

O DELEGADO DE POLÍCIA E A SUA CAPACIDADE POSTULATÓRIA

FRANCISCO SANNINI NETO¹

RESUMO

O objetivo desse estudo é defender a capacidade postulatória do Delegado de Polícia, materializada através do seu poder de representação. Para tanto, será desenvolvida uma análise sobre a natureza jurídica deste ato, meio pelo qual a Autoridade Policial expõe ao Poder Judiciário os fatos e fundamentos que justificam a decretação de uma medida cautelar sujeita à reserva de jurisdição ou outra medida essencial para o correto exercício do *jus puniendi* estatal. Além disso, demonstraremos que esta representação não está vinculada ao parecer do Ministério Público, que na condição de fiscal da lei e titular da ação penal pública, deve apenas opinar sobre a necessidade da medida representada, cabendo a decisão final ao Magistrado. Veremos, por fim, que o entendimento em sentido contrário coloca em risco toda a investigação, que não poderia sequer ser iniciada sem a manifestação do titular da *opinio delicti*.

PALAVRAS-CHAVES: Investigação Criminal - Delegado de Polícia – Capacidade Postulatória – Medidas Cautelares – *Jus Puniendi* – Sistema Acusatório.

1 Delegado de Polícia – Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos – Pós-Graduado com Especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Direito – Professor Conteudista do Portal Jus Navigandi e do Portal Jusbrasil – Colunista do Canal Ciências Criminais – Professor da Graduação e da Pós-Graduação da UNISAL/Lorena – Professor do Complexo Damásio de Ensino.

INTRODUÇÃO

Infelizmente a doutrina processual penal, de um modo geral, jamais deu a devida atenção ao inquérito policial, sendo que vários institutos existentes nessa fase de instrução preliminar foram negligenciados pela maioria dos nossos doutrinadores. Temas como a possibilidade de contraditório e ampla defesa na investigação, indiciamento, fiança, portaria inaugural, entre outros, passam praticamente despercebidos pelos estudiosos da área.

É nesse contexto que se desenvolve o presente estudo, que tem o objetivo de preencher um vácuo doutrinário no que se refere à capacidade postulatória do Delegado de Polícia e à representação formulada por esta autoridade. Afinal, qual seria a natureza jurídica dessa representação? Qual a sua finalidade e sua razão de existência? É o que estudaremos a partir de agora, expondo as nossas considerações sobre o tema.

Contudo, para que o assunto possa ser compreendido, é indispensável a análise do sistema acusatório que, de acordo com a maioria da doutrina, seria o sistema processual adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

A origem deste modelo está ligada ao Direito Grego, no qual a persecução penal se desenvolvia com a participação direta do povo no exercício da acusação. O problema desse sistema na sua versão original residia exatamente nesse fato, uma vez que a acusação realizada pelos particulares era falha e passou a exigir uma postura mais ativa por parte dos magistrados, o que, eventualmente, acabou desencadeando o surgimento do sistema inquisitivo.

Entretanto, com a Revolução Francesa e suas novas ideologias de valorização do homem e dos direitos fundamentais, o sistema inquisitivo perdeu força e o sistema acusatório foi paula-

tinamente ressurgindo das cinzas. Dessa vez, todavia, percebeu-se que o mesmo erro não poderia ser repetido, ou seja, a acusação não poderia ficar nas mãos de particulares.

Assim, foi necessária uma divisão da persecução penal em duas fases distintas, sendo que a responsabilidade pela acusação agora ficaria a cargo do próprio Estado, porém, por meio de um órgão distinto do juiz. É exatamente nesse ponto que surge o Ministério Público.

Aury Lopes Jr., ao citar Carnelutti, nos ensina que há um nexó entre o sistema inquisitivo e o Ministério Público, justamente devido à necessidade de dividir a atividade estatal em duas partes. Nesse contexto, o Ministério Público seria uma *parte fabricada*, que surge da necessidade do sistema acusatório e garante a imparcialidade do juiz (LOPES JR, 2013, p.118).

Dentro dessa nova perspectiva, é impossível não reconhecer que o Ministério Público é parte no processo penal, parte esta responsável pelo exercício de uma pretensão acusatória. Somente com essa divisão de funções o sistema processual fica perfeito, havendo, assim, uma parte acusadora, outra responsável pela defesa e um juiz imparcial na ponta da pirâmide.

É preciso que a doutrina processual penal desmistifique o mito de que o Ministério Público é um sujeito imparcial, que só objetiva promover a justiça. Aliás, quando tratamos de processo penal, o ideal seria que os representantes do Ministério Público fossem chamados de “promotores de acusação” e não “promotores de justiça”. O fato de um promotor pleitear, por exemplo, a absolvição do réu em alegações finais, não significa que ele seja um sujeito imparcial. Lembramos que, como agente público, o promotor deve pautar sua atuação pelo princípio da legalidade, o que impossibilita a efetivação da acusação sem que haja, ao menos, a prova da materialidade do crime e indícios suficientes

de autoria. Ora, seria mesmo absurdo que um órgão pertencente ao Estado, que deve atuar de acordo com a lei (expressão da vontade geral), procedesse ao seu arrepio, pleiteando a condenação de um suspeito sem respaldo probatório para tanto. Não podemos, destarte, incidir no erro de acreditar que uma mesma pessoa possa ser capaz de executar duas funções tão antagônicas como acusar e defender, não se podendo, outrossim, confundir a observância da legalidade com uma suposta imparcialidade.

Nessa mesma linha de raciocínio, justamente em virtude de o Ministério Público ser parte no processo penal, somos absolutamente contrários ao seu poder investigatório. Isto, pois, como pode um agente do Estado conduzir uma investigação com a devida e necessária imparcialidade, se ele já vislumbra no horizonte uma futura batalha judicial a ser travada?! Mais do que isso, quais seriam as garantias do investigado diante de uma investigação conduzida pelo próprio órgão responsável pela acusação posterior?

Não podemos olvidar que a investigação preliminar não se direciona exclusivamente à acusação, sendo que em inúmeras situações a investigação acaba atuando em sentido contrário, ou seja, fornecendo elementos que servem ao próprio investigado, demonstrando, assim, a desnecessidade de submetê-lo a uma fase processual. É exatamente esse o papel do inquérito policial, que não tem vínculo nem com a acusação e nem com a defesa, sendo comprometido apenas com a verdade e justiça, servindo como um verdadeiro filtro processual, impedindo que acusações infundadas desemboquem em um processo.

Isto posto, consignamos que a adoção do sistema acusatório, além de exigir a divisão da persecução penal em duas fases distintas (investigação e processo), concentrando as ações processuais (acusação, defesa e julgamento) em pessoas diferentes, também demanda a observância de outras características, espe-

cialmente no que se refere à postura do juiz, que, necessariamente, deve abster-se de participar da produção de provas, deixando essa função apenas para as partes (acusação e defesa). Somente assim a imparcialidade do juiz restará preservada e o sistema acusatório será respeitado.

Aury Lopes Jr. destaca que o juiz “deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base no material defeituoso que lhe foi proporcionado” (LOPES JR., 2013, P.109). É essa a premissa elementar do sistema acusatório, que exige a inércia judicial mesmo diante de eventuais falhas oriundas da atividade acusatória.

Raciocínio semelhante deve ser observado no que diz respeito à defesa. Com a criação do Ministério Público o Estado conseguiu mitigar os problemas decorrentes de uma atividade acusatória mal administrada. Nesse sentido, se faz necessário que o Estado também se preocupe em criar e manter um serviço público de defesa, o que deve ser feito por meio do fortalecimento das Defensorias Públicas.

Além disso, para a perfeita observância do sistema acusatório, é necessário que a fase de investigação preliminar seja conduzida por um agente estatal desvinculado do processo posterior, separando-se, assim, o Estado-Investigador (Polícia Judiciária), Estado-Acusador (Ministério Público), Estado Defensor (Defensoria Pública) e Estado-Julgador (Poder Judiciário).

Como prova de que o nosso legislador já vislumbrava uma indesejável relação incestuosa entre investigador e acusador em potencial, destacamos expressa previsão legal nesse sentido, senão vejamos.

Dispõe o Código de Processo Penal que se uma pessoa houver funcionado num dado caso como Autoridade Policial,

não poderá atuar como Juiz no mesmo caso (artigo 252, I, CPP). Em seguida, o artigo 258 do mesmo Codex estende aos membros do Ministério Público os mesmos impedimentos dos juizes, o que leva à conclusão de que se uma pessoa atuou como Delegado de Polícia num caso, não pode ser o Promotor do mesmo caso. Tudo isso, seja com relação ao Juiz ou ao Promotor, está ligado ao Princípio da Imparcialidade e ao Princípio Acusatório pleno com divisão bem determinada de funções. Então, por que um promotor poderia investigar e acusar ao mesmo tempo, se quando ele investiga como Delegado não o pode de acordo com a lei? Ora, mas esse Código é considerado por quase todos, senão por todos, uma legislação forjada na mais obscura fórmula autoritária, tendo como modelo o Código Rocco italiano. Será possível que a chamada “Constituição Cidadã” é que pretende misturar acusador potencial com investigador e desequilibrar, tornar parcial, tudo quando se pretende preservar de um Sistema Acusatório no bojo de um Código de Processo Penal considerado autoritário? Não seria isso um retrocesso bárbaro? Não haveria aí algo de distorcido no raciocínio? Percebe-se, pois, a importância do Delegado de Polícia como uma autoridade desvinculada do processo, o que constitui uma enorme garantia para as partes interessadas (acusação e defesa), assegurando, outrossim, a imparcialidade na produção probatória.

DELEGADO DE POLÍCIA: AUTORIDADE POLICIAL E JURÍDICA

Entre todas as carreiras jurídicas, a de delegado de polícia talvez seja aquela que mais exija vocação por parte do estudante de Direito, justamente por se tratar de um cargo híbrido, com um aspecto jurídico e outro policial. Aliás, é justamente a faceta policial do cargo que o torna tão diferenciado, seja pelo dinamismo da função, seja pelos riscos a ela inerentes.

Dentro de um “universo concursário” no qual muitos candidatos escolhem seus cargos com foco na estabilidade financeira, pouco se importando com as funções que serão exercidas, o delegado de polícia não escolhe esse caminho com base no salário constante do edital, mas nas atribuições que lá estão previstas.

Para que possamos compreender o aspecto jurídico do cargo, é imprescindível que façamos uma breve análise histórica que nos remeta à origem do delegado de polícia. Pois bem, em 1808, com a chegada da corte portuguesa ao Brasil, surgiu a Intendência Geral de Polícia, que foi o primeiro órgão com função específica de investigação criminal e chefiado por um desembargador. Ocorre que em virtude da extensão do território nacional, o Intendente Geral de Polícia podia autorizar que outra pessoa o representasse nas províncias, sendo que dessa atribuição nasceu a figura do delegado.

Com a independência do Brasil e após a reforma processual de 1841, a Lei 261, de 03 de dezembro do mesmo ano passou a determinar que os chefes de polícia seriam escolhidos entre desembargadores e juizes de Direito, sendo que os delegados também seriam nomeados entre juizes, tendo, destarte, a atribuição de julgar e punir infratores.

Posteriormente, em 1871, uma nova alteração legislativa cuidou da separação das funções judiciais e policiais, vedando às autoridades policiais a possibilidade de julgar infrações penais. Percebe-se, pois, que o cargo de delegado de polícia está umbilicalmente ligado à magistratura. Não por acaso, as Polícias Cíveis e Federal são chamadas de polícia judiciária, uma vez que servem de apoio ao Poder Judiciário. Não por acaso, os delegados de polícia exercem, de maneira atípica, funções judiciais, decretando prisões em flagrante, concedendo liberdade provisória mediante fiança ou expedindo mandados de condução coercitiva.

Nesse ponto, é mister destacar as semelhanças existentes entre as fases que compõem a persecução penal, senão vejamos: a-) o processo é instruído pelo juiz e a investigação é instruída pelo delegado de polícia; b-) o juiz deve ser imparcial, sem interesse na causa discutida, assim como o delegado de polícia; c-) em observância ao sistema acusatório, o magistrado deve se manter equidistante das partes, assim como o delegado de polícia no inquérito policial, não sendo esta autoridade parte em eventual processo posterior, tendo o dever de promover a investigação com a observância das regras legais e proporcionando a “paridade de armas” entre os envolvidos, tal qual o juiz durante o processo; d-) o juiz deve conduzir a instrução processual de modo a chegar o mais próximo possível da verdade real dos fatos, sendo que o delegado de polícia deve agir da mesma forma, buscando a produção de provas e informações que esclareçam os fatos e promovam a justiça, sem se preocupar se os elementos coligidos irão prejudicar o investigado ou beneficiá-lo.

Frente ao exposto, tendo em vista que ao delegado de polícia foi atribuído pela lei e pela Constituição um poder decisório, apto a restringir direitos fundamentais e, da mesma forma e com a mesma intensidade, assegurá-los, é inegável que estamos diante de uma carreira jurídica. Como decretar a prisão em flagrante de uma pessoa sem dominar o conceito jurídico de crime e todos os institutos que influenciam na sua caracterização?! Como representar por uma medida cautelar sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, sem a técnica jurídica para expor os fatos de maneira adequada e legal ao magistrado?!

A investigação criminal constitui, sem dúvida, uma ciência repleta de técnicas e metodologias essenciais para comprovar a existência do crime e sua autoria. Justamente por isso, os policiais que integram as polícias judiciárias são submetidos a um período de formação em academias de polícia ou escolas de

polícia, tudo com o objetivo de prepará-los para o exercício de tão importante mister.

O delegado de polícia, como responsável pela presidência das investigações, deve estar atento e inteirado sobre todas as inovações ligadas à ciência da investigação criminal. Nesse ponto, aliás, nos parece que o modelo adotado pelo sistema jurídico brasileiro representa um avanço se comparado aos de outros países. Isto, pois, em nosso sistema, a investigação de infrações penais é presidida por uma autoridade com formação policial, mas também jurídica.

Salta aos olhos, nesse contexto, o respeito demonstrado pelo nosso ordenamento jurídico à figura do investigado, deixando claro que a investigação criminal não pode desenvolver-se de maneira aleatória, ao arrepio das leis e da Constituição. O delegado de polícia com formação jurídica garante que a apuração de crimes evolua sem qualquer violação da lei ou de direitos, assegurando, destarte, que as provas e elementos de informações produzidos nesta fase da persecução penal possam subsidiar o titular da ação penal e até a decisão final do magistrado.

Seria, de fato, um disparate colocar em risco o direito de punir pertencente ao Estado em virtude de uma investigação criminal conduzida às margens da lei, em que se produzem provas ilícitas ou ilegais que não poderão ser utilizadas na fase processual, caracterizando um verdadeiro “Estado Policial”. Em contraponto, a existência de uma autoridade com formação jurídica no comando da investigação demonstra que vivemos sob o império de um “Estado Democrático de Direito”, onde são respeitados os direitos e garantias individuais, não havendo espaço para o chamado “Direito Penal do Inimigo”.

É preciso ficar claro que a essência policial do cargo de delegado, diferentemente do que muitos possam imaginar, não

se restringe aos aspectos operacionais da função, mas, sobretudo, ao domínio de técnicas investigativas que viabilizem a identificação de fontes de prova aptas ao esclarecimento do delito.

Assim, pode-se afirmar que o inquérito policial, como principal instrumento de investigação criminal, deve acompanhar as evoluções tecnológicas e jurídicas, cabendo ao delegado de polícia, como titular deste procedimento administrativo de polícia judiciária, manter-se atualizado sobre as técnicas de apuração de crimes e, ao mesmo tempo, não descurar das inovações legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias. Deveras, somente uma autoridade com uma formação híbrida (jurídica e policial) é capaz de atuar nesse cenário, o que vai ao encontro de um ideal de justiça característico dos Estados Democráticos de Direito.

QUAL A NATUREZA JURÍDICA DA REPRESENTAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA?

Feitas as devidas considerações acerca do sistema acusatório, passamos agora a analisar a natureza jurídica da representação do delegado de polícia, objeto principal do presente estudo. Primeiramente, com o objetivo de deixar clara a imparcialidade da Autoridade Policial, chamamos a atenção do leitor para o termo utilizado pelo legislador ao fazer menção às manifestações do delegado de polícia. Diferentemente do Ministério Público, por exemplo, que “requer” determinadas medidas ao Juiz, a autoridade policial “representa” pela sua decretação, sendo que isso não ocorre por acaso, mas em virtude do delegado de polícia não ser parte interessada no processo penal.

O *requerimento* ofertado pelas partes, nesse contexto, tem o sentido de pedido, de solicitação. Assim, nos casos em que houver indeferimento pelo Juiz, o interessado poderá interpor o recuso adequado nos termos da lei. A *representação*, por outro

lado, não se caracteriza como um pedido, pois, conforme destacado, só quem pede são as partes do processo. A *representação*, destarte, funciona como uma recomendação, uma sugestão ou uma advertência ao Poder Judiciário. Ao representar, o delegado de polícia *apresenta, expõe* ao Juiz os fatos e fundamentos que demonstram e justificam a necessidade da decretação de uma medida cautelar ou a adoção de outra medida de polícia judiciária indispensável à solução do caso investigado.

Em outras palavras, a representação caracteriza-se como um meio de provocação do Juiz, tirando-o da sua inércia e obrigando-o a se manifestar sobre alguma questão sujeita à reserva de jurisdição. Desse modo, levando-se em consideração que o Poder Judiciário não pode agir de ofício, a representação serve de instrumento à preservação do próprio sistema acusatório. Trata-se, portanto, de um ato jurídico-administrativo de atribuição exclusiva do Delegado de Polícia e que pode ser traduzido como verdadeira *capacidade postulatória imprópria*.

Advertimos, todavia, que, para a maioria da doutrina, a autoridade policial não dispõe de capacidade postulatória, uma vez que não teria legitimidade para recorrer no caso de indeferimento da medida representada.² Com a devida vênia, discordamos frontalmente desse raciocínio. Ora, o fato de o delegado de polícia não ter legitimidade para recorrer apenas demonstra que ele não é parte no processo. Mas daí a negar a sua capacidade de provocar o Poder Judiciário nos parece haver uma certa distância.

Isto, pois, conforme exposto, trata-se de uma *capacidade postulatória imprópria*, uma verdadeira *legitimatío propter officium*, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo delegado de polícia. A regra, de fato, é a de que as medidas cautelares sejam postuladas pelas partes. Contudo, nada impede que

2 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado*. p. 55-56.

o legislador, do alto da sua soberania, confira uma legitimação extraordinária a uma autoridade que não seja parte no processo.

Não podemos olvidar que o delegado de polícia é o titular da investigação criminal e dirigente da polícia judiciária, que, por sua vez, é uma instituição que serve de apoio ao Poder Judiciário, visando reunir provas e elementos de informações que justifiquem o início do processo e, às vezes, subsidiem a própria sentença final. Em outras palavras, a autoridade policial funciona como “os olhos” do Juiz nesta fase pré-processual, um verdadeiro *longa manus* do Poder Judiciário na preparação para eventual persecução penal em juízo. Justamente por isso, o delegado de polícia, sempre que entender necessário, de acordo com o seu livre convencimento jurídico sobre os fatos, deve alertar o Juiz sobre a necessidade da adoção de alguma medida de polícia judiciária sujeita à reserva de jurisdição e que tenha aptidão para neutralizar qualquer tipo de risco ao correto exercício do direito de punir pertencente ao Estado.

Na representação pela decretação da prisão preventiva, por exemplo, o Delegado de Polícia expõe ao Juiz os fatos e as circunstâncias que demonstram que o investigado pretende furtar-se à aplicação da lei penal ou o perigo que ele oferece a garantia da ordem pública, sugerindo, nesses casos, a medida que ele entende como sendo a mais adequada para a neutralização desse risco, preservando, conseqüentemente, o processo ou a própria sociedade.

Já na representação para a decretação de uma interceptação telefônica, o delegado de polícia adverte ao juiz que está em andamento uma investigação que apura um crime punido com pena de reclusão, que existem indícios razoáveis de autoria e que não há outros meios de provas aptos a reforçar a materialidade do crime, senão através desta medida. Percebe-se, nesse contexto, que a representação caracteriza uma sugestão ao Poder Judiciário, que, após analisar os elementos que lhe forem apresentados, decidirá

sobre a necessidade e adequação da medida representada. Seria como se a autoridade policial dissesse ao Juiz, “olha, Excelência, a materialidade do crime e sua autoria só poderão ser perfeitamente constatadas por meio de uma interceptação telefônica”.

Ainda com o objetivo de demonstrar a finalidade da representação, nos valem de um dispositivo constante na nova Lei 12.850/13, que trata das organizações criminosas. Nos termos do artigo 4º, §2º, deste diploma normativo, que trata da *colaboração premiada*, “Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).”

Conforme se depreende de uma leitura perfunctória do texto legal, fica clara a tese defendida neste estudo, no sentido de que o delegado de polícia funciona como “os olhos” do Poder Judiciário na fase investigativa. Assim, ao perceber a relevância da colaboração prestada, a autoridade policial deve alertar o Juiz sobre este fato, sugerindo a concessão do perdão judicial. Percebam, caros leitores, a importância dada pelo legislador ao delegado de polícia, que agora pode representar por uma medida que pode resultar na extinção da punibilidade do investigado.

Outra situação que ilustra bem a função da representação se refere ao caso de renovação do prazo do inquérito policial. Nos termos do Código de Processo Penal, em se tratando de investigado preso o procedimento deve ser concluído no prazo de dez dias. Se o investigado estiver solto, todavia, o inquérito policial deve ser encerrado em trinta dias, permitindo-se sua prorrogação pelo mesmo período³.

3 No caso da Lei de Drogas, por exemplo, os prazos são diferenciados, assim como nas

Desse modo, sempre que não for possível concluir a investigação no prazo legalmente previsto, a autoridade policial deve representar ao Juiz pela renovação desse período. Não se trata de um “pedido de prazo”, normalmente citado na prática policial, mas de uma exposição de motivos que demonstram ao Poder Judiciário que diligências investigativas ainda estão pendentes e precisam ser realizadas para a perfeita apuração dos fatos. Nesta representação deve ser exposto que o prazo de trinta dias não é suficiente para o esclarecimento do crime, sendo, destarte, imprescindível a prorrogação do inquérito policial.

Por fim, nos valem de um último exemplo para ilustrar a finalidade da representação do delegado de polícia. De acordo com o artigo 149, §1º, do CPP, quando houver dúvida sobre a integridade mental do investigado, a autoridade policial deve representar pela instauração do incidente de insanidade mental. Advertimos que nesse caso não se representa pela decretação de uma medida cautelar pessoal, probatória ou de natureza real. Na verdade, em tais circunstâncias existe apenas um interesse na preservação do correto exercício do direito de punir pertencente ao Estado, uma vez que, em se tratando de sujeito inimputável, não poderá lhe ser imposta uma pena, mas somente medida de segurança. Salta aos olhos, portanto, a função de auxiliar da Justiça conferida ao delegado de polícia, sendo a representação um meio de comunicação entre as autoridades policial e judicial. Daí a importância de contarmos com uma autoridade com formação jurídica na condução das investigações, pois só assim a persecução penal ficará resguardada, garantindo-se que eventuais ameaças a concretização da justiça sejam devidamente expostas ao Judiciário, de maneira técnica e imparcial, o que só pode ser feito por um operador do Direito.

investigações desenvolvidas na esfera federal.

Frente ao exposto, parece-nos impossível negar que a autoridade policial disponha de uma capacidade postulatória, que nada mais é do que a capacidade técnico-formal de provocar o Juiz. A diferença reside apenas no fato de que tal capacidade se restringe ao exercício das funções pertinentes às atividades de polícia judiciária.

Em conclusão, tendo em vista que o legislador conferiu ao delegado de polícia a prerrogativa de provocar diretamente o Poder Judiciário nas situações vinculadas ao exercício de suas funções, independentemente do parecer do Ministério Público, podemos afirmar que a autoridade policial possui uma verdadeira *capacidade postulatória imprópria* – vez que não é parte no processo –, materializada através de sua representação, que constitui um ato jurídico-administrativo cuja finalidade é expor ao Juiz os fatos, as circunstâncias e os fundamentos que justifiquem a adoção de uma medida necessária à persecução penal e ao correto desenvolvimento do *ius puniendi* estatal.

REPRESENTAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA E SUA (DES)VINCULAÇÃO DO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

De acordo com o nosso sistema jurídico, a investigação de infrações penais é materializada, em regra, por meio do inquérito policial, de atribuição privativa das policiais judiciárias, nos termos do artigo 144, da Constituição da República. Pode-se afirmar, destarte, que 99% das ações penais interpostas pelos seus titulares legais (Ministério Público, nas ações penais públicas e a própria vítima, nas ações penais privadas) são subsidiadas pelas investigações realizadas pelas polícias Civil e Federal.

Ocorre que, ao longo dos procedimentos investigativos, diversas medidas cautelares, sejam elas de natureza real (sequestro, arresto etc.), probatória (interceptação telefônica, busca

e apreensão etc.) ou de caráter pessoal (prisão preventiva, temporária, proibição de frequentar determinados lugares etc.), são necessárias para a perfeita apuração do crime.

Atento ao fato de que o delegado de polícia é o titular do inquérito policial, o legislador lhe conferiu as ferramentas necessárias para o exercício desse mister. Assim, sempre que a autoridade de polícia Judiciária vislumbrar a necessidade da adoção de uma medida cautelar, que, em regra, só pode ser concedida pelo juiz⁴, ela deve se valer de uma representação para provocá-la.

Consigne-se que esta *representação* não possui qualquer relação com a representação feita pela vítima nos crimes de ação penal pública a ela condicionados. Nesses casos, a *representação* da vítima tem natureza jurídica de condição objetiva de procedibilidade, sendo que a persecução penal não pode sequer ser iniciada sem a sua formalização.

Por outro lado, a *representação* elaborada pelo delegado de polícia, conforme já adiantamos, é um instrumento cujo objetivo é levar ao conhecimento do Poder Judiciário alguns fatos e circunstâncias que justifiquem e exigem a decretação de determinada medida cautelar. Tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico adotou o sistema acusatório, o juiz não pode exercer uma função ativa ou de protagonismo na fase investigatória da persecução penal. Justamente por isso, com a intenção de resguardar os interesses perseguidos na fase pré-processual, o legislador conferiu ao Delegado de Polícia a possibilidade de provocar o Poder Judiciário por meio da representação.

Nos termos do artigo 129, incisos VII e VIII, da Constituição da República, cabe ao Ministério Público a função de exercer o con-

4 Excepcionalmente, o próprio Delegado de Polícia pode conceder uma medida cautelar. É o que ocorre no caso da liberdade provisória mediante fiança, por exemplo, conforme visto acima.

trole externo da atividade policial, bem como requisitar diligências investigatórias e a própria instauração do inquérito policial. Demais disso, o *Parquet* sempre deve atuar como o fiscal da lei.

Nesse sentido, o representante do Ministério Público sempre deverá ser ouvido nos casos em que houver representação do Delegado de Polícia pela decretação de alguma medida cautelar. Isso significa que o órgão ministerial deverá ofertar um parecer, vale dizer, emitir uma mera opinião sobre o caso representado, sem que, com isso, o Poder Judiciário fique vinculado à sua manifestação.

Contudo, há na doutrina quem defenda que, nesse caso, a decretação de medida cautelar sem que haja um parecer favorável do *Parquet* seria inconstitucional. Renato Brasileiro, por exemplo, fundamentando seu raciocínio no artigo 129, inciso I, da Constituição da República, que coloca o Ministério Público como titular da ação penal pública, advoga a tese de que essa titularidade também seria extensível às demais medidas de natureza cautelar. Segundo o autor,

devido ao caráter instrumental das medidas cautelares em relação à ação principal, devem elas ser pleiteadas pelo próprio titular da ação de acordo com a estratégia processual considerada eficiente e adequada para viabilizar a ação principal (BRASILEIRO DE LIMA, 2012, p. 1149).

No mesmo sentido, Geraldo Prado ensina que:

a autoridade policial não é parte no processo penal, não tem interesse que possa deduzir em juízo e a investigação criminal não guarda autonomia, ela existe orientada ao exercício futuro da ação. A constatação de comportamentos do indiciado prejudiciais à investigação deve ser compartilhada entre a autoridade policial e o Ministério Público (ou o querelante, conforme o caso), para que o autor da ação penal ajuíze seu real interesse em ver a prisão decretada (PRADO, 2011, p.131).⁵

5 No mesmo sentido, MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisões e outras medidas cautelares pessoais. p.67-70.

Os defensores da tese destacam, outrossim, que a decretação de medidas cautelares oriundas de representações das Autoridades Policiais sem que haja o parecer favorável do Ministério Público constituiria uma verdadeira hipótese de atuação de ofício por parte do Magistrado, o que não é admitido pelo sistema acusatório, caracterizando, inclusive, uma ofensa ao princípio da imparcialidade do juiz.

Por fim, outro argumento utilizado para refutar a possibilidade de decretação de medidas cautelares sem a oitiva do *Parquet*, aponta no sentido de que, por ser o titular da ação penal pública, poderia ocorrer, por exemplo, a prisão preventiva de um investigado sem que o *dominus litis* sequer visualizasse a presença de justa causa para o oferecimento da denúncia.

Com todo respeito aos entendimentos em sentido contrário, mas as teses acima expostas partem de premissas equivocadas com o objetivo de subsidiar argumentos que, logicamente, também apresentam vícios inegáveis.

Primeiramente, devemos salientar que a investigação criminal não é direcionada ao titular da ação penal. Na verdade, o inquérito policial se caracteriza como um instrumento democrático e imparcial, cujo único desiderato é reunir provas e elementos de informação quanto à autoria e materialidade delituosa, justificando, se for o caso, a propositura da ação. Em outras palavras, o inquérito policial não serve nem a acusação e nem a defesa, sendo compromissado apenas com a verdade e com a justiça.

Muito embora o inquérito policial, na maioria das situações, sirva para reunir elementos contra o sujeito passivo da investigação, em outros casos sua função é exatamente contrária, ou seja, a de fornecer provas ao próprio investigado, impossibilitando, assim, que ele seja processado. É nesse sentido que o inquérito policial acaba atuando como uma espécie de filtro, impedindo que acusações infundadas desemboquem em um processo.

Aliás, justamente por ser um instrumento imparcial, o inquérito policial é de atribuição de uma instituição sem qualquer vínculo com o processo posterior, o que garante a independência e a legitimidade das investigações. Afinal, como poderia o Ministério Público, como parte da relação processual, conduzir a investigação com a devida isenção se ele já tem em mente uma futura batalha a ser travada durante o processo?!

Em consonância com esse entendimento, Eduardo Cabette assevera que o

Inquérito Policial não é e jamais será instrumento a serviço do Ministério Público ou do Querelante somente, mas sim da busca da verdade processualmente possível de forma imparcial, dentro da legalidade. O Delegado de Polícia não deve produzir ou colher provas e indícios somente voltados para a acusação, mas sim de forma genérica, primando pela total apuração dos fatos, venha isso a beneficiar a defesa do suspeito ou a incriminá-lo (CABETTE, 2011, p.106).

Desse modo, salta aos olhos que a titularidade da ação penal não apresenta qualquer relação com a titularidade da investigação criminal. Assim, as investigações conduzidas pelo delegado de polícia devem se desenvolver de maneira independente e desvinculadas das opiniões acerca dos fatos do titular da ação posterior. Não podemos perder de vista que a persecução penal se materializa em duas fases distintas, ainda que complementares, sendo que em cada uma delas nós temos um titular diferente, com convicções jurídicas e percepções possivelmente distintas sobre os mesmos fatos. Deve-se preservar, pois, a independência entre as instâncias, o que apenas fortalece e qualifica a decisão final, garantindo-se, ainda, a plena observância do sistema acusatório.

Ora, o delegado de polícia, como presidente do inquérito policial, é a autoridade mais indicada para saber quais as necessi-

dades da investigação em desenvolvimento, sendo que a utilização de medidas cautelares constitui um dos possíveis caminhos a serem trilhados em busca da verdade dos fatos. Nesse contexto, se a adoção de tais medidas ficasse condicionada ao parecer do Ministério Público, isso significaria que a própria investigação ficaria vinculada a este órgão e sob o seu controle, o que, convenhamos, seria um absurdo, especialmente após o advento da Lei nº 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Consigne-se, ainda, que, para formar seu convencimento jurídico acerca dos fatos, a autoridade policial precisa das ferramentas necessárias para a investigação. Desse modo, se condicionarmos a sua representação ao parecer favorável do titular da ação penal, nós estaríamos, por via oblíqua, o impedindo de encontrar os fundamentos indispensáveis para a formação da sua decisão final, alijando por completo a própria investigação.

Em sentido semelhante é o escólio de Marcos Paulo Dutra Santos, ao tratar da representação pela decretação da prisão temporária, cujo conteúdo deve ser repetido na íntegra:

Inexiste inconstitucionalidade no atuar da autoridade policial, mesmo porque o art.129, I, da Constituição da República tornou privativo do Ministério Público o exercício da ação penal pública, e não a postulação de medidas cautelares. Tampouco resta vulnerado o sistema acusatório, cujo berço constitucional também corresponde ao art.129, I, da Carta de 1988, porquanto a autoridade policial se alinha ao Parquet enquanto órgãos de repressão estatal, logo a representação pela prisão temporária não discrepa do poder de polícia judiciária que lhe foi confiado no art.144 da CRFB/88. Com efeito, as medidas cautelares são, em regra, postuladas por quem possui legitimidade ad causam. Mas isto não significa que o legislador, do alto de sua soberania, não possa eventualmente conceder tal legitimidade a quem não seja parte no processo. Não haverá ofensa a qualquer preceito constitucional caso assim o faça, mesmo porque seria uma legitimatio propter

officium, isto é, uma legitimação decorrente do ofício desempenhado por tal agente. E assim o é no tocante à Autoridade Policial e à sua legitimidade para representar pela prisão temporária (DUTRA SANTOS, 2011, p.90).

Reforçando os argumentos de Dutra Santos, entendemos que a *teoria dos poderes implícitos*, sempre invocada pelo Ministério Público para sustentar a sua legitimidade em realizar atos de investigação criminal, serve para demonstrar a desvinculação entre a representação do Delegado de Polícia e o parecer do *dominus litis*. Ora, se a titularidade da investigação criminal foi conferida às Polícias Judiciárias, tendo em vista que a adoção de medidas cautelares constitui ferramenta indispensável ao correto desenvolvimento desse mister, condicioná-las ao parecer favorável do Ministério Público seria a mesma coisa que retirar as ferramentas imprescindíveis à investigação, fazendo com que a própria existência de uma polícia investigativa perca o seu sentido. Em outras palavras, se o legislador constituinte incumbiu às polícias civil e federal o protagonismo na investigação de infrações penais (atividade-fim), implicitamente ele também lhes conferiu os meios para o desempenho de tão importante missão (representação pela decretação de medidas cautelares como, por exemplo, a interceptação telefônica ou a prisão preventiva).

Se, por outro lado, o representante do *Parquet* não vislumbrar a existência de justa causa para a propositura da ação, ele poderá se manifestar nesse sentido após o encerramento das investigações, optando pelo não oferecimento da denúncia e, por exemplo, requerendo o arquivamento do inquérito policial. Dessa forma restam preservadas as independências funcionais dos órgãos responsáveis pela persecução penal, sendo que a decisão final caberá sempre ao Poder Judiciário e não às partes. É mister não olvidar que na seara criminal o Ministério Público, em regra, é parte no processo, constituindo-se como o órgão responsável pela acusação. Justamente por isso, sua atuação deve ser opina-

tiva ou de requerimentos, não podendo suas manifestações limitar, de qualquer modo, a decisão judicial. Aliás, conforme bem apreendido por Eduardo Cabette, “‘decisão’ é somente a Judicial, cabe ao Ministério Público e demais atores processuais opinar e pedir. Não se podem confundir as funções jurisdicionais com as funções ministeriais” (CABETTE, 2011, p.107).

Outro argumento que subsidia a desvinculação da decisão judicial do parecer do Ministério Público se relaciona aos casos que envolverem ações penais privadas. Isto, pois, em prevalecendo a tese de que as representações necessitam da manifestação favorável do titular da ação penal, quando estivermos diante de um crime de ação penal privada, a vítima deveria ser notificada para oferecer um parecer sobre a necessidade da adoção de determinada medida cautelar, o que, com a devida vênia, nos parece teratológico, especialmente por prejudicar o próprio ofendido. Explico. É cediço que, infelizmente, a advocacia pública não apresenta nos dias de hoje um serviço de grande abrangência, principalmente na fase preliminar de investigação. Dessa forma, caso a vítima precisasse se manifestar sobre a adoção de uma medida cautelar, ela provavelmente não teria aptidão técnica para esta análise, sendo que, na maioria dos casos, ela nem sequer saberia da existência de medidas cautelares, seus requisitos e pressupostos de admissibilidade. Conseqüentemente, os bens jurídicos envolvidos na investigação ficariam desprotegidos, o que, sem dúvida, também prejudicaria o futuro processo, colocando em risco, inclusive, a concretização da justiça.

Dessa forma, entendemos que o parecer do Ministério Público não pode condicionar a decretação de medidas cautelares provenientes de representações do delegado de polícia, sendo que os entendimentos contrários prejudicam a investigação criminal e colocam em risco a própria função das Polícias Judiciárias, ameaçando, outrossim, o correto exercício do direito de

punir pertencente ao Estado. Isso não significa, todavia, que o *Parquet* não possa se manifestar sobre a necessidade das medidas, pelo contrário. Como fiscal da lei, é até recomendável que o Ministério Público se manifeste, mas em um contexto opinativo, sem que isso possa vincular de qualquer forma a decisão do Poder Judiciário.

Conclui-se, pois, que a representação do delegado de polícia serve para provocar diretamente a manifestação do Poder Judiciário, o que reforça o entendimento no sentido de que esta autoridade possui, sim, capacidade postulatória, mas uma *capacidade postulatória* imprópria, restrita ao exercício de suas funções.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Ed.4^a. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. Vol.I. 2^a Ed. Niterói: Impetus, 2012.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada – Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado*. Ed.2^a. Salvador: Juspodivm, 2014.
- DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. *O Novo Processo Penal Cautelar*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Ed.11^a. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PRADO, Geraldo. *Medidas Cautelares no Processo Penal – Prisões*

e suas alternativas. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANNINI NETO, Francisco. *Inquérito Policial e Prisões Provisórias*. Ed.1^a. São Paulo: Ideias e Letras, 2014.