

A função garantidora do inquérito policial

Cleber Queiroz Machado

1. Introdução

O presente artigo tem por finalidade esboçar, em breves linhas, uma visão moderna sobre o principal instrumento de investigação criminal, o Inquérito Policial, ante o paradigma Garantista.

Para isso, mister se faz uma análise ontológica do inquérito, bem como da influência do Garantismo sobre tal procedimento, e das implicações práticas dela decorrentes.

2. Natura informativa do Inquérito Policial

É o procedimento de natureza administrativa, dirigido pela Autoridade Policial, que tem por fim precípua a apuração da materialidade dos delitos, bem com de sua autoria, visando fornecer ao titular da ação penal – Ministério Público/ofendido ou seu representante-legal – os subsídios necessários para o oferecimento de sua peça vestibular – denúncia/queixa-crime.

É procedimento dispensável, cujo conteúdo é meramente informativo, de forma que uma vez que o titular da ação penal já disponha de elementos suficientes para o oferecimento da peça exordial, poderá ser dispensado sem que se possa falar em qualquer irregularidade.

Por se tratar de procedimento inquisitorial, destinado a angariar informações necessárias à elucidação de crimes, não há que se falar em ampla defesa ou contraditório, tendo em vista que o indiciado não é acusado de nada, mas mero objeto de investigação [1]. É neste sentido a posição do Supremo Tribunal Federal, sendo uma quase unanimidade na jurisprudência pátria e na doutrina especializada.

Não é por outro motivo que é lícito à autoridade policial deferir ou indeferir qualquer pedido de prova feito pelo indiciado ou ofendido, sem que se possa cogitar em abuso de autoridade ou da sua nulidade por inobservância dos princípios supramencionados.

Considerando a ausência das garantias do contraditório e da ampla defesa, depreende-se que, no processo criminal, o valor probante do inquérito policial é relativo, exigindo-se, portanto, como regra geral, que as provas angariadas durante a investigação sejam

renovadas, ou ao menos confirmadas, pelas provas judicialmente produzidas sob o manto do devido processo legal e dos demais princípios informadores do processo [2].

Saliente-se, porém, que os elementos de informação aduzidos no inquérito policial ganham mais força quanto menos robustas e contundentes são as provas produzidas em juízo. A própria condenação embasada somente em prova indiciária – tema extremamente controvertido -, para seus defensores, só teria espaço quando da corroboração pelas mencionadas informações colhidas no inquérito policial [3].

Por suas peculiaridades, o inquérito possibilita a colheita de elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais, dentre outros [4].

Percebe-se, então, que a não-aplicabilidade de certos princípios ao inquérito policial, ao mesmo tempo em que reduz seu valor probatório, dá-lhe grande margem de discricionariedade, vez que nele não há o formalismo que vigora na fase processual.

3. O Garantismo Penal

A expressão foi cunhada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, tendo sido adotada por inúmeros simpatizantes das idéias a ela relacionadas.

Tem por base uma série de princípios aplicáveis ao direito, notadamente o penal e processual penal, e o fato de que nenhum poder pode ser absoluto – sendo assim, o *ius puniendi*, cujo titular é o Estado, também não poderia sê-lo [5].

Tendo como viga-mestra o Princípio da Legalidade, o Garantismo pretende ramificação e aplicabilidade bem ampla – desde a fase de previsão abstrata do próprio delito, passando pela cominação de sua respectiva pena e pelo processo para sua apuração, até a execução penal propriamente dita – influenciando, assim, todo o processo penal moderno.

O Garantismo não pode ser confundido com abolicionismo que vem sendo pregado por alguns, tendo em vista que rechaça tanto a liberdade selvagem quando a exacerbação do direito punitivo do Estado, o que lhe dá um feitiço aristotélico.

4. O Garantismo aplicado ao Inquérito Policial

Em uma visão Garantista do inquérito policial, temos a ampliação quantitativa de suas funções. Além de ser dirigido à apuração da infração penal, objetivando apontar sua autoria e materialidade, passa a ter destaque sua função garantidora. A investigação, nesse viés, tem o nítido caráter de evitar a instauração de uma persecução penal infundada por parte do Ministério Público diante do fundamento do processo penal, que é a instrumentalidade e o Garantismo penal [6].

A investigação criminal é feita, exatamente, para que se possam assegurar todos os direitos constitucionais do investigado. Ninguém, no Estado Democrático de Direito, quer ser acusado sem que haja, previamente, uma investigação séria sobre os fatos nos quais é

apontado como suspeito. Trata-se de um mecanismo de proteção do indivíduo que para sua efetivação mister se faz uma mudança de mentalidade das autoridades policiais (e também dos membros do Ministério Público), ou seja, o papel da autoridade policial (e do promotor) não é lutar contra o indiciado como se fosse um malfeitor (por mais que o seja) que não tem conserto. Na democracia, ninguém pode ser acusado sem provas, e o inquérito policial é exatamente esse suporte de que se serve o Estado para proteger o indivíduo [7].

A etapa prévia da investigação foi a maneira que o Direito Processual Penal encontrou para haver uma acusação e para evitar imputações apressadas [8].

Alguns autores vêm deturpando o real significado do Garantismo, e defendendo, sob o argumento de sua aplicação, teses infundadas para o direito processual constitucional brasileiro.

Há vozes que defendem a aplicabilidade de princípios ínsitos ao devido processo legal já na fase do inquérito policial. Como, por exemplo, aqueles que defendem que o inquérito policial, por servir de base para a denúncia, deveria ser submetido ao contraditório.

Há, ainda, os menos radicais, mas que também dão ao Garantismo um alcance indevido, que defendem a obrigatoriedade do contraditório na fase de inquérito somente no caso de provas não repetíveis.

As providências requeridas na fase preliminar da *persecutio* – bem como algumas necessárias já em fase processual –, são incompatíveis com as conseqüências diretas da adoção integral do devido processo legal. Por exemplo, de que valeria a determinação de interceptação telefônica (em qualquer fase da persecução penal), se não pudesse ser determinada *inaudita altera pars*.

Ao contrário do que dizem alguns defensores de um Garantismo radical, não há qualquer incompatibilidade entre tal teoria e os princípios norteadores do inquérito policial na sistemática do direito processual penal brasileiro. Não há, como visto, óbice algum em se manter o contraditório afastado dessa fase pré-processual, contanto que o *parquet* também assim se mantenha.

4.1. A investigação direta pelo Ministério Público em uma visão garantista

O inquérito policial, dirigido que é por órgão diferente daquele responsável por sua acusação em juízo, é instrumento de garantia do indivíduo.

O Ministério Público foi incumbido constitucionalmente de salvaguardar a ordem jurídica. Não se admite que o *parquet* se transforme em mero órgão acusador, que visa a condenação do réu a todo custo.

É consenso doutrinário que para que haja a manutenção da necessária imparcialidade do julgador esse deve assumir uma posição, em regra, passiva. O sistema atual não se coaduna

com a figura do juiz inquisidor, ou seja, aquele que sai em busca das provas de forma proativa.

O mesmo raciocínio vale para o membro do Ministério Público. Quanto mais próximo da figura de agente de investigação, mais comprometida estará sua capacidade de, com isenção, exercer sua função de garantidor da ordem jurídica, podendo afastar-se do rigor técnico necessário exigido para seu mister.

Por esse raciocínio, o indivíduo passa a contar com a garantia de que mais um juízo preliminar “isento” deverá ser emitido para sua condenação. Ou seja, deverá haver a manifestação de um membro do Ministério Público, que não tenha titularizado a investigação criminal, no sentido de que é viável a ação penal.

E não se argumente que o fato de o inquérito policial ser dispensável indicaria que se o Ministério Público prescindir de tal investigação, poderia também fazê-la diretamente. Não há coerência nessa argumentação. A reconhecida possibilidade de que dispõe o Ministério Público de dispensar o inquérito policial em casos em que o entenda desnecessário, ao contrário, pode, no máximo, reforçar a idéia da impossibilidade de investigação direta pelo Ministério Público. Isso porque, bem como acontece com o ofendido – nos crimes de ação penal privada -, claro está que o titular da ação penal só detém a liberdade de iniciativa de ação, fase posterior à investigação criminal *ex judicio*, mas que não por isso a contém.

A atuação penal do Ministério Público deve se pautar nos princípios norteadores do processo penal. Ou seja, deve ele, em juízo, deter as mesmas prerrogativas da parte adversa, devendo se dirigir ao acusado através do filtro processual decorrente do devido processo legal, notadamente do contraditório e da ampla defesa. Não é à toa que esses princípios surgem apenas na fase judicial. Sua previsão visa equilibrar a lide penal, de forma que não haja espaço para o tratamento diferenciado das partes.

Dessa forma, o membro do *parquet* se coloca no mesmo patamar da parte acusada. Seria um contra-senso admitir que o mesmo órgão que titularizou as investigações policiais, passando a ser senhor de uma função que a Constituição não lhe reservou (inquisidor), fosse também o titular da ação penal.

Imaginemos a situação do Membro do *parquet* que, tendo a oportunidade de dirigir a investigação criminal, realiza livremente diligências que fundamentem a futura condenação do ora investigado, negando àquelas solicitadas pela parte adversa. Não resta dúvida que a base fundamental para sua denúncia servirá de roteiro para sua atuação na fase processual. Sendo assim, o advogado, que em nenhum momento teve a oportunidade de se manifestar durante a investigação, caso queira diminuir um pouco a desvantagem que emerge de tal proceder, deverá pautar sua defesa nos elementos pré-constituídos pela acusação. Ou seja, na prática, para que não haja prejuízo ao réu, deverá a defesa se preocupar em contraprovar os elementos contidos na peça de informação, que agora serve de roteiro de atuação para acusação. Isso deturpa por completo a idéia de que o ônus da prova cabe ao acusador.

Permitir-se que o Ministério Público titularize a investigação pré-processual é fraudar o sistema acusatório moderno. Sim, porque o sistema acusatório há muito deixou de ser

apenas o afastamento do magistrado da função de acusador, passando a ser uma garantia muito mais abrangente, que consiste, em apertada síntese, na divisão de todas as funções da persecução penal (primeira fase – investigação, titularizada por uma autoridade administrativa sem interferência na seara processual; segunda fase – processo, em que temos como atores a acusação, a defesa e o órgão julgante).

Qualquer solução diversa é dar um “jeitinho” para que o órgão de acusação disponha de prerrogativas incompatíveis com tal sistema processual e que não são usufruídas pela parte contrária.

Observe que o artigo 129, incisos VII e VIII, ao preverem, respectivamente o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, e possibilidade de este requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (indicando seus fundamentos jurídicos) representam uma dupla garantia.

A garantia mais cristalina e elementar, no sentido de que a atuação policial deve ser controlada do ponto de vista finalístico pelo Ministério Público.

Há, porém, uma garantia ao indivíduo pouco apreciada pela doutrina e jurisprudência, e que decorre diretamente da interpretação sistemática dos dispositivos mencionados. Ao dispor que deve o Ministério Público indicar os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, resta clara a preocupação constitucional em não ofertar a este órgão poderes ilimitados, incompatíveis com o Estado Democrático e Humanitário de Direito por sua natureza. Sendo assim, é dever da Autoridade Policial exigir a fundamentação jurídica de manifestação ministerial com a qual não concorde, para que assim, possa não realizar seguramente, por exemplo, diligências ilegítimas determinadas pelo *parquet*. É o sistema de freios e contrapesos capilarizado por todo ordenamento jurídico pátrio, e não apenas na relação entre Poderes.

Pensemos na figura de um Promotor de Justiça que por motivos pessoais requisita a instauração de inquérito policial “genérico” para apurar fatos indeterminados contra um inimigo. Caso tal inquérito policial seja de fato instaurado, não há dúvidas que mereça ser alvo de Habeas Corpus para que seja providenciado seu trancamento. Quem seria a autoridade apontada como coatora no referido writ? Sem dúvida a Autoridade Policial.

Para cada múnus previsto pelo ordenamento, devem existir as necessárias prerrogativas e garantias para seu regular exercício. Não há como imaginar que a titularidade das investigações *ex judicio* fossem conferidas à Autoridade Policial, mas que essa tivesse sua atuação inexoravelmente atrelada às determinações do Ministério Público.

A Autoridade Policial pode, e deve, atender todas as requisições legais do Ministério Público quando no exercício de suas atribuições constitucionalmente asseguradas, desde que devidamente fundamentadas. A necessidade da fundamentação, mais uma vez, é a clara tentativa do legislador constitucional em atribuir mais garantias ao indivíduo contra o eventual exercício arbitrário do poder.

A sistemática processual penal é voltada a dividir o domínio sobre o inquérito policial. Procura-se atribuir funções monopolizadas a órgãos amplamente fiscalizados. Com isso, busca-se evitar o abuso, o despautério.

Tanto é assim que a indisponibilidade do Inquérito Policial se refere não apenas à Autoridade Policial, tendo como destinatário mediato o Ministério Público. Melhor dizendo, enquanto que a indisponibilidade do inquérito é peremptoriamente negada à Autoridade Policial, ela é mitigada ao Ministério Público, que sofre o controle do magistrado quanto à obrigatoriedade da ação penal pública, caso intente arquivar tal peça de informação.

Ao admitirmos a figura da investigação ministerialmente dirigida, estaremos interferindo nesse equilíbrio visado pelo sistema, de forma que o *parquet* será dono absoluto da investigação, afastando de seu bojo, o olhar fiscalizador do juiz. Passa o Ministério Público a dispor, quando bem entender, de investigações criminais, sem que precise submeter seu arquivamento a qualquer outro órgão.

E não se diga que estamos aqui defendendo a extirpação de grande parte do artigo 129 da Constituição. Pelo contrário, estamos a defender sua correta interpretação de acordo com o arcabouço legal pertinente.

Deve-se apenas diferenciar a possibilidade de requisitar diligências investigatórias da efetiva direção da investigação, controle externo da atividade policial do controle da atividade interna da polícia, a promoção do inquérito civil da promoção do inquérito policial.

Sim, pois é na lacuna deixada pelo artigo 129 da Carta Magna que posições antagônicas florescem. Enquanto nomes como Afrânio Silva Jardim, Eduardo Mayr, e Rogério Lauric Tucci, Auri Lopes Júnior e Guilherme de Souza Nucci defendem a impossibilidade de investigações dirigidas pelo Ministério Público ante a falta de expressa previsão constitucional, expressiva parte da doutrina (quiza majoritária) se apóia no frágil argumento da teoria dos poderes implícitos para defender tal possibilidade [9].

Defendemos que a atuação da investigação criminal *ex judicio* pelo Ministério Público não tem fundamento constitucional para se dar de forma direta.

Nem entraremos no mérito da previsão legal pela Lei Orgânica do Ministério Público, pois, a despeito de também não prever de forma expressa que o Ministério Público possa atuar diretamente como órgão investigador, ainda que o fizesse, não tem o condão de afastar preceitos constitucionalmente cunhados.

Não devemos confundir posições que extravasam a defesa de interesses próprios, com a defesa técnica e fundamentada de interessantes posições.

A história ensina que o poder sem fiscalização tende ao abuso. O Ministério Público, como guardião da ordem jurídica, sabe disso melhor que qualquer outro órgão e assim deve

pautar sua atuação – defendo não só as prerrogativas constitucionais que lhe foram asseguradas, mas também o afastamento daquelas que lhe foram negadas. Pois se é difícil e louvável a defesa de nossos interesses, mais ainda o é a defesa do interesse coletivo em detrimento do nosso próprio.

Esse é o verdadeiro espírito do Garantismo aplicado à hermenêutica. Devemos dar aos comandos constitucionais a interpretação que possibilite, ao máximo, a ampliação dos direitos fundamentais do indivíduo.

NOTAS E REFERÊNCIAS

[1] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 89.

[2] AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2009, página 104.

[3] HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.41.

[4] BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Processual Penal: vol. I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 356.

[5] MAIA, Alexandre da. *O Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli – Notas Preliminares*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_145/r145-05.pdf>. Acesso em 25/04/2009.

[6] RANGEL, Paulo, *op. cit.* p. 71.

[7] RANGEL, Paulo, *op. cit.*, p. 92.

[8] FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 103.

[9] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6.ª ed. São Paulo: Editora RT. 2007, p. 70.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5175/A-funcao-garantidora-do-inquerito-policia>
Acesso em: 17 ago. 2009.