



A POLÍCIA JUDICIÁRIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Claudio Messias Alves¹

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a existência de uma relação de necessidade entre o modelo de estado democrático de direito adotado pelo Brasil e a existência de uma polícia judiciária, como instituição permanente e com atribuições constitucionais exclusivas.

Compreende-se por polícia judiciária as atividades voltadas para apuração de infrações penais, desenvolvidas, em âmbito estadual pela Polícia Civil, em âmbito federal pela Polícia Federal. Tais instituições são permanentes e mantidas pelo poder público. Neste sentido pugnam os professores Jaime Pimentel Júnior e Rafael F. M. de Moraes²:

...a atividade de polícia judiciária é definida como aquela que atua depois de ocorrida a infração penal, após frustrada a prevenção delitiva pelas corporações de policiamento ostensivo, e realiza a investigação criminal por intermédio de inquérito policial ou de termo circunstanciado, para determinar a comprovação do delito (materialidade) e sua respectiva autoria, destinando-se à justa responsabilização penal.

Prosseguem os mesmos autores, desta feita com respaldo no magistério do professor Ives Gandra da Silva Martins, o qual sustenta que:

a densidade ôntica da polícia judiciária a revela como sendo a polícia do Poder Judiciário, que o auxilia na reta de preparação da demanda penal ao executar e legitimar a etapa extrajudicial do processo penal.

¹ Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. E-mail: claudiomalves2010@yahoo.com.br

² MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. *Polícia judiciária e a participação da defesa na investigação criminal*. Editora Verbatim, 2017.



Assim, em caráter propedêutico, fechamos a conceitualização do objeto de nosso estudo, ressaltando que este não se trata de uma nova instituição, mas sim das atribuições afetas constitucionalmente às instituições policiais - Polícia Civil e Polícia Federal - ambas há muito existentes.

1. A DEMOCRACIA BRASILEIRA: RESUMO HISTÓRICO

A democracia brasileira é ainda jovem, posto que o nosso modelo atual de estado democrático de direito foi fundado com o advento da Constituição Federal de 1988. Apesar de sua jovialidade aparente, a democracia brasileira, que não é tão jovem assim, demonstra grande maturidade face as grandes provações que sofreu e vem sofrendo. Em que pese o nosso regime constitucional atual ser recente, o país experimentou outros períodos de clarões democráticos, o que gerou uma bagagem de experiência a nossa sociedade e as nossas instituições, fazendo com que o atual ensaio, embora juvenil, demonstre a maturidade que testemunhamos.

Os atentados à democracia são recorrentes no Brasil, no entanto, não poderia deixar de frisá-los, a fim de melhor contextualizar o tema que pretendo apresentar. Assim sendo, podemos dizer que tivemos entre uma ditadura e outra, alguns ensaios democráticos.

Iniciaremos nossa abordagem de uma forma superficial a estes clarões democráticos pelo partindo do segundo reinado, marcado pelo liberalismo econômico, funcionamento dos poderes e a existência de liberdade de expressão e de ir vir, entretanto, há de se consignar que a escravidão era uma mácula a obscurecer o clarão das luzes democráticas então existentes. Em seguida, fortes turbulências políticas que culminaram no fim do reinado, e outras que sucederam tal evento colocaram em cheque a incipiente democracia brasileira. A turbulência passa, o país volta a quase normalidade institucional, e digo quase pois o modelo eleitoral vigente a época não era compatível com os padrões de uma democracia séria. No entanto, a sociedade gozava de significativa liberdade, o governo central era civil e eleito – apesar das mazelas - havia um Congresso Nacional em funcionamento, o poder judiciário e a



polícia funcionavam, os movimentos sociais não eram reprimidos e a imprensa não era censurada.

Um pouco mais adiante, já passando pelos grandes abalos sísmicos que fraturaram o mundo, as turbulências sociais inspiradas em ideias nascidas no exterior chegam ao Brasil e ameaçam as estruturas político e econômicas vigentes. Conforme tais movimentos agitam o país, o governo passa a mostrar seu lado facínora até então oculto. Durante a década de 1920, alegando a necessidade de combater ideologias contrárias aos interesses nacionais, e a fim de combater os movimentos sociais, e até militares, contrários ao modelo político vigente, o governo aumenta a intervenção repressiva, recorrendo de forma frequente a estados de exceção, chegando ao extremo de o presidente Artur Bernardes (1922-1926) governar por quase todo o seu mandato sob estado de sítio.

A década de 1930 se inicia com promessas de grandes mudanças, e algumas até vieram, no entanto, o meio político não contribui para o avanço democrático, eis que um governo não eleito, e a pretexto de ser provisório, se instala no país. Novos percalços. A sociedade já bastante politizada sai em defesa do que lhe é de direito, no entanto, esta politização, apesar do ensaio democrático experimentado por longas décadas, não chegou a uma grande parcela social, e por isso os movimentos *pro* democracia não prosperaram, e uma forte e ferrenha ditadura se instala no país. Era o famigerado Estado Novo de Vargas.

A história segue seu curso, o eixo perde a guerra, o nazi-facismo que tanto seduziu o governo brasileiro é condenado a extinção. Os reflexos no Brasil não demoram para chegar: um novo ensaio democrático é realizado. Desta vez com ideias novas, uma nova ordem mundial reflete no constitucionalismo brasileiro, e com o isso o país consegue elaborar aquela que talvez tenha sido a sua melhor Constituição Federal: a de 1946.

Mas a euforia pelo ensaio democrático instalado dura pouco. O mundo bipolar e os subprodutos da guerra fria lançam seus reflexos no país, fazendo com que política e sociedade não caminhem juntas. O mundo político, sempre ávido por poderes, busca na dinâmica social pretextos para frear o avanço democrático, e consegue. O desenvolvimento político da sociedade, a participação do cidadão, as



cobranças do povo, as reivindicações dos trabalhadores são vistas como ameaças potenciais à saga de poder daqueles que atuavam nos bastidores, e é vendida ao poder econômico como uma ameaça aos seus lucros desenfreados. Era necessário parar o dragão. Um novo golpe, e há quem diga até patrocinado por estrangeiros, coloca por terra o mais brilhante experimento democrático da história do país. Outra ferrenha ditadura, a pretexto de preservar a democracia contra a terrível ameaça vermelha, ao que parece imaginária ou superestimada, se instala no país e os estragos se protraem no tempo.

A ameaça vermelha, que talvez sequer tenha existido, se esvai em menos de uma década. Assim, o pretexto usado a época para assaltar o estado já não subsistia, mas a saga pelo poder sem limite, bem como o anseio pelos benefícios por ele proporcionados aos poucos que o detém permaneceram, e assim a ditadura continuou corroendo as instituições e a sociedade naquilo que lhe é mais salutar: a consciência política.

Já era tempo. Nada mais justificava a manutenção de um regime de exceção mantido por fardas e baionetas. Nem mesmo a cegueira política incutida na sociedade pela censura e pela falência deliberada da educação foram suficientes para conter o desejo de mudança daqueles que sofriam no bolso as consequências da megalomania do regime “forte”. O regime, apesar de forte, ruiu.

Uma nova ordem constitucional se fazia necessária. Era urgente a recolocação do Brasil nos trilhos da democracia de direito. Era necessário refundar o estado brasileiro, rever o pacto federativo, reestruturar as instituições, repolitizar o povo e por fim a violência praticada pelo próprio estado.

Não era tarefa fácil. A reconstrução de um país não pode ser feita por toque de midas, ou passes mágicos. Também não era possível desmontar todas as instituições então existentes e criar outras novas em seu lugar. Não era possível inserir na cultura de cada cidadão um conhecimento que foi tolhido por décadas. Assim, não era possível trazer o cidadão em sua plenitude para a mesa de projetos do novo país que dali se delineava. Com todos estes obstáculos, além de outros de ordem escusa, vem a luz uma nova Constituição Federal. Uma Constituição que, olhando mais pelo retrovisor do que para o para-brisa, temendo pela ressurreição dos porões ditatoriais,



mas se limitando a eles, colocou sobre o cidadão uma excessiva blindagem protetiva, quase uma redoma, que um dia terá que ser revista.

2. A ESTRUTURAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO COM OBSERVÂNCIA A CONSOLIDAÇÃO DE UMA DEMOCRACIA

Uma democracia de direito não se faz com o povo exercendo diretamente o poder, posto que isso devido a complexidade do tecido social seria impossível. Em que pesem as utopias, maioria ultrapassada e vencida pela verdade real, não podemos negar que o poder pertence ao povo, porém o pior modelo, considerando que os demais são ainda piores, é a democracia representativa.

No entanto, a formação de um governo, incluindo-se aí os poderes executivo e legislativo, por representantes eleitos diretamente pelo povo, por si só, não é suficiente para a garantia do que se prometeu construir: um Estado Democrático de Direito.

Como não é possível fracionar o poder nas mãos dos cidadãos para que estes mesmos o exerça, é necessário evitar ao máximo a sua concentração, mesmo que nas mãos daqueles que para isso foram eleitos. Conscientes da necessidade de fracionamento do poder, a ideia que melhor representa este modelo é o das instituições. Assim sendo, torna-se necessário que se tenha instituições sólidas, entrelaçadas e vinculadas a lei.

Constitui-se desta forma um emaranhado complexo em que a lei elaborada de forma pública por representantes do povo rege as instituições, estas se equilibram umas nas outras, cada uma exercendo a parcela de poder que lhe foi conferida, em que na somatória se entrega ao cidadão na forma proteção, garantia e serviços aquilo que lhe é um direito por natureza: uma vida digna em sociedade.

Visto por este ângulo advogamos a tese de que a melhor forma de exercer o poder é na sua pulverização, e nunca na concentração, posto que a concentração de poder leva, inevitavelmente a arbitrariedade e a tirania, modelos que já foram testados e reprovados não só no Brasil, mas em todo o mundo.



A fim de dar melhor respaldo a esta nossa tese, recorreremos às teorias políticas de Alexis de Tocqueville³, expostos em sua obra “Da Democracia na América”, – em que o pensador francês vislumbra uma democracia de direito instalada no novo continente, pautada pela existência de instituições sólidas a contrabalançar o poder central. Para moderar os excessos de poder Tocqueville propõe:

1-A descentralização administrativa

As instituições comunais (municipais) são um entrave ou barreira aos excessos do poder central. Sem instituições comunais, uma nação pode ter um Governo livre, mas não tem o espírito de liberdade.

2-O corpo de leigos

O corpo de leigos constitui neste País (América), o mais poderoso, e por assim dizer, único contrapeso da Democracia.

3-A Independência do poder judicial e a instituição do Júri nos tribunais de 1ª instância.

4-O respeito pelos costumes, tradições, crenças e religião.

5-O estabelecimento de associações civis: políticas, industriais, comerciais, científicas e literárias.

Tocqueville prossegue dizendo que:

Nos Estados Unidos, as pessoas associam-se com fins de segurança pública, de comércio, de indústria, de moral e de religião. Não há país onde as associações sejam mais necessárias para impedir o despotismo dos partidos ou o arbítrio do príncipe do que naqueles onde o estado social é democrático.

Observemos que Tocqueville fez uma constatação empírica dos Estados Unidos da América, na segunda metade do século XVIII. As colocações nos parecem atuais por dois motivos: a visão futurista de um estudioso que buscava ideias para promover o seu país – a França; e o atraso institucional a que as sucessivas e famigeradas ditaduras relegaram o nosso país.

O equilíbrio institucional constatado por Tocqueville se insere no contexto de um modelo mais amplo que foi delineado no século anterior pelos pensadores iluministas e que recebeu o nome “sistema de freios e contrapesos”. De uma forma sintética, é o sistema em que uma instituição detentora de uma fração de poder controla outra que, direta ou indiretamente, é por esta instituição controlada.

³ Textos extraídos do artigo denominado “Teorias Políticas de Alexis de Tocqueville”, de autoria de Francisco José Santiago Martins, disponível em: <<http://pontodemira.blogs.sapo.pt/48830.html>>. Acesso em 10 fev. 2017.



É importante consignar que a tese da descentralização do poder como forma de conter a tirania é anterior a Tocqueville, posto que fora Montesquieu quem, no contexto das ideias iluministas, melhor sistematizou o estado tripartido. Buscando uma abordagem mais detalhada sobre a teoria da divisão de poderes, base deste nosso estudo, trazemos a colação o artigo elaborado pelo advogado Dr. Marcelo de Lemos Perret⁴:

A Teoria da Divisão de Poderes, também conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos, foi consagrada pelo pensador francês Montesquieu na obra O Espírito das Leis, baseado nas obras Política, do filósofo Aristóteles, e Segundo Tratado do Governo Civil, de John Locke.

O filósofo iluminista utiliza-se das ideias desses pensadores, e com isso, explica, amplia e sistematiza a divisão de poderes. Ele acreditava que para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer autonomia e limites de cada poder. Com isto, cria-se a ideia de que só o poder controla o poder, por isso, o sistema de freios e contrapesos, onde cada poder é autônomo e deve exercer determinada função, porém, este poder deve ser controlado pelos outros poderes, sendo então independentes e harmônicos entre si.

Neste sistema, fez-se a seguinte divisão dos poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. O poder Legislativo tem a função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo, administrar a coisa pública; já o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. Aplicar o sistema de freios e contrapesos significa conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o judiciário, ao declarar inconstitucionalidade de uma Lei é um freio ao ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas, fazendo assim com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes.

Traduzindo estas abstrações ao nosso cotidiano de uma forma simplista temos o seguinte exemplo: o Ministério Público e o Poder Judiciário fiscalizam a Polícia para que seus membros não abusem do poder, e a polícia, por sua vez, usando suas prerrogativas constitucionais de apuração de infração penal impede que integrantes destas instituições cometam crimes.

3. A POLÍCIA JUDICIÁRIA NO CONTEXTO HISTÓRICO

⁴ Veiculado no site: <<http://www.lopesperret.com.br/2013/05/30/montesquieu-e-a-divisao-de-poderes-sistema-de-freios-e-contrapesos/>>. Acesso em: 01 mar. 2017.



Com já expusemos em tópico anterior, a polícia judiciária surge no final do século XIX em decorrência da extinção do juizado de instrução, ocasião que os magistrados entenderam por bem delegar a função de apuração criminal e formação de sumário de culpa a uma Autoridade Jurídica subordinada ao Poder Executivo. Com isso surge a figura do Delegado de Polícia, o qual exerceria por delegação a função jurisdicional antes exercida pelos juízes de instrução. Note-se que houve nesse momento histórico uma cautela em não entregar a apuração criminal e a formação do sumário de culpa a um agente público qualquer, e muito menos a uma corporação de força militar. Buscou-se, já vislumbrando impor ao Estado o respeito às garantias do cidadão, a criação de uma Autoridade capaz de proceder uma valoração jurídica dos fatos antes de apresentá-los ao Poder Judiciário. Assim surge e se estrutura a Polícia Civil, chefiada por Delegado de Polícia, como órgão responsável por receber as notícias de crimes ocorridos no seio da sociedade, proceder a apuração a fim de constatar a materialidade e autoria, preservando sobretudo as garantias das partes envolvidas.

Ao criar uma Polícia Judiciária, buscou-se aliar a expertise policial com o equilíbrio necessário a aplicação da lei. Somou-se a agilidade policial de um órgão de segurança pública, a proficiência investigativa e a imparcialidade que é da natureza do Poder Judiciário.

A polícia judiciária seguiu seu curso histórico, exercendo a sua parcela de poder enquanto o país passa por solavancos políticos e sociais. No entanto, as turbulências das primeiras décadas, e a ditadura varguista se refletem no âmbito policial. A polícia que apurava apenas infrações penais, é designada pelos governantes de então para o monitoramento político. Para observar, e se necessário combater aqueles que defendiam a implantação no país de um modelo político-econômico diverso do vigente historicamente.

Neste contexto histórico, foi criado o **Departamento de Ordem Política e Social (DOPS)**, em 30 de Dezembro de 1924, foi o órgão do governo brasileiro, utilizado principalmente durante o Estado Novo e mais tarde na Ditadura Militar de 1964, cujo objetivo era censurar e reprimir movimentos políticos e sociais contrários ao regime no poder. O órgão, que tinha a função de assegurar e disciplinar a ordem



militar no país, foi instituído em 17 de abril de 1928 pela lei nº 2304 que tratava de reorganizar a Polícia do Estado⁵.

Registros históricos dão conta de que nos períodos ditatoriais, especialmente entre 1964 a 1979, teria a polícia praticado abusos e violações de direitos, decorrentes de uma concentração de poderes, mas sobretudo atendendo ao determinava o governo instalado no poder.

4. A POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ATUAL CONTEXTO CONSTITUCIONAL

Com o fim construiu um estado democrático de direito foi instaurada no final da década de 1980, funcionando no Congresso Nacional, uma Assembleia Nacional Constituinte cuja missão era fundar um Brasil novo, com bases sólidas e democráticas. Entre as tantas matérias apreciadas pelo constituinte originário, uma delas foi disciplinar a atividade policial visando adequá-la a nova ordem constitucional.

Com este objetivo o constituinte inscreveu no corpo da nova carta política diversos direitos e garantias individuais visando, de um lado proteger o cidadão contra arbitrariedades cometidas outrora pelo Estado por meio de sua polícia, e mais adiante, em um capítulo específico, mais precisamente no artigo 144, estabeleceu com precisão as atribuições das polícias civis estaduais, da polícia militar e da polícia federal.

É de se notar que a cautela adotada pelo constituinte originário, prescrevendo as atribuições de cada instituição, policial e não policial, não deixa dúvidas quanto ao objetivo de descentralizar o poder.

Neste diapasão, buscando a descentralização o poder, o constituinte originário estruturou o Ministério Público e o municiou com uma grande parcela de poder, atribuindo-lhe, além de outras, a privatividade da ação penal pública. Mas o Ministério Público não é apenas o órgão responsável pela promoção em juízo da

⁵ Texto extraído do site: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Departamento_de_Ordem_Pol%C3%ADtica_e_Social>. Acesso em: 6. mar. 2017.



responsabilidade criminal daqueles que infringem a lei, cabe também a tal órgão a nobre missão de fiscalizar externamente a polícia, além de outras atribuições que fazem desta instituição um importante pilar do estado democrático de direito.

Ainda com o mesmo propósito, o constituinte originário disciplinou a atividade de polícia judiciária atribuindo tal missão as Polícias Cíveis estaduais e à Polícia Federal, acumulando tal função com a apuração de infrações penais, abrindo exceção apenas para as infrações militares, que são pelas corporações militares apuradas. Note-se que a atribuição de apurar infrações penais comuns foi atribuída unicamente as Polícias Cíveis Estaduais e à Polícia Federal, assim sendo, tal atribuição é exclusiva das polícias judiciárias.

O constituinte assim agiu por entender que esta parcela de poder do estado que deve ser executada por uma instituição especializada, assim como todas as demais instituições atuam dentro de suas respectivas especializações. É impensável atribuir a fiscais tributários o poder de fiscalizar o meio ambiente, assim como é descabido atribuir a estes o poder de investigar organizações criminosas que atuam no tráfico de drogas. O fracionamento do poder é necessário, e quanto mais pulverizado melhor para a saúde democrática do país, mas é também necessário que observe a especialização de cada instituição que recebe tal parcela de poder, sob pena de mergulhar o país no caos e abrir brechas para que outros, a pretexto de corrigir a situação caótica trafegue em sentido contrário concentrando poderes.

A existência de uma polícia judiciária, dirigida por uma autoridade pertencente a uma carreira jurídica, constitui um grande avanço, posto que, além de assegurar as garantias daqueles que estão sob investigação, fornece ao aparelho de persecução penal subsídios com melhor respaldo jurídico, eis que produzido por uma autoridade imparcial e desvinculada dos resultados da ação penal decorrente de seu trabalho. É uma grande conquista genuinamente brasileira. Uma polícia que combina segurança pública e aplicação da lei; que associa a inteligência investigativa ao respeito às garantias do cidadão; que combate o crime buscando aplicar somente a lei, constituindo-se assim o escudo garantidor da paz social e parte necessária ao estado democrático de direito.



É importante consignar que a polícia judiciária, embora criada dentro de um arremedo em que juízes egressos da nobreza se recusavam a lidar com a escória da sociedade, evoluiu em razão de uma visão futurista de alguns magistrados que não viam em tal atividade apenas um mecanismo de sufocação de criminosos, mas sim um instrumento apto a nobre missão de garantir a paz social. Por esse motivo não entregaram tal mister a uma corporação que pauta suas ações apenas no uso de força bruta, criando-se assim polícia judiciária brasileira, chefiada por operadores do Direito. Assim, aquela polícia criada por magistrados que queriam se afastar dos criminosos se tornou uma instituição que se equipara a todas as outras e juntamente com elas constitui o tecido orgânico que dá vida a democracia de direito.

A experiência adquirida pela polícia judiciária em seu longo tempo de existência, aliada ao conhecimento jurídico de seus dirigentes, hoje selecionados pelos mesmos critérios que se escolhem os magistrados, fez da Polícia Civil uma instituição indispensável ao país, eis que detentora exclusiva de uma fração de poder do Estado: o poder de apurar infrações penais. Tal fatia de poder, aqui chamada de atribuições institucionais foram conferidas pelo Constituinte Originário, e é exclusiva posto que não a atribuiu a nenhum outro órgão público ou privado. Respeitar a partição de poderes feita pelo Constituinte originário é respeitar o Estado Democrático de Direito, hoje a maior conquista do povo brasileiro.

Contrariando a tese até aqui expendida outras autoridades trazem a baila teorias que de plano deveriam ser refutadas. Objetivam tais autoridades subtraírem para si uma fração de poder que não lhes foi conferida pelo Constituinte, e através de arranjos de fundo totalitário defendem, sem amparo constitucional, serem detentores do poder de apurar de apuração de infrações penais. Denominam esta tese de “teoria dos poderes implícitos”. Tal teoria é conhecida no âmbito do direito Constitucional, porém aplicável apenas quando há vácuo de previsão constitucional, o que não ocorre no nosso caso, posto que o constituinte tratou de todas as instituições, conferindo a cada uma as suas atribuições que são compatíveis com a sua natureza. A tese dos poderes implícitos, da forma com que vem sendo defendida no Brasil não nada mais é que uma nova roupagem à vetusta tese de que “quem pode o mais pode o menos”.



No entanto, em um estado democrático de direito não se pode falar em mais e menos em matéria de poder público, pois cada instituição, cada autoridade, possui a sua esfera de competência previamente delimitada em lei e na constituição, e nenhuma atribuição ou competência é maior ou menor que outra, posto que todas emanam de um poder constituinte originário, e assim sendo trata-se de uma aspiração dos legítimos detentores do poder: o povo.

Neste contexto de exacerbada pretensão de centralização de poder, nos reportamos novamente a Alexis Tocqueville (**fonte já mencionada**), especialmente naqueles vícios apontados por ele como ameaças a democracia. Neste diapasão, Tocqueville aponta como ameaça a democracia, e aqui podemos ler como ameaça ao estado democrático de direito, o individualismo.

Vejamos o que diz o mestre:

O individualismo é um sentimento consciente e tranquilo, que leva o cidadão a isolar-se da massa dos seus semelhantes, e a afastar-se, com a família e os amigos. O homem constitui assim, à sua volta, uma pequena sociedade, para o seu uso, e deixa voluntariamente de se interessar pela grande sociedade propriamente dita.

Transportando para a nossa realidade contemporânea, vislumbramos na famigerada teoria dos poderes implícitos nada menos que um individualismo travestido de tese institucional, mas que, porém, não tem outro objetivo senão concentrar poder.

É inegável que o Ministério Público foi a única instituição que experimentou grande evolução no sentido da democratização, mas que hoje com uma saga desmedida de poder caminha a passos largos em retrocesso rumo a um passado que a ninguém beneficia. Uma instituição que não respeita os próprios limites institucionais e busca tragar outra também constitui ameaça a democracia. O estado democrático de direito é caracterizado pelo equilíbrio institucional, tendo o poder do estado pulverizado em instituições permanentes, civis e democráticas, de forma que uma instituição controla outras e por elas é controlada. É inimaginável conceber dentro de um Estado Democrático de Direito que uma instituição concentre, ao arripio constitucional, poderes que não lhe foram conferidos originariamente, e que o exercício destes vai de encontro à vocação da própria instituição.



Dentro do contexto de transição da ditadura militar para o regime democrático houve a necessidade de readequação de algumas instituições, conferindo mais poderes a umas e retirando parcela de poderes de outras. Embora sujeito a fortes críticas, tal realocação de atribuições foi uma opção política do constituinte originário, assim sendo tivemos a extinção do DOPS, que um foi marco simbólico na transição, no entanto as demais medidas garantidas adotadas acabaram por tolher poderes da polícia civil, deixando o sofisma de que fora ela quem implementou a ditadura no país. Na contramão deste processo, mas não menos opção política, o constituinte manteve em contato com a sociedade uma instituição blindada e militarizada que hoje é vista por alguns estudiosos como uma ameaça ao próprio Estado, sendo este quase refém dela.

O excesso garantista previsto no texto constitucional, especificamente no tocante às garantias fundamentais, embora seja um recurso necessário para promover a saída do regime ditatorial e a inserção do país no regime democrático, hoje parece manifestar se como um empecilho a consolidação plena da democracia. De outro lado, impende frisar que a maioria das instituições, embora reestruturadas pelo texto constitucional, não tiveram suas estruturas orgânicas renovadas por normas complementares a fim de integralmente adaptá-las ao atual regime, o que leva a uma aplicação parcial dos atuais mandamentos constitucionais, posto que muitas ainda se sujeitam a interferência política.

Com olhos voltados apenas as disposições constitucionais de garantias individuais, as quais as vezes conflitam com o interesse geral, especialmente no tocante a segurança pública e o combate a criminalidade, os leva a inferir que a atual constituição é uma carta de transição. Foi elaborada buscando fazer a transição da ditadura para um estado democrático de direito. No entanto, essa tarefa ainda não foi cumprida, posto que há a premente necessidade de reaparelhamento legal de diversas instituições, entre elas a Polícia Civil, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

No entanto, a primeira premissa não é a mais defensável, posto que não se deve retroceder em matéria de direitos fundamentais, e por outro lado o constituinte originário cedeu a cada instituição a sua própria parcela de poder, cabendo ao legislador ordinário regulamentar a aplicação de tais normas. A sobrevivência de



instituições regidas por leis orgânicas retrógradas, como o caso das polícias civil e militar, o Poder Judiciário e em certa medida também o Ministério Público causam uma visão distorcida sobre a aplicabilidade da própria Constituição. A ausência de regulamentação infraconstitucional dá azo às interpretações equivocadas acerca das atribuições institucionais de cada instituição conferindo arbitrariamente poderes de uma a outra. De outro lado a estrutura orgânica elaborada no velho regime e ainda mantida em vigor permite a ingerência política em órgãos que, para o bem da democracia, devem ser despolitizados.

O que se pleiteia, colimando a adequação de cada instituição democrática para a prestação de suas atribuições finais é uma ampla reestruturação pela via da legislação infraconstitucional, seja de âmbito federal, seja de âmbito estadual, considerando a partição de competências feitas pelo constituinte originário. Ou seja, garantindo-se ao Poder Judiciário o monopólio da aplicação da lei ao caso concreto de forma imparcial e livre de pressões externas; da mesma forma é mister que garanta-se ao Ministério Público a liberdade para o pleno exercício de suas atribuições, seja promovendo a ação penal pública, seja atuando como fiscal da lei nos moldes que determinam a Constituição Federal; e garantindo a Polícia Judiciária os mecanismos necessários para a apuração com exclusividade das infrações penais, procedendo com imparcialidade as investigações contra quem quer que seja o suspeito de infringir a lei, imune a pressões políticas de qualquer forma.

Vejamos o posicionamento dos professores Eduardo Luiz Santos Cabette e Francisco Sannini Neto⁶:

Teoria dos Poderes Implícitos

A teoria dos poderes implícitos tem sua origem na Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no precedente *Mc Culloch vs. Maryland*. De acordo com a teoria, a Constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade.

Nesse contexto, os defensores da investigação Ministerial argumentam que, ainda que a Constituição da República não tenha conferido expressamente ao Parquet a possibilidade de investigar infrações penais, tal prerrogativa estaria inserida de maneira implícita no dispositivo que confere ao Ministério Público a titularidade da Ação Penal (artigo 129,

⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Francisco. Poder investigatório do MP não tem amparo legal. *Consultor Jurídico*, 9 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/poder-investigatorio-ministerio-publico-nao-amparo-legal?imprimir=1>>. Acesso em: 15 mar. 2017.



inciso I). Em outras palavras, se a opinião delicti fica a cargo do promotor público, deve-se outorgar a ele os meios necessários para melhor exercer a sua função, o que, segundo os defensores da tese, incluiria a possibilidade de realizar as investigações.

A teoria em estudo também poderia ser explicada pelo famoso adágio “quem pode o mais, pode o menos”. Assim, se o Ministério Público pode o mais (propor a Ação Penal), também pode o menos (realizar investigações preliminares).

Com todo respeito aos posicionamentos nesse sentido, mas não podemos concordar com tais conclusões, senão vejamos.

Primeiramente, devemos destacar que a teoria dos poderes implícitos não pode ser aplicada quando tratarmos de matéria em que sejam atribuídos poderes explícitos. Ora, o artigo 144, parágrafo 1º, inciso IV e parágrafo 4º, da Constituição da República, confere às Polícias Judiciárias (Federal e Civil) atribuição para realizar as investigações criminais. Isso significa que o legislador constitucional reservou às Polícias Civil e Federal um campo de atividade exclusiva que não pode ser desrespeitado por normas infraconstitucionais ou, pior, por atos administrativos (v.g. Resoluções do Ministério Público).

Desse modo, podemos afirmar que a explicitude do texto constitucional exclui em absoluto a implicitude, não sobrando espaço para qualquer interpretação em sentido contrário.

Outra questão que merece ser colocada diz respeito à suposta relação de meio e fim existente entre a investigação criminal e a Ação Penal. De acordo com José Afonso da Silva, que proferiu parecer recente sobre o tema^[2], o meio para o exercício da Ação Penal consiste no aparato institucional com habilitação, competência adequada e condições materiais para fazê-lo.

Por outro lado, o objetivo da investigação criminal não é servir o titular da Ação Penal, mas a própria Justiça. A finalidade da investigação preliminar é a perfeita elucidação do crime e de todas as suas circunstâncias, fundamentando, assim, a necessidade ou não do processo. Tanto isso é verdade que o Inquérito Policial em muitas ocasiões reúne elementos que são favoráveis ao próprio investigado.

É preciso que fique claro que a instrução preliminar (investigação) não está vinculada à acusação e nem à defesa, mas, sim, à Justiça, buscando a verdade dos fatos. Mais do que isso, uma investigação oficial e imparcial se caracteriza como uma garantia ao investigado, que não será submetido ao processo de maneira desnecessária. Nesse sentido, considerando que a investigação criminal subsidia tanto a acusação, como o investigado, como estabelecer uma relação de meio e fim com a Ação Penal?

Na verdade, uma coisa não tem nada a ver com a outra, tratando-se de institutos distintos, ainda que complementares, tanto que a própria Constituição conferiu tais atribuições a órgãos diferentes. A investigação é um procedimento de instrução preliminar que, dentro de um sistema escalonado de formação da culpabilidade, ^[3] justifica ou não o início do processo. A Ação Penal, por outro lado, embora subsidiada pela investigação preliminar, nada mais é do que uma pretensão acusatória que objetiva provocar o Estado-Juiz a exercer o seu direito de punir por meio do devido processo legal.

Desmistificado esse primeiro ponto de vista, passemos agora a análise do adágio “quem pode o mais, pode o menos”. Conforme salientado acima, para os defensores do poder investigatório do Ministério Público, se ele pode o mais (propor a Ação Penal), também pode o menos (investigar).

Em contraponto a este entendimento, nos socorremos mais uma vez das lições de José Afonso da Silva. De acordo com autor, este argumento não



pode se sustentar no campo do direito público, especialmente no Direito Constitucional. Isto, pois, questiona o autor, o que é mais e o que é menos no campo de distribuição de competências constitucionais? A Constituição da República outorga competência e atribuição aos diversos poderes, instituições e órgãos, sendo que nenhum é mais ou menos. São o que são devido a determinações constitucionais, que, como tais, devem ser acatadas. Eventualmente, podem existir regras subentendidas às regras enumeradas (e não poderes implícitos), o que não ocorre no caso em questão, uma vez que as regras de investigação na esfera penal são expressas e conferem atribuições diretamente às Polícias Judiciárias.[4] Para aqueles que não se contentarem com esse argumento, nós trazemos a seguinte questão: como ficaria essa premissa (do quem pode o mais, pode o menos) nos crimes de Ação Penal de iniciativa privada? Persistindo esse entendimento, nós podemos concluir que, nessas situações, o poder investigatório também deveria ser estendido à vítima, que é titular da Ação Penal de iniciativa privada. Ora, se a vítima pode o mais (oferecer queixa-crime), ela também pode o menos (investigar). Assim como na Ação Penal Pública, também haveria uma relação de meio e fim entre a investigação criminal e a vítima nos delitos que se procedem mediante queixa.”

A fim de corroborar nossa tese, trazemos a baila os ensinamentos do mestre André Rovegno⁷, extraídos de sua obra:

A função de polícia judiciária como parte da *persecutio criminis* (pág. 69, in fine)
A persecução penal estatal, como vimos, caracteriza-se como um longo processo, no qual atuam rotineiramente três instituições estatais. Assim é que, feita a exceção àqueles casos em que, após a investigação criminal se apura que o fato, inicialmente apontado como pressuposto da aplicação de uma sanção penal, não guarda tal característica, inicia-se o longo processo de persecução criminal estatal com a atuação de um órgão de polícia judiciária - normalmente a Polícia Federal ou Polícia Civil - e segue com a atuação do Ministério Público, na formalização da acusação e na condução processual da mesma; encerra-se, enfim, com a atuação do órgão julgador estatal, que ao final, expede uma sentença, afirmando se a sanção se mostrou ou não cabível em apreciação. Esses três órgãos atuam de forma sucessiva, em cadeia, como opera, por exemplo, um sistema orgânico do corpo humano...o processo de persecução penal se inicia com a investigação do fato aparentemente delituoso, para se encerrar, a menos que não se verifique, a partir do resultado da investigação, o cabimento, em tese, de sanção penal, com a manifestação do órgão dotado de jurisdição, o qual, por seu turno, só está autorizado a agir por meio de provocação do acusador, seja ele o Ministério Público ou o particular para tanto legitimado. a falência ou mal funcionamento de um desses órgãos compromete o resultado de todo o processo de persecução penal. O mesmo se dá com o processo de persecução penal. Se o órgão incumbido da atuação de polícia judiciária, o acusador ou o julgador falharem ou não operarem de forma ideal, a persecução como um todo terá falhado ou, na melhor das

⁷ ROVEGNO, André. O inquérito Policial e os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa. 1. ed. Editora Bookseller, 2005.



hipóteses, gerará resultados inferiores àqueles que poderiam ter sido produzidos.

O legislador brasileiro não parece ter se apercebido disso de forma satisfatória.

Numa primeira aproximação, até que verificamos sua cautela, especialmente no nível constitucional, a fim de evitar a fraqueza ou inoperância dos organismos envolvidos na persecução penal. Previu ele, como forma de garantir um aparato de prerrogativas que assegurem um exercício profissional adequado, garantias importantes para os julgadores e para os acusadores públicos. Assim é que, por dispositivo constitucional, estão protegidos pela inamovibilidade, pela irredutibilidade de vencimentos e pela vitaliciedade, além de suas instituições terem dirigentes que não se subordinam hierarquicamente a quaisquer detentores de cargos eletivos no Poder Público; ou seja, tais instituições são independentes funcionalmente.

Tudo isso implica dizer que seus agentes podem de forma livre, desassombrada e imune a perseguições advindas de fatias de poder político estatal, comprometidos com interesses outros, que não a plena e correta aplicação da lei.

Ocorre que grave equívoco foi aí cometido. Se o legislador esteve atento e garantiu tais prerrogativas aos agentes do órgão público de acusação e aos julgadores, esqueceu-se por completo dos agentes envolvidos na investigação criminal.

Esses agentes, ao contrário daqueles, estão, com alguma frequência, envolvidos com pressões ilegítimas advindas de detentores de fatias de poder estatal, que pretendem, com sua influência, coartar investigações, deixar imunes protegidos e correligionários, ou mesmo evitar que condutas ilícitas a eles imputáveis sejam alvo de investigação rigorosa.

Percebemos que todo o sistema de persecução penal resente de certa fragilidade institucional dos agentes de polícia judiciária, se considerarmos que pouco do que chega julgador deixou de passar pelas mãos dos órgãos de polícia judiciária. É claramente perceptível que muitas vezes o resultado final não será aquele que se almeja, por fragilidades dos órgãos que atuaram nas fases antecedentes. ...

Soluções? Há pelo menos duas.

...A primeira solução é subordinar os órgãos exercentes das funções de polícia judiciária ao Ministério Público, ou mesmo conceder diretamente o poder-dever de investigar ao Ministério Público. A segunda é dotar os exercentes das funções de polícia judiciária das mesmas prerrogativas funcionais que guarnecem a atuação de acusadores e julgadores. ...

...Adotada a primeira solução, sobre falar em anexação de mais uma importante fatia de poder dentro do Estado brasileiro a uma instituição que já detém parcela considerável e que vive um momento institucional de hipertrofia, há que se verificar o risco de paridade de armas como princípio do Processo Penal brasileiro.

...Parece-nos evidente que a persecução criminal correria o risco de se transformar em um “rolo compressor”, com todos os inconvenientes para a afetiva aplicação do Direito Penal material, em especial com todos os arranhões que fatalmente adviriam para o salutar exercício do *ius libertatis*.

O autor prossegue defendendo a equiparação, no tocante a garantias funcionais, entre os integrantes da polícia judiciária e membros do Ministério Público e Judiciário. A fim de corroborar a vinculação entre tais órgãos como uma necessidade, o referido autor invoca os ensinamentos de José Frederico Marques.



Tal necessidade, de resto, não tem passado despercebido de tantos quantos lidam com a atividade de persecução estatal. Sirva de exemplo, a lição de José Frederico Marques, o qual, tratando de nossa polícia judiciária, afirmou que ‘reorganizada em bases científicas e cercada de garantias que a afastem das influências e injunções de partidária, a polícia judiciária, que é das peças mais importantes e fundamentais da justiça penal, estará apta para tão alta e difícil tarefa.

Os trechos transcritos acima ilustram a preocupação do autor com necessidade de adequar a polícia judiciária dos instrumentos necessários para torna-la um órgão a serviço do estado democrático de direito, e não um órgão a serviço deste ou daquele governo. O conjunto de atribuições da polícia judiciária, dentro da cadeia de persecução penal, aliada ao seu know-how adquirido ao longo de mais de um século de experiência, faz dela peça essencial dentro da engrenagem institucional que compõe o estado de direito.

No entanto, a insistência, ingênua ou má intencionada, dos governantes, aliado a saga de poder desmedido do Ministério Público e a omissão do Poder Judiciário, chamam a tenção de outros estudiosos. Observemos a opinião do eminente jurista e professor da universidade Mackenzie, Ives Gandra da Silva Martins⁸: “*o Ministério Público não deve presidir os inquéritos policiais, função que a Constituição, no artigo 144, parágrafo 4º, outorga exclusivamente a Delegados de Polícia (grifo nosso)*”.

O posicionamento do iminente jurista deve ser interpretado no sentido de adequar a terminologia aos tempos atuais. Devemos, inicialmente, considerar que o jurista pertence a uma geração de estudiosos do direito que confundem o inquérito policial, que é um instrumento de materialização presidido pelo Delegado de Polícia, com o seu objeto que é apuração de infrações penais. Observemos o texto constitucional:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
I - polícia federal;
II - polícia rodoviária federal;
III - polícia ferroviária federal;
IV - polícias civis;

⁸ Em editorial veiculado pelo Jornal o Estado de São Paulo de 28/02/2017, pág. A2



V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Observemos também o texto constitucional no que tange as atribuições institucionais do Ministério Público:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Nota se que o constituinte estabeleceu precisamente quais as atribuições de cada instituição. Assim como não cabe a polícia judiciária promover o inquérito civil, que foi atribuído ao Ministério Público, não cabe a este promover a apuração de infrações penais, atribuição que foi acometida unicamente às polícias civis.

Tecidas tais considerações, devemos entender que o autor não deseja que o Ministério Público presida o inquérito policial, atribuição que ainda não foi pleiteada pelo Ministério Público, mas sim que tal instituição não proceda apuração de infrações penais, posto que a Constituição Federal, em seu artigo 144, parágrafo 4º a atribui somente as polícias civis.

CONCLUSÃO



De todo o exposto concluímos que a polícia judiciária é uma instituição secular que acompanha a história do país. É chefiada por Delegado de Polícia de carreira, profissional pertencente às carreiras jurídicas do estado, e que recebeu suas atribuições mediante delegação do Poder Judiciário.

Ao longo da história, a polícia judiciária por estar subordinada ao poder executivo e seus integrantes não gozarem de garantias assemelhadas as dos magistrados, acabou sendo usada indevidamente por ditadores.

No entanto, esta polícia renasce juntamente com o Brasil novo redemocratizado e recebe do constituinte originário as atribuições que sempre desempenhou, e para a qual goza de grande cabedal de experiência.

Porém, esta polícia constitucionalizada causa temor aos grandes infratores da lei, os quais, apesar da existência de diversos mecanismos democráticos de controle do poder, que insistem em tentar usurpar o erário público. Este certamente é o motivo pelo qual os governantes a tratam com desdém, apesar de sua grandiosa importância ao estado democrático de direito.

Demostramos que uma democracia de direito se constrói fracionando o poder estatal entre as instituições permanentes do estado, atribuindo-se a cada uma delas uma fração de poder definida na constituição e nas leis.

Demonstramos também que a concentração de poderes não é salutar a democracia, e que em um estado democrático de direito nenhuma atribuição constitucional é menor ou mais, menos ou mais importante que outra.

Comprovamos que a apuração de infrações penais é um procedimento autônomo e desvinculado do processo penal. Nela se busca a verdade e não o resultado processual. Que tal atribuição, por força de mandamento constitucional, cabe exclusivamente as polícias civis.

Demostramos que as polícias civis necessitam de uma reestruturação para adequá-la em sua estrutura orgânica ao texto constitucional.

Assim sendo, concluímos que a polícia judiciária, exercida pelas polícias civis em âmbito estadual e pela Polícia Federal no que concerne aos crimes da competência da justiça da União, é uma instituição necessária ao Estado Democrático



de Direito, posto que integra o quadro das instituições permanentes, e exerce uma indispensável fatia de poderes do estado. Esta Instituição não pode ter suas atribuições usurpadas por outras instituições sob pena de se corromper o estado democrático de direito naquilo que lhe é essencial, que é o fracionamento dos poderes do estado, concentrando poderes excessivos em uma instituição, em detrimento do interesse público. A preservação da polícia judiciária nos moldes que foi estruturada pelo constituinte originário é a única forma de garantir a lisura da apuração de infrações penais, e o fortalecimento desta instituição é caminho mais eficiente para atender o clamor público pelo combate ao crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Francisco. Poder investigatório do MP não tem amparo legal. *Consultor Jurídico*, 9 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/poder-investigatorio-ministerio-publico-nao-amparo-legal?imprimir=1>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. *Polícia judiciária e a participação da defesa na investigação criminal*. Editora Verbatim, 2017.

ROVEGNO, André. *O inquérito Policial e os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa*. 1. ed. Editora Bookseller, 2005.