

Delegado de Polícia: o Juiz da Fase Pré-Processual

É cada vez mais frequente a ocorrência de crimes bárbaros e que causam grande repulsa dentro da sociedade, sendo que a sensação de insegurança vem tomando conta de todos nós. Nesse contexto, ganha destaque o Direito Penal, que não constitui uma disciplina meramente acadêmica, funcionando, sobretudo, como um instrumento de controle social, fundamental para regular o convívio em sociedade.

Ao estudarmos a Teoria Geral da Pena, percebemos que a sanção penal se caracteriza como uma resposta do Estado aos responsáveis pela prática de infrações penais. Trata-se, no caso, do exercício do direito de punir que, por sua vez, está diretamente ligado à noção de soberania. A pretensão punitiva, portanto, é inerente ao Estado soberano, que afastou a vingança privada e chamou para si a responsabilidade de punir eventuais infratores.

Por meio do Poder Legislativo são selecionadas aquelas condutas mais ofensivas à sociedade e ao próprio Estado, para que sejam coibidas através da criação de tipos penais incriminadores. Nesse primeiro momento, fala-se em um direito de punir abstrato, que paira sobre a cabeça de todos os indivíduos de maneira genérica, mas que se torna concreto sempre que constatada a ocorrência de um crime.

Contudo, esse direito de punir pertencente ao Estado não pode ser exercido de maneira aleatória e ilimitada. Primeiramente, é imprescindível que se reúnam os elementos suficientes sobre a autoria e materialidade delituosa para que, em um segundo momento, possa ser proposta uma acusação, constituindo, assim, o legítimo exercício de uma pretensão punitiva. Percebe-se, pois, que é longo o caminho a ser percorrido pelo Estado para exercer o seu direito de punir.

É sob esse enfoque que se desenvolve a persecução penal em nosso ordenamento jurídico, dividida em duas fases distintas, porém, complementares. Na etapa inicial nós temos uma fase de investigação preliminar, que, em regra, é de atribuição da Polícia Judiciária, comandada por Delegado de Polícia de carreira, sendo indispensável na grande maioria dos casos, funcionando como um verdadeiro filtro processual, impedindo que acusações infundadas desemboquem em um processo. Contudo, superada essa fase inicial com a reunião de elementos suficientes de autoria e materialidade criminosa, passamos à fase processual, que constitui o caminho necessário para se chegar legitimamente à aplicação de uma pena.

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 Juiz 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. De modo ilustrativo, se uma pirâmide é utilizada comumente para exemplificar a fase processual, com a figura do Juiz no seu topo, uma outra pirâmide, de cabeça para baixo, serviria para representar a fase de investigação. Teríamos, portanto, um verdadeiro losango traduzindo a persecução penal em nosso ordenamento jurídico, sendo uma das extremidades composta pelo Juiz e a outra pelo Delegado de Polícia. Destarte, não estamos exagerando ao colocar no título desse estudo a figura do Delegado de Polícia como uma espécie de juiz da fase pré-processual. Aliás, o ideal seria que nós tivéssemos Defensores Públicos de plantão nas Delegacias de Polícia, acompanhando a instrução da investigação, dando mais legitimidade ao conjunto probatório colhido e proporcionando uma maior agilidade à persecução penal, vez que diversas diligências, como as oitivas, por exemplo, não precisariam ser repetidas na fase processual.

Sem embargo do exposto, podemos encontrar em nosso ordenamento jurídico outros fundamentos que dão sustentabilidade ao título do presente estudo, isto, pois, a única autoridade com atribuição para exercer, ainda que excepcionalmente, funções judiciais, é o Delegado de Polícia. Consigne-se, todavia, que não estamos afirmando que a Autoridade de Polícia Judiciária exerce jurisdição, longe disso. Entretanto, não podemos olvidar que o próprio Código de Processo Penal, em hipóteses específicas, confere a esta autoridade atribuições que, em regra, são de exclusividade do Poder Judiciário.

Como exemplo, podemos citar a segregação provisória da liberdade de locomoção de um suspeito de envolvimento em crime, o que pode ocorrer por meio da lavratura do auto de prisão em flagrante pelo Delegado de Polícia. De acordo com o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição da República, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Isso significa que, em regra, a liberdade de locomoção de um indivíduo só pode ser suprimida por determinação judicial, desde que essa decisão seja fundamentada e proferida pelo juiz competente. Nada mais justo dentro de um Estado Democrático de Direito, afinal, a liberdade de locomoção é um dos direitos fundamentais mais importantes, sendo essencial, inclusive, para garantir a dignidade da pessoa humana. Entretanto, o próprio legislador constituinte estabeleceu uma exceção nos casos de prisão em flagrante, sendo que isso não ocorreu por acaso. Primeiramente, devemos salientar que uma das funções dessa modalidade prisional é evitar a consumação do crime, assegurando, outrossim, uma pronta resposta à sociedade, trazendo as consequências da infração do distante momento da sentença final, para o momento imediato a prática do crime. Agora, justamente por se tratar de uma prisão excepcional, sem que haja a participação do Juiz, que só terá contato com os autos vinte e quatro horas depois, sua decretação é cercada de formalidades, que devem

ser rigorosamente observadas pelo Delegado de Polícia sob pena de relaxamento. Não podemos olvidar que no Processo Penal forma constitui garantia e, justamente por isso, é inadmissível flexibilizações nesse quesito, prevalecendo a estrita legalidade das formas.

Outro fundamento para a existência dessa exceção reside no fato de que o Poder Judiciário não se faz presente em todas as cidades do país, ao menos não em período integral. Por outro lado, existe um Delegado de Polícia à disposição da sociedade vinte e quatro horas por dia, durante os sete dias da semana. É justamente por este motivo que o legislador conferiu à Autoridade de Polícia Judiciária prerrogativas que, em regra, são exclusiva dos Magistrados, pois a sociedade e a própria Justiça demandam que algumas providências legais sejam tomadas de maneira imediata.

Assim, quando decreta a prisão em flagrante de um suspeito, o Delegado de Polícia exerce uma função judicial, fazendo às vezes do Magistrado, por expressa previsão legal, o que é absolutamente possível e constitucional, especialmente se considerarmos que o auto de prisão em flagrante será analisado posteriormente pelo Juiz competente, nos termos do artigo 310, do CPP. Ressalvamos, todavia, que, nos termos do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição da República, é imprescindível que a decretação dessa modalidade prisional seja escrita (ou, como preferimos, formalizada) e fundamentada.

Como se nota, a prisão em flagrante efetuada por qualquer um do povo (flagrante facultativo) e até por policiais (flagrante obrigatório) não tem força para restringir a liberdade do suspeito. Nesses casos nós temos apenas a detenção de um possível criminoso, que deverá ser conduzido imediatamente à Delegacia de Polícia, para que a Autoridade Policial analise a legalidade da detenção e decida se é o caso de ser decretada a sua prisão em flagrante ou não.

Isto posto, lembramos que a prisão em flagrante não constitui a única espécie de ato jurisdicional praticado de maneira atípica e excepcional pelo Delegado de Polícia. De acordo com o artigo 322, do Código de Processo Penal, a Autoridade de Polícia Judiciária também poderá conceder liberdade provisória mediante fiança àqueles que forem presos em flagrantes por crimes cujas penas máximas cominadas não ultrapassem quatro anos.

Destaque-se, todavia, que a concessão dessa medida cautelar liberatória pelo Delegado de Polícia está vinculada à prisão em flagrante. Isso significa que, uma vez encerrado o auto de prisão em flagrante e sendo este encaminhado ao Poder Judiciário, esgota-se o poder cautelar da Autoridade Policial. A partir desse momento apenas o Juiz poderá conceder a fiança, ainda que ela tenha sido fixada anteriormente na fase policial.

Percebe-se, uma vez mais, a importância do Delegado de Polícia para a promoção da justiça e para a garantia de direitos fundamentais. Com relação à liberdade provisória mediante fiança, a sua atuação ganha força muito maior porque objetiva assegurar o direito de liberdade de pessoas envolvidas em crimes de pequena e média gravidade, evitando-se, assim, o seu recolhimento ao cárcere, promovendo-se, conseqüentemente, a sua imediata liberação.

Com o objetivo de reforçar o conteúdo defendido no presente trabalho, destacamos a previsão constante no artigo 7º, item 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que estabelece o seguinte: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

Conforme se depreende do dispositivo supramencionado, qualquer pessoa que seja detida por suspeita de prática criminosa deve ser imediatamente conduzida à presença de um Juiz ou outra autoridade prevista em lei que lhe faça às vezes, exercendo, nesses casos, funções judiciais de maneira atípica. Ora, a lei pode perfeitamente conferir a outra autoridade funções que, em regra, são de atribuição de um determinado cargo específico. É o que faz o legislador ao conferir ao Delegado de Polícia a prerrogativa de decretar a prisão em flagrante de uma pessoa sempre que preenchidos os seus requisitos legais (arts.302 e 304, §1º, do CPP). O mesmo acontece com a possibilidade de concessão de liberdade provisória mediante fiança pela Autoridade Policial (art.322, do CPP). Nesses casos, por expressa previsão legal, constitucional e convencional (vide o Pacto de San José da Costa Rica), o Delegado de Polícia exerce função que, em regra, é de atribuição do Magistrado, seja determinando a restrição da liberdade de locomoção de uma pessoa (prisão em flagrante), seja restituindo a sua liberdade, ainda que, para tanto, o benefício seja condicionado a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (liberdade provisória mediante fiança).

Vale destacar, nesse ponto, que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem, em nossa opinião, força constitucional, sendo abrangidos pelo conteúdo expresso no artigo 5º, §2º, da Constituição da República. Ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes de tratados internacionais”, numa interpretação a contrario sensu, a CR/88 inclui, entre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos constantes nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Não é outro o entendimento de Flávia Piovesan, senão vejamos: “Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.”[1] No mesmo sentido, Valerio Mazzuoli defende que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil têm status de norma constitucional com base no artigo 5º, §2º, da Constituição, pois, argumenta o autor, “na medida em que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados é porque ela

própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando seu 'bloco de constitucionalidade' e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional, como já assentamos anteriormente. Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do §3º, do art.5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art.49, I, da Constituição) e não pelo quorum que lhes impõe o referido parágrafo".[2]

Diante do exposto, com base em disposições legais, convencionais e constitucionais, podemos concluir que, de fato, em determinadas situações o Delegado de Polícia exerce funções judiciais de maneira atípica, sendo que os reflexos de suas decisões afetam diretamente o status libertatis do indivíduo, sendo esse o principal fundamento para a existência de tais previsões, ainda que de maneira excepcional.

Como os Juízes não estão à disposição da sociedade por um período integral, o legislador optou por conceder à Autoridade Policial algumas de suas funções, evitando, destarte, eventuais abusos por parte do Estado. Nesse contexto, o Delegado de Polícia se destaca como o primeiro garantidor da legalidade e da justiça, constituindo um verdadeiro guardião dos direitos fundamentais, impedindo que a liberdade de locomoção de uma pessoa seja restringida de maneira desnecessária. Por tudo isso, é importante que as mesmas prerrogativas conferidas aos Juízes, tais como inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos, sejam estendidas aos Delegados de Polícia, pois só assim as Autoridades Policiais poderão exercer tão importante mister de maneira justa e absolutamente imparcial.

Não é outra a lição de Ferrajoli, que ao comentar as funções das polícias, dispõe o seguinte: "As diversas atribuições, por fim, deveriam estar destinadas a corpos separáveis entre eles e organizados de forma independente não apenas funcional, mas, também, hierárquica e administrativamente dos diversos poderes aos quais auxiliam. Em particular, a polícia judiciária, destinada, à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos da polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender"[3](grifamos).

Em conclusão, destacamos que desde a Constituição da República de 1988 o legislador se preocupou em fortalecer o Poder Judiciário e o Ministério Público, mas se esqueceu da porta de entrada da persecução penal, negligenciando a instituição responsável pela apuração do crime, reunindo provas e elementos de informação que irão subsidiar as pretensões acusatórias e punitivas do Estado: as Polícias Judiciárias. Em razão da desídia estatal, da falta de investimento em estrutura e nos profissionais do ramo e, sobretudo, na ausência de prerrogativas funcionais que deveriam ser conferidas aos Delegados de Polícia, as Polícias Civil e Federal não conseguem investigar da maneira adequada, o que, naturalmente, aumenta a impunidade, fomenta o crime e diminui a sensação de segurança na sociedade. Parece-nos que a solução para esse problema não esteja no recrudescimento das leis penais, mas na valorização das instituições ligadas à persecução penal.

