

## O delegado de polícia como garantidor de direitos: um mandamento implícito do Estado Democrático (Parte II)



A principal atribuição da polícia judiciária é a apuração da autoria e materialidade das infrações penais, conforme expresso no texto constitucional[1]. Dessa forma, ao desenvolver a atividade investigativa, compete ao delegado de polícia, através de análise técnico-jurídica dos fatos, delinear os rumos do procedimento preparatório da ação penal, aplicando, respeitando e fazendo-se respeitar as leis. Esse trabalho, quando bem utilizado pelo Ministério Público, inclusive, pode auxiliar no livre convencimento do Juiz, embora não possa ser utilizado de forma exclusiva[2].

**O inquérito policial presidido pelo delegado de polícia constitui-se, portanto, em um procedimento preparatório do processo criminal, de modo que, embora tenha natureza administrativa, pode ser considerado uma instrução preliminar.** Nesse jaez, ainda que a autoridade policial não exerça jurisdição, é incontestável que aplica as normas jurídicas no âmbito preparatório e informativo do processo penal.

**Logo, a função que o delegado exerce no comando das investigações criminais assemelha-se, a toda evidência, à função que o juiz desempenha na condução dos processos. Tanto o delegado de polícia quanto o juiz de direito desempenham um papel de presidência dos trabalhos, aplicando o Direito em casos concretos, cada um na sua esfera de atuação. Não raro, o delegado de polícia recebe do legislador o tratamento por "autoridade de polícia judiciária".**

Sob essa ótica, sustentamos em artigo anteriormente publicado que, sob os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o delegado de polícia é, entes de tudo, um garantidor de direitos[3], pois, consubstanciado em uma carreira jurídica do Estado, é essencial à atividade da Justiça. E, não obstante a Constituição defina que a função precípua da polícia judiciária seja a apuração das infrações penais, não se pode olvidar que ela também estabelece um rol de direito e garantias fundamentais que deve ser observado pelo Estado em todas as suas ações.

A investigação criminal, como ponto de partida da persecução penal, deve atender ao interesse público de elucidar crimes, mas sem abrir mão do respeito aos direitos individuais daquele que é investigado. Aliás, refira-se, a combinação entre os direitos fundamentais e a segurança pública é a quinta-essência a ser buscada por um Estado que se diz Democrático e Constitucional. Nunca é demais referir que a sociedade moderna, moldada a partir da Constituição de 1988, a um só tempo, quer segurança, respeito aos direitos constitucionais e uma autoridade de polícia judiciária dedicada e capaz de viabilizar o amalgamento desses postulados tão importantes e indispensáveis, que, em uma análise equivocada, parecem inconciliáveis.

Saliente-se que, conforme lembra Vidal Gomes[4]:

(...) a garantia da inviolabilidade dos direitos individuais foi proclamada no Brasil pela Carta Política de 1824 e mantida nas demais Constituições da República. Delas, a mais garantista foi a Constituição Federal de 1988, que apresentou uma conotação nitidamente protetiva dos direitos fundamentais como balizador de atuação do Estado na vida social.

Portanto, o firmamento do Estado de Direito, na prática e não apenas nos manuais, passa necessariamente pela observância de todas as normas legais democraticamente estatuídas, principalmente por parte dos agentes estatais, e, mais especialmente ainda, quando estamos nos referindo ao poder punitivo.

Nessa esteira, diante da necessidade de se produzir uma investigação penal constitucional, surge a **devida investigação criminal**, a qual deve ser conduzida por autoridade investida dessa atribuição, em procedimento oficial, e que, ao mesmo tempo em que busca a elucidação da infração penal, funciona como um filtro de legalidade, visando evitar imputações infundadas e a mácula gratuita ao investigado, a exemplo do que ocorre com o postulado do devido processo legal, de onde a justiça extrai a obrigatoriedade de tutelar todos os direitos legalmente previstos daquele que está sendo processado.

A investigação criminal, portanto, como preliminar de um processo jurídico racional, deve adotar um modelo garantista que, segundo Fábio Lopes[5]:

(...) deve assegurar a todos os indivíduos, principalmente àqueles que sejam acusados da prática de uma infração penal, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, levando-se em conta, sempre, a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, segundo se verifica no art. 1º, inciso III do texto constitucional, e que o poder estatal deve ser limitado.

O delegado de polícia, portanto, na condição de "primeiro garantidor da legalidade e da Justiça", nas palavras do ministro Celso de Mello[6], não pode adotar uma visão unifocal na presidência da investigação criminal, de modo a desprezar as garantias e os direitos individuais do investigado; deve, sim, exercer as suas funções com circunspeção.

Como consequência, entendemos que a fase preliminar da persecução criminal deve buscar constantemente o seu aperfeiçoamento, a fim de viabilizar a implementação de todos os direitos envolvidos, alcançando-se, assim, a sua perfeita leitura constitucional.

Com o mesmo entendimento, Motta Lopes[7] sustenta a necessidade de harmonização dos atos praticados no inquérito policial em conformidade com os parâmetros constitucionais, reservando-se um mínimo de garantias aos investigados, ainda que se trate de um procedimento com característica predominantemente inquisitiva. E, como sustentamos, a questão nuclear não é de direito, mas sim de consciência, e, para colocá-la em prática, basta apenas uma nova mentalidade.

Como forma de estimular essa nova mentalidade, fazemos referência à **Teoria da Autopoiese**[8], criada por Humberto Maturana e Francisco Varela no campo da Biologia, e, posteriormente, inserida na Sociologia e no Direito por Niklas Luhmann, ao elaborar a sua Teoria dos Sistemas[9].

Desenvolvendo aspectos da Biologia, Maturana e Varela estabelecem o conceito fundamental da autopoiese, i.e, a autoreprodução da vida pela própria vida[10]. Aplicando essa premissa à sociologia, Luhmann constata que a reprodução dos elementos e estruturas de um sistema deve ser realizada com a ajuda de seus próprios elementos.

Luhmann importa para a sociologia jurídica os conceitos da teoria criada por Maturana e Varela, referindo que o ordenamento jurídico, enquanto sistema, é autopoietico em si, ou seja, capaz de se autoproduzir, substituindo as peças gastas, de modo que, embora oculto a influências externas, a parte recebe influência do todo e vice-versa. O Direito é, assim, um organismo dinâmico, mutável através dos tempos e renovável por suas próprias peças.

Ao abordar o Direito como sistema autopoietico, Enio Silva preconiza que a autopoiese “*é uma qualidade interna do sistema*”, e complementa sua constatação aduzindo que, mediante essa capacidade de auto-organização, “*o sistema constitui seus próprios elementos como unidades funcionais*”[11].

Conforme explica Camargo[12]:

LUHMANN em seus estudos relacionados com a teoria dos sistemas sociais encara o Direito como um subsistema que embora interagindo com outros subsistemas, não se permite influências ou *inputs* que possam alterar a sua condição autopoietica que se auto-regula e se auto-legitima como organismo autônomo.

(...)

Ampliando o ângulo de observação e análise do direito como sistema autopoietico, “foi Luhmann quem, na década de oitenta, transformou a teoria autopoietica em um método de observação social” o que se justifica frente a uma disciplina que atua sobre uma sociedade em constante mutação. NIKLAS LUHMANN caracteriza os sistemas sociais como “auto-referentes, autopoieticos e operacionalmente fechados, como sujeitos epistemicos autônomos, pois possuem a capacidade de se auto-observar, se autodescrever, constituídos basicamente por comunicação”.

Há que ser sublinhado ainda que, assim como sói acontecer no *Common Law*, as categorias do pensamento jurídico têm uma função estabilizante, ao permitirem a conservação dos resultados das decisões alcançadas em processo que, assim, podem ser reaplicados em novas situações. [...] Tão logo o direito se torne juridicamente alterável, coloca-se a questão do contexto que orientará essas alterações de um modo agora novo. [...] O direito tem que ser visto como uma estrutura da sociedade, as categorias do direito tornam-se categorias do planejamento social.

Nessa perspectiva, “*o direito como subsistema político ou social produz a si mesmo e seus próprios elementos, determinando a sua estrutura e fixando seus limites, o que significa dizer que, sendo autopoietico, faz-se a si mesmo*”. Ou, dito de outro modo, “*um sistema autopoietico é aquele que tem o poder de gerar a [si] próprio*” (Cf. Stuart Kaufmann, *At Home in the Universe, The Search for Laws of Complexity*, 1995, p. 274, e Jonatas Machado, *A Liberdade de Expressão*, p. 124 ss.)[13].

No atual estágio de evolução do Direito, é imprescindível que se opere uma releitura do ordenamento jurídico em necessária harmonia com as dimensões das normas constitucionais e suas tendências de aplicação na modernidade, “substituindo-se as peças gastas”, conforme Luhmann. Diante desta constatação, o papel desempenhado pelos atores da persecução criminal, e aí está inserido o delegado de polícia[14], deve acompanhar a evolução da ciência jurídica e da sociedade, a fim de que a sua atuação esteja ancorada nos princípios norteadores do sistema.

Sob essa concepção, o delegado de polícia tem o direito-dever de conduzir as investigações criminais de acordo com as suas convicções e aplicar a lei observando todas as suas diretrizes, zelando tanto pela elucidação do crime como pelo respeito aos direitos do investigado, agindo com bom senso e consciência. Deve, assim, libertar-se de conceituações anacrônicas e divorciadas dos novos tempos, e, acima de tudo, evitar que suas atribuições constitucionais se percam no conceito de “burocrata”, delineado por Enio Silva[15]:

O burocrata individual não pode esquivar-se do aparato ao qual está atrelado. O burocrata profissional está preso à sua atividade por toda a sua existência material e ideal. Na grande maioria dos casos ele é apenas uma engrenagem num mecanismo sempre em movimento, que lhe determina um caminho fixo.

Na atual conjuntura, a função do delegado de polícia deve atender àquilo que a sociedade, ao elaborar a Carta Constitucional, estabeleceu como sendo o melhor para ela. Esse objetivo, logicamente, deverá sempre ser alcançado por meio de um agir justo e proporcional, que garanta, ao mesmo tempo, a segurança da sociedade e os direitos fundamentais daquele que infringiu as regras do sistema.

A polícia judiciária (Civil ou Federal), é instituição Republicana e, como tal, deve ser imparcial nas suas investigações. E, o delegado de polícia, enquanto seu representante, deve ser imparcial, procurando reproduzir, por meio dos instrumentos investigatórios legais, a realidade fática que provocou a atuação estatal do modo que mais se aproxime da verdade. Portanto, dizemos nós, a finalidade precípua do inquérito policial é a busca da realidade fática.

Em outras palavras, o papel investigativo confiado à polícia judiciária, como meio de realização de Justiça, impõe que o indiciamento do investigado jamais seja considerado mais importante do que a responsável aferição da verdade dos fatos. Nesse ínterim, a busca da verdade exige do delegado de polícia serenidade, senso crítico e a maior isenção possível em face dos fatos investigados, mesmo que seja, como sabemos, incansavelmente cobrado pelas vítimas, seus familiares e, em alguns casos, inclusive, pela opinião pública, que, muitas vezes, clama cegamente por um resultado, mesmo que este não seja o compatível com a verdade.

Seguindo essa linha de raciocínio, Gomes e Scliar[16] lecionam que:

Por tudo isto a investigação criminal deve estar orientada pelos princípios que animam a ideia de processo justo.

Este entendimento é decorrente de que a investigação criminal não é um fim em si mesma, e tem como um de seus objetivos informar a instrução processual, carreando aos seus autos elementos que devem, então, ser debatidos à luz do contraditório e ampla defesa agora com a máxima intensidade.

...

O inquérito policial atende ao princípio da isonomia, na medida em que é presidido por autoridade desvinculada dos eventuais futuros órgãos da acusação e da defesa, com o único compromisso de investigar a verdade sobre o fato e sua autoria.

O Delegado de Polícia não está a serviço do Ministério Público, mas do Estado, como autoridade investida de parcela do múnus público no escopo de esclarecer a existência de fatos ilícitos e sua autoria.

Com efeito, assim como é clara a outorga legal ao delegado de polícia para apurar a materialidade e autoria de infrações penais, também o é, em uma leitura constitucional da investigação, o dever de realizar esse mister com imparcialidade e independência, uma vez que não está vinculado nem à acusação e nem à defesa, estando a serviço da Justiça.

Aliás, tudo o que é produzido no inquérito policial é posteriormente coalescido ao processo judicial[17], não sendo incorreto afirmar que o inquérito policial é o "*principal mecanismo de produção da verdade processual*"[18], de modo que, dado início ao processo, o Ministério Público pouco acrescenta àquilo que foi produzido no inquérito policial[19]. Dessa forma, as provas produzidas em contraditório judicial, que deveriam ser a espinha dorsal do processo, acabam se tornando coadjuvantes na formação da convicção do julgador[20], convertendo-se o processo em "*mera repetição ou encenação da primeira fase*"[21].

Portanto, diante dos argumentos acima predicados, não há dúvidas de que o delegado de polícia, presidente da investigação criminal, é peça fundamental na aplicação do Direito, e, como tal, deve agir não só investigando e reprimindo crimes, mas também como um garantidor de direitos, colaborando de forma tenaz com a Justiça.

---

[1] Art. 144, §1º, IV e §4º, da CF.

[2] Art. 155 do CPP.

[3] GARCEZ, William. **O delegado de polícia como garantidor de direitos: Um mandamento implícito do Estado Democrático (parte 1)**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48730/o-delegado-de-policia-como-garantidor-de-direitos>. Acessado em 30 de agosto de 2016.

[4] GOMES, Amintas Vidal. **Manual do Delegado – Teoria e Prática** – 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015, p. 11, em comentário na nota de rodapé.

[5] LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 20.

[6] STF, **HC 84.548**, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 21/06/2012.

[7] LOPES, Fábio Motta. *Op. cit.*, *passim* p. 15-17.

[8] **Autopoiese** (do grego auto "próprio", poiesis "criação") é um termo cunhado na década de 1970 pelos biólogos e filósofos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios. Segundo esta teoria, um ser vivo é um sistema autopoietico, caracterizado como uma rede fechada de produções moleculares (processos) em que as moléculas produzidas geram com suas interações a mesma rede de moléculas que as produziu. A conservação da autopoiese e da adaptação de um ser vivo ao seu meio são condições sistêmicas para a vida. Portanto, um sistema vivo, como sistema autônomo está constantemente se autoproduzindo, autorregulando, e sempre mantendo interações com o meio, onde este apenas desencadeia no ser vivo mudanças determinadas em sua própria estrutura, e não por um agente externo. Essa construção conceitual foi rapidamente difundida e começou a ser empregada em outras áreas do conhecimento até ser introduzida na seara das ciências sociais. O responsável pela colocação da autopoiese no meio social foi Niklas Luhmann. Foi ele que na década de 1980 transformou a teoria autopoietica em um método de observação social. Note-se que o postulado luhmanniano pode ser dividido em duas fases: uma estritamente sistêmica e outra com a aplicação da autopoiese sobre os marcos já existentes na teoria dos sistemas. Para Luhmann, o direito como sistema autopoietico transforma a realidade ao mesmo tempo que transforma a si mesmo.

[9] LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

[10] Segundo Humberto Maturana e Francisco Varela, todos os organismos funcionam devido a seu acoplamento estrutural, ou seja, devido à sua interação com o meio, que se caracteriza por uma mudança estrutural contínua (que não cessa enquanto houver vida) e, ao mesmo tempo, pela conservação dessa recíproca relação de transformação entre o organismo (unidade) e o meio, pois a forma como ocorre esse processo depende do meio e do contexto em que se vive. Isso significa que, embora sejamos determinados por uma estrutura biológica, essa determinação estrutural não implica num reducionismo biológico, pois o meio interfere na forma com que iremos interagir com nossas próprias estruturas.

Apesar de seus limites, o homem está em constante processo de construção e autoconstrução e sua interação com o meio ocorre a partir de uma regulação circular, na qual o meio age sobre o indivíduo e o indivíduo age sobre o meio e não a partir da sobreposição e determinação de um sobre o outro, apenas considera-se que, diferentemente do que se convencionou pensar sobre a determinação filogenética, a Autopoiesis não considera que o meio seja determinante de uma estrutura ontogênica, ele “apenas” participa de sua transformação. O determinismo estrutural ontogênico é fundamental para a compreensão da Autopoiesis. Essa determinação estrutural ontogênica exige que as mudanças sejam internas, ainda que

receptíveis à perturbação do meio, e esse determinismo, aliás, não impede a contingência presente no processo das mudanças estruturais, as quais se dão por meio da deriva estrutural.

Desse modo, a estrutura determinada da biologia humana, a partir da perspectiva autopoietica, não reduz a autonomia do sujeito. O determinismo biológico da teoria autopoietica não é um determinismo absoluto e reducionista, mas um determinismo que não descarta uma dinâmica inegavelmente indeterminada e imprevisível na qual estão sujeitos todos os sistemas vivos. (ANDRADE, Cláudia Castro. **A fenomenologia da percepção a partir da autopoiesis de Humberto Maturana e Francisco Varela**. Disponível em: [http://www2.ufrb.edu.br/griot/images/vol6-n2/8-A\\_FENOMENOLOGIA\\_DA\\_PERCEPCAO\\_A\\_PARTIR\\_DA\\_AUTOPOIESIS\\_DE\\_HUMBERTO\\_MATURANA\\_E\\_FRANCISCO\\_VARELA-\\_Claudia\\_Castro\\_de\\_Andrade.pdf](http://www2.ufrb.edu.br/griot/images/vol6-n2/8-A_FENOMENOLOGIA_DA_PERCEPCAO_A_PARTIR_DA_AUTOPOIESIS_DE_HUMBERTO_MATURANA_E_FRANCISCO_VARELA-_Claudia_Castro_de_Andrade.pdf). Acessado em 1º de setembro de 2015.

[11] SILVA, Enio Waldir da. **Sociologia jurídica**. Ijuí: Editora Unijuí, 2012, p. 171.

[12] CAMARGO, José Aparecido. **Teoria dos Sistemas: Autopoiese e Alopoiese**. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2456.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/Anais/sao_paulo/2456.pdf). Acessado em 1º de setembro de 2015.

[13] CAMARGO, *idem ibidem*.

[14] Conforme bem lembra Nucci, “o delegado de polícia é o primeiro juiz do fato” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal** – 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 545).

[15] SILVA, *Op. cit.*, p. 97.

[16] GOMES, Luiz Flávio; SCLiar, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. Disponível em: <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>. Acessado em 17 de agosto de 2015.

[17] Art. 12 do CPP.

[18] CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 89.

[19] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Inquérito policial: novas tendências e prática**. IBCRIM, São Paulo, boletim 84, novembro 1999.

[20] QUEIROZ, DAVID. **Delegado de Polícia, o primeiro garantidor de direitos fundamentais! Mas quem garante os direitos do garantidor?**. Disponível em: [http://emporiadodireito.com.br/delegado-de-policia-o-primeiro-garantidor-de-direitos-fundamentais-mas-quem-garante-os-direitos-do-garantidor-por-david-queiroz/#\\_ftn9](http://emporiadodireito.com.br/delegado-de-policia-o-primeiro-garantidor-de-direitos-fundamentais-mas-quem-garante-os-direitos-do-garantidor-por-david-queiroz/#_ftn9). Acessado em 29 de agosto de 2016.

[21] LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 106.

**Sobre o autor:** O Dr. William Garcez é Delegado de Polícia do Rio Grande do Sul, pós-graduado com Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, autor de diversos artigos jurídicos.