

Inquérito policial não é fase pré-processual, mas sim fase processual

A ruptura com o regime de exceção e a superação dos paradigmas autoritários inspiraram a realização do esforço constituinte, cuja culminância foi o legado de uma nova ordem estatal, instituída pela vigente Constituição da República. Para uma nação historicamente submetida a espasmos ditatoriais e carente da concretização de vários interesses sociais e das mais basilares garantias individuais, representam indubitáveis avanços, conquistados com a promulgação da Norma Fundamental em 1988, a definição extensa e minudente das prerrogativas, competências e atribuições dos diversos órgãos e autoridades políticas responsáveis pelo funcionamento do aparato judiciário e das funções essenciais à Justiça. E é do artigo 129, inciso I, da Constituição, que se extrai a privatividade da iniciativa do parquet na promoção da ação penal pública.

Como se sabe, a ordem jurídica já admitiu a instauração da ação penal mediante portaria da autoridade policial, de acordo com o disposto no artigo 26 do CPP em vigor à evidência que não mais se admite o exercício da pretensão acusatória pelo órgão de polícia judiciária, na nova ordem constitucional. Entretanto, é nosso objetivo provar que a autoridade policial continua a exercer ação penal, por meio da pretensão investigatória. Mais ainda, consideramos confuso e cientificamente impreciso, além de logicamente incorreto, o uso indiscriminado da expressão “fase pré-processual” para designar todas as ações investigatórias realizadas sob o crivo jurisdicional, pelo órgão de polícia judiciária.

A fim de que possamos discorrer sobre a categoria insuficientemente desenvolvida, no plano doutrinário processual penal, da pretensão investigatória, faz-se narredável, contudo, adentrar – embora com brevidade – nos conceitos de jurisdição e ação de direito material. Começaremos nosso breve excuro pelas categorias jurídicas supra referidas buscando um conceito de jurisdição. O que difere a função estatal jurisdicional que a torna própria e distinta das demais manifestações de atividade oficial?

Esse tema ocupou grandes mentes e propiciou riquíssimo debate doutrinário. Parte dessa dialética encontra-se resumida pelo mestre Ovídio Antônio Baptista da Silva (*in* “Curso de Processo Civil, volume 1, Tomo I: Processo de Conhecimento” – Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 11 e segs). Dos ensinamentos ali contidos, deflui que, para o processualista CHIOVENDA, identificava-se a atividade jurisdicional como substitutiva, já que o magistrado sempre julgaria uma atividade alheia.

A crítica lançada (tais como a formulada por Galeno Lacerda) repudiava a noção substitutiva, a qual não explicaria a natureza jurisdicional das decisões sobre questões eminentemente processuais (a exemplo dos incidentes relativos à competência e suspeição). Em Allorio, a jurisdição se caracteriza, sobretudo, pelo fenômeno da coisa julgada. Calamandrei defendia que o conteúdo propriamente jurisdicional estava adstrito, tão-somente, à declaração contida no dispositivo sentencial. Para Carnelluti, a jurisdição consistia na atividade estatal que buscava a justa composição da lide, entendida esta como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Tais concepções foram desafiadas por críticas inúmeras. Alguns procedimentos, com efeito, de fato, não possuem uma identificação grande com lide (jurisdição voluntária) ou coisa julgada material (processo cautelar) e, no entanto demandam decisões judiciais, de cunho inegavelmente jurisdicional^[1]. Segundo aponta mestre Ovídio (SILVA, p. 26), citando o processualista italiano Gian Antonio Micheli:

Depois dessa breve exposição das principais teorias sobre o conceito de jurisdição, cremos que as notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz, devem atender a dois pressupostos básicos: a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função; o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função tendo a lei por limite de sua ação, cujo objetivo não é simplesmente a aplicação da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela.

Por tais razões, cremos que a melhor definição de jurisdição é aquela que a identifica na atividade estatal caracterizada pela figuração de um terceiro imparcial a se debruçar sobre uma determinada pretensão aviada por um ente legitimado. De acordo com tal conceito, podemos identificar como jurisdicionais (e não administrativos, apesar da ausência de lide ou de coisa julgada, ou mesmo de pluralidade de partes) diversos atos que, do contrário, não seriam explicados à luz de outras respeitáveis, mas incompletas teorizações.

Prosseguindo, cremos merecer alguma referência a categoria de ação de direito material. Conquanto haja contribuído para uma maior compreensão de determinadas categorias epistemológicas – e advertimos que não é nosso objetivo adentrar no estudo das intermináveis controvérsias estabelecidas entre Windscheid e Muther, Plosz e Degenkolb, e assim sucessivamente –, o debate sobre a ação processual acabou por obscurecer a noção de ação de direito material (e, por conseguinte, de pretensão de direito material).

Não há de negar que a ação processual (o direito de invocar a jurisdição) é autônoma e distinta do direito material que no processo venha a se controverter. Todavia, não se pode compreender a atividade jurisdicional desconsiderando o que vem a ser a pretensão. Reproduzimos, a propósito, trecho ilustrativo de ensaio do estudioso Pedro Henrique Pedrosa Nogueira sobre o tema (disponível na internet, pelo endereço eletrônico <http://www.diritto.it/archivio/1/26300.pdf>): Na perspectiva de Pontes de Miranda, a ação de direito material é um efeito jurídico específico e existe em potência; pode-se ter ação, sem no entanto exercê-la. A ação existe no plano do pensamento e não em ato: “O direito subjetivo, o dever, a pretensão, a ação e a exceção são seres do mundo do pensamento”.

É necessário deixar assente que a ação de direito material, porque hoje vedado, salvo em casos excepcionais, o uso da Justiça de mão própria, normalmente é exercida com o exercício do direito à jurisdição, por meio dos instrumentos que o direito processual coloca a serviço dos interessados para incoarem a atividade jurisdicional. Como esclarece Pontes de Miranda, “a ação exerce-se principalmente

por meio da ‘ação’ (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica que o Estado criou”.

Isso, porém, não quer significar que a “ação” processual seja condicionada pela ação de direito material. Quando o juiz declara a improcedência de uma demanda, não nega a existência e o exercício da “ação” processual, embora negue a existência da ação de direito material da qual o demandante afirmou ser titular na petição inicial.

Assim, quando alguém tem seu direito ou pretensão feridos, no plano do direito material, surge, de regra, a ação (material), que será exercida com a propositura da “ação” (processual), tida esta última como meio para o exercício do direito à jurisdição e após o que surgirá a relação jurídica processual (autor-juiz), angularizável com a citação (autor-juiz-réu). Ao reconhecer a procedência da ação de direito material que demandante no processo disse possuir, o juiz agirá, em sua substituição, praticando os atos necessários a realizar a ação (direito material) e o direito subjetivo a que ela se refira.

Mostra-se de extrema importância para a exata compreensão da ação de direito material como categoria de eficácia jurídica a diferenciação entre titularidade e exercício; entre ação como poder jurídico que confere impositividade à satisfação do direito subjetivo, e ação como atividade concreta destinada a realizá-lo. Consequentemente, pode-se ter o direito, ter a ação, sem, contudo, exercê-lo.

Da mesma forma como se pode exercer a “ação” (processual), tendo-se ou não a ação de direito material, pois o direito de acesso à Justiça não é exclusivo daqueles que têm um direito ou uma ação no plano do direito material. A ação, como algo ligado ao direito subjetivo, existe no plano do pensamento, ao passo que o seu exercício se materializa em atos concretos, verificáveis empiricamente e pode se dar de diferentes maneiras.

De um modo geral, por força da vedação genérica de utilização da Justiça de mão própria, a ação é exercida por meio da “ação” processual, no âmbito judicial. Isso não basta, contudo, para se considerá-la como uma categoria vinculada exclusivamente ao processo. Há diversas situações em que a ação (direito material) surge como decorrência da incidência de normas jurídicas de direito material e nesse plano mesmo se realiza, independentemente de sua alegação em juízo. Do fato jurídico surge o direito subjetivo com os poderes que o qualificam (pretensão e ação) e a própria ordem jurídica autoriza o respectivo titular, em exercício de autotutela, a buscar, por si mesmo, a sua realização.

Ora, de fato, o que o autor de uma ação de divórcio almeja é a desconstituição do vínculo matrimonial, e não a dicção do direito respectivo. Da mesma forma aquele que ajuíza a demanda postulando o ressarcimento pecuniário por força do prejuízo experimentado em decorrência de ato ilícito. Não bastaria ao demandante a declaração da responsabilidade civil. É preciso, para a satisfação do crédito do autor, que o magistrado, substituindo-se ao particular (detentor de uma pretensão de direito material, de ação material, mas que não pode ser exercida, arbitrariamente, pela via da mão própria), adote as providências materiais para a realização daquele interesse homologado pelo Estado. E é entendendo corretamente a ação de direito material que se pode estabelecer uma classificação das ações.

É dizer: à pretensão declaratória corresponde um decreto judicial declaratório. É esse comando que produz efeitos no mundo material e realiza o fim da jurisdição (que, do contrário, seria uma atividade

estéril e absolutamente inútil do ponto de vista social). O mesmo se diga em relação à pretensão condenatória, constitutiva (ou desconstitutiva), mandamental e executiva.

Transportando tais convicções para o plano do Direito Processual Penal, vemos que, realizado o delito, surge para o Estado a pretensão persecutória. Todavia, a pretensão persecutória não se esgota (como pode parecer a grande parte da doutrina) na dedução do *jus puniendi* em juízo, por parte do órgão acusatório (essa é a ação de direito material equivalente à pretensão acusatória). Mas não se pode relegar ao esquecimento a legítima pretensão investigatória, consistente no direito de o Estado reunir as provas do cometimento de uma infração penal, bem como os elementos mínimos que oportunizem imputar a alguém o comportamento delituoso.

E, como a rigor, nenhuma pretensão persecutória (nem a acusatória, tampouco a investigatória) pode ser realizada sem submeter a risco de perecimento ou restrição o direito à liberdade individual, tanto a investigação quanto a acusação, enquanto postulações lastreadas em direito material, deflagram relações processuais que se pautam por especialíssimos princípios protetivos, já mencionados alhures, genericamente.

Causará, é certo, grande repulsa a atribuição de qualidade processual ao inquérito policial (que é uma das modalidades de dedução da pretensão investigatória, mas não a única). Mas essa conclusão é inarredável, de acordo com o que explanamos, e pode ser confirmada no plano teórico. Será menor a dificuldade em compreender a assertiva de que a pretensão investigatória é deduzida judicialmente e deflagra uma relação processual (jamais “pré-processual”) quando a infração penal que se busca elucidar depende, para o esclarecimento da materialidade e autoria, que certos direitos individuais sejam previamente mitigados pelo magistrado competente.

Exemplifique-se com a seguinte situação hipotética. Imagine-se uma organização criminosa devotada ao tráfico de drogas, cujo comportamento dos seus supostos integrantes produza fortes indícios de corrupção de servidores públicos, ocultação de valores mediante “lavagem” de capitais e intensa evasão de divisas. A superlativa perniciosidade social e a gravidade dos atos praticados, associada à impossibilidade de obtenção por outros meios da prova de tais delitos perpetrados imporá a necessidade de o Estado-juiz mitigar certas garantias individuais.

No exemplo citado, apresenta-se razoável o sacrifício dos direitos individuais à inviolabilidade das comunicações (interceptação telemática e telefônica), à intimidade (quebra de sigilo bancário, fiscal e financeiro), inviolabilidade domiciliar (busca) e até mesmo à liberdade locomotiva (prisão temporária, para investigar, ou preventiva, para assegurar a ordem pública).

A pretensão investigatória seria deduzida judicialmente por meio de “representações”, porquanto o órgão de polícia judiciária, embora titulado o direito-dever de investigar, não pode validamente produzir as provas que reclamam mitigação de garantias individuais sem prévia autorização judicial. Do contrário, a coleta probatória nenhum valor processual poderia adquirir, seria imprestável para a finalidade investigatória (e também não serviriam para a pretensão acusatória).

A decisão do magistrado que, avaliando a pretensão investigatória, coteja os interesses legítimos em conflito (de um lado, o direito-dever do Estado de investigar e o direito subjetivo público à segurança,

titulado pela coletividade; de outro, a garantia individual de preservação da esfera privada da intimidade, da liberdade locomotiva, da inviolabilidade das comunicações) e acolhe a pretensão aviada por meio da representação do delegado é jurisdicional? Sim, por que somente um terceiro imparcial pode, em nome do Estado, exercer validamente a função de julgador.

Esse ente é o magistrado, e o ato que concede a autorização para que a autoridade de polícia judiciária desempenhe o seu mister, mitigando os direitos individuais do investigado, é um ato jurisdicional (não poderia ser ordenado por agente político vinculado ao Poder Executivo; por igual, não poderia ser concretizado por ato legislativo, por seu caráter de aplicabilidade abstrata e genérica, não individualizada).

E isso é assim por que a natureza das coisas se define por sua essência, e não pelos dados acessórios, acidentais, circunstanciais. Observe-se que, acaso fosse o promotor de Justiça que, diante da mesma quadrilha de traficantes, pleiteasse em juízo a realização de uma busca domiciliar na casa do principal suspeito, ou mesmo a sua prisão preventiva (em procedimentos antecedentes à persecução acusatória), não haveria dúvida que a relação estabelecida seria processual e que a ação seria cautelar penal (o objetivo da ação, nesse caso, seria garantir o resultado útil da subsequente ação penal condenatória, assegurando o conjunto probatório e a aplicação da lei penal). Inclusive as regras procedimentais garantiriam ao agente ministerial a possibilidade de recorrer, em caso de indeferimento do pleito.

Pois bem. Ao delegado de polícia, conquanto a lei processual admita a representação^[2], não se concede a via recursal, por ausência de previsão. Indevidamente, ao nosso ver, pois o órgão de polícia judiciária é legitimado a demandar em juízo, para assegurar o direito-dever de investigar. E a pretensão que se deduz com a representação é ação investigatória. É até mesmo um corolário do processo de democratização, antes citado, que assim o seja.

Gize-se que o Código de Processo Penal, anteriormente à Constituição de 1988, admitia que a busca domiciliar fosse efetuada diretamente pela autoridade policial, ou por seus agentes, por meio de mandado expedido pela própria autoridade policial (é o que se deduz da redação do artigo 241). À evidência que, sob a égide da atual Carta Magna, a inviolabilidade domiciliar não pode ser quebrada diretamente, por ordem expedida pelo delegado de polícia^[3] (artigo 5, inciso XI).

Todavia, a polícia judiciária não foi desincumbida de investigar, o que se constitui em seu fundamento de existência e dever inafastável. Logo, para realizar seu escopo constitucional, será forçoso dirigir-se ao Estado-juiz para demandar o interesse persecutório, que não pode mais exercer diretamente. E essa relação que liga o juiz e o delegado, e na qual intervem necessariamente, como custos legis, o órgão ministerial, poderia ser qualificada como não-processual?

Essa relação, pois, estamos convictos, não é um pré-processo (como largamente difundido na doutrina), mas sim um processo, no qual um magistrado exerce atos eminentemente jurisdicionais, em resposta a uma demanda (ação investigatória, aviada por meio de representação, que é uma petição firmada por um bacharel em Direito, um delegado de polícia), lastreada no direito-dever do Estado (presentado pela autoridade policial) de investigar.

Mas não é apenas no ordenamento jurídico pátrio que se concede a capacidade postulatória ao órgão de

polícia judiciária. É uma decorrência, como já dissemos, lógica, em qualquer parte do mundo civilizado, que o órgão a quem a lei atribui o dever de investigar tenha a prerrogativa de dirigir-se ao Estado-juiz para demandar mitigações a garantias individuais, necessária para assegurar a persecução, sob o prisma investigatório (de que depende a subsequente dedução da pretensão acusatória).

Prosseguindo em nossa dissecação da pretensão investigatória, afirmamos que mesmo no inquérito policial desprovido de representações incidentais pela mitigação de direitos individuais dos investigados existe inegável caráter processual em sua dinâmica. Em primeiro lugar, devido ao caráter jurisdicional da fiscalização que nele se opera (esse controle não se dirige somente aos prazos legais para a conclusão do inquérito, mas também se volta e, sobretudo, para a observância dos princípios processuais penais, do interesse persecutório e das garantias dos jurisdicionados).

Mas vamos além. O que seria a decisão de arquivamento senão uma medida jurisdicional e, como tal, passível de imutabilização pela formação da coisa julgada relativa? Poder-se-ia, ainda aqui, criticar tal assertiva, afirmando que o artigo 18 não impede a polícia judiciária de conhecer de novas provas e, nesse caso, proceder novas pesquisas.

Todavia, a pretensão acusatória não poderá ser deduzida novamente com base no mesmo inquérito (isto é, de algum modo, mesmo reinterpretado, mesmo reexaminado a luz de uma nova leitura investigatória, aquele inquérito não é mais apto a sustentar a pretensão acusatória). Aliás, a esse respeito, impende colacionar o teor da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal: “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

Digamos, portanto, que um promotor de Justiça atuante perante uma dada comarca venha a se aposentar. É indubitável que a repositura de uma ação penal por outro promotor, com base no mesmo inquérito policial já arquivado pelo seu antecessor (manifestação esta merecedora da aquiescência judicial), seria um desrespeito à coisa julgada, passível, inclusive, de correção por meio de meio impugnativo autônomo, tal como Habeas Corpus.

Ora, todos esses argumentos estão a indicar que o inquérito policial não é uma fase pré-processual, mas sim uma fase processual, embora normalmente antecedente ao exercício da pretensão acusatória. Todavia, como também é legítima e real a pretensão investigatória, e como essa se deduz no inquérito e em ações investigatórias autônomas e incidentais (denominadas representações), pode-se afirmar que existe outro tipo de ação penal, a ação penal investigatória, e que a titularidade dessa ação pertence precipuamente ao delegado de polícia, e secundariamente ao órgão acusatório.

[1] Acaso seria negado o caráter jurisdicional da atividade judicial que permite a adoção?

[2] São inúmeros os exemplos de capacidade postulatória da autoridade policial

[3] Salvo em flagrante delito ou em ocasião de desastre, ou para prestar socorro.

Date Created

09/01/2011