido negligenciado por alguns juízes que ainda insistem em converter a prisão em flagrante em prisão de preventiva de ofício.

Enquanto medida excepcional e cautelar a prisão preventiva deve ser revisitada, enquanto direito ao processo,⁹ pois assim fundamentos discricionários e subjetivos, ordem pública, clamor social, credibilidade da justiça, dentre outros; não resistiriam a um grau de testibilidade¹⁰ eminentemente objetiva.

5-CONSIDERAÇÕES FINAIS

Difícil dar esse encerramento tom conclusivo, quando diante dessas linhas trabalhou-se com este delicado tema do processo penal. No entanto, pode-se chegar a alguns apontamentos, ainda que provisórios sobre a temática desde trabalho.

Por todo exposto, é possível indicar que o princípio acusatório, entendido neste trabalho enquanto delimitação de funções, também se estende ao Inquérito Policial, e neste aspecto pode-se sim questionar o limite de atuação do Delegado de Polícia.

⁸Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

⁹ Ovídio Baptista revisitado para o processo penal por Flaviane de Magalhães Barros (Prisão e Medidas cautelares, 2011).

¹⁰Expressão retirada da obra, *A Lógica da Pesquisa Científica*, p. 137-142.

O modelo constitucional de processo deve observado no processo penal, vez que os princípios constitucionais além de ser horizonte para todo ordenamento jurídico, dão conta de indicar as especificidades do processo penal enquanto microssistema.

Nesse sentido, o Inquérito Policial, apesar de ser reconhecidamente constitucional, parece perdido dentro da nova principiologia que a Constituição impõe, uma vez que foi criado para tutelar apenas o direito fundamental, à segurança pública, e para legitimar o punitivismo a qualquer custo.

Desta feita, a iniciativa para prisão preventiva enquanto medida cautelar excepcional deve ser revisitada, no que se refere ao Delegado de Polícia, devido a não ser sujeito do processo, e, mais gravoso ainda a oficialidade do juiz, já que a esse, o princípio da imparcialidade é exigência constitucional.

Assim, por todo esforço aqui alinhado, somente o Ministério Público, aqui trabalhado enquanto parte, poderia como titular de direito na acusação requerer a medida cautelar excepcional da prisão preventiva em sede Inquérito Policial, já que só assim se poderia apontar para uma interpretação constitucionalmente adequada do processo penal, enquanto lugar garantia de direitos fundamentais.

6-REFERENCIAS:

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzional dela giustiziacivile: il modelo costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G. Giapichelli Editore, 1997.

BAPTISTA, Ovídio. **Do processo cautelar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição**. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.331-345.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **Investigação Policial e Direito à ampla defesa: Dificuldades de uma interpretação adequada á Constituição**. In: CATTONI, Marcelo Andrade OLIVEIRA de. MACHADO, Felipe (Coords). *Constituição e Processo: A resposta do Constitucionalismo á banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.250-271

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

BRASIL. **Código de processo penal** (1941). Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de Outubro de 1941. VADE mecum RT. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Polícia e Estado de Direito na América Latina**. Lumen Juris 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Lumen Juris, 2006.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Ato administrativo de Instauração de Inquérito Policial**. IN: Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel. Org: Rubens Barra e Ricardo Antunes Andreucci, São Paulo:RT, 1992.

DAMASKA, R. Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**. Chile: Editorial Chile, 2000.

DIAS, Ronaldo de Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático**. de direito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JAKOBS, Gunter; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, Landy, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual e sua Conformidade Constitucional**. Vol I, 7ª edição, Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual e sua Conformidade Constitucional**. Vol II, 7ª edição, Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**, 4ª edição, Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR. *O novo regime jurídico da Prisão processual, Liberdade Provisória e Medidas cautelares Diversas*. 2ª edição, Lumen Juris, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual Penal**. v. I, Bookseller, SP, 1997.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Hiper racionalidade inquisitória**. Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda, coord. Gilson Bonato, Lumen Juris, 2011.

MARTINS, Rui da Cunha. **O ponto cego do direito**. São Paulo: atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Kultriz, 2006.

POPPER, Karl Raimund. **Conjecturas e refutações**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília, UNB, 2008.

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

WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação legítima: economia e sociedade**, 3. ed. Brasília: Editora UNB, 1994, Cap. III. v.1.