

O PRINCÍPIO DA DIVISÃO DE FUNÇÕES NA PERSECUÇÃO PENAL JURISDICIONAL: SOB O PRISMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

NILTON CÉSAR BOSCARO

POLÍCIA CIVIL DO ACRE -RIO BRANCO/AC



RESUMO

O Princípio da Divisão de Funções na persecução penal jurisdicional, oriundo do Princípio da Separação de Poderes, o qual, por sua vez, constitui-se como postulado do Estado Democrático de Direito, tem como objetivo resguardar os direitos, garantias e liberdades do ser humano. Essa proteção se materializa mediante o controle recíproco entre os órgãos estatais competentes que buscam responsabilizar o(s) autor(es) do fato delituoso. Assim, quanto mais entes públicos exercendo as funções jurisdicionais no âmbito penal, maior será a fiscalização sobre o Estado, e menor a incidência de violações aos direitos, garantias e liberdades do ser humano. As funções de acusar e defender, pela própria natureza, são exercidas por entes com interesse no processo penal, enquanto que as funções de investigar e julgar devem ser desempenhadas por órgãos públicos imparciais, a fim de propiciar um processo igualitário na efetivação da justiça e, consequentemente, uma proporcionalidade na resposta estatal – ao abalo social acarretado pela infração penal – e nos direitos, garantias e liberdades fundamentais da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Divisão de funções. Controle do poder público. Direitos, garantias e liberdades fundamentais. Investigação criminal.

1. INTRODUÇÃO

Uma infração penal impõe ao Estado o dever de responsabilizar o seu agente, sancionando-o e possibilitando-lhe a reinserção na sociedade. Essa responsabilização penal não pode ocorrer de qualquer forma e a qualquer custo, mas sim sob os ditames de um Estado democrático de direito.

¹ Artigo Científico apresentado à Academia Nacional de Polícia como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito de Polícia Judiciária

Na reflexão exposta adiante não levamos em consideração a dificuldade da implementação do presente estudo nos diversos países do mundo, mas enalteçemos preceitos e valores construídos ao longo da humanidade, preocupando-se com os direitos, liberdades e garantias fundamentais do ser humano enquanto sujeito, e não objeto do processo penal.

Esta pesquisa nos conduz, portanto, a um modelo de tipo ideal a ser seguido como a opção mais próxima para a efetivação desses direitos, garantias e liberdades fundamentais do ser humano no âmbito da justiça penal.

Desde o início da presente análise nos deparamos com a dúvida acerca da necessidade da divisão de funções estatais na persecução penal jurisdicional à luz do Estado democrático de direito e, havendo essa separação, se é elevada a um princípio de direito e, ainda, o que esta representa para os direitos, garantias e liberdades fundamentais do ser humano.

No primeiro capítulo discorreremos sobre uma breve regressão histórica da formação do Estado na antiguidade até a modernidade, demonstrando que, ao longo dos anos, a humanidade evoluiu quanto à dignidade do ser humano, chegando até o Estado de direito, o qual contém importantes postulados para a defesa do cidadão e da sociedade.

Em seguida, identificamos quando nasce o poder-dever para o Estado na persecução penal, a qual possui duas espécies, sendo a apreciação jurídica o divisor de águas entre elas. Ainda neste tópico, retratamos, em um contexto histórico e atual, a separação das funções de polícia.

O capítulo terceiro traz, embasado em diversos princípios e preceitos jurídicos, a importância da divisão de cada função estatal no transcurso do processo penal com o objetivo de responsabilizar, de forma justa, o autor do fato delituoso e, ao final, reinseri-lo na comunidade, respeitando os postulados do Estado democrático de direito. Ademais, apresenta uma síntese dos sistemas de investigação criminal existentes no mundo, pontuando a concentração ou desconcentração das competências atinentes à persecução penal, a depender do modelo adotado.

Continuando no desenvolvimento do estudo, verificamos qual a importância da divisão de funções do poder público na persecução

penal jurisdicional e seu reflexo nos direitos, garantias e liberdades fundamentais da pessoa humana.

O quinto e último capítulo narra sobre a atuação funcional unilateral dos órgãos estatais nas funções da persecução penal jurisdicional e expõe os principais argumentos que defendem o modelo ora estudado.

Em que pese existir farta doutrina tratando acerca de conceitos que solidificam a base jurídica, em especial a formação do Estado, a divisão de poderes e os direitos, garantias e liberdades fundamentais, tais temas são tratados – pelos estudiosos – sob um enfoque abrangente no que tange à competência de cada um dos órgãos responsáveis pela persecução penal jurisdicional.

Buscamos, assim, nessas lições, embasamento técnico jurídico humanista com contexto histórico, os fundamentos para construir um pensamento substancial sobre as funções do Estado na justiça penal e sua divisão entre os órgãos públicos responsáveis pela restauração do abalo social que o fato delituoso acarreta na comunidade e os apresentamos, nas linhas seguintes, ao mundo acadêmico.

2. OS POSTULADOS DO ESTADO DE DIREITO

As pessoas primitivas viviam em um Estado natural, o qual Thomas Hobbes o descreveu como um “estado de guerra, ambiente no qual dominam paixões, situações de total insegurança e incerteza, domínio do(s) mais forte(s)”². A sociedade se transforma de acordo com a evolução humana, sendo o relacionamento social o seu principal objeto, pois “a vida do homem decorre em convivência”³. A necessidade de se relacionar⁴, inicialmente no âmbito familiar, seguido do seio social e religioso, leva o homem a constituir-se em comunidades, das quais mais tarde, em busca da defesa do território, faz eclodir as guerras.

2 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 30.

3 CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.

4 “Os seres humanos não conseguem viver isolados” – conforme VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo: o «progresso ao retrocesso»*, 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 34.

Não temos por finalidade aprofundar acerca das diversas teorias que buscam demonstrar a origem do Estado e suas formas⁵. No entanto, destacamos que uma das primeiras formas estatais pré-modernas – oriental ou teocrático – tinha como característica “a natureza unitária, inexistindo qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções”⁶, ou seja, predominava a concentração de poderes nas mãos do soberano que era o representante do Estado – do poder político conferido por cada homem, na busca de garantir a segurança local dos membros de determinada comunidade.

A humanidade passou por alguns modelos de Estado totalitário – medieval, estamental e absolutista – que eram dotados da característica da concentração de poderes e ausência de controle estatal. O Estado liberal inaugura a ideia da divisão de funções e limites do poder do Estado, valores estes considerados como pilares no Estado de direito.

Antes mesmo de adentrar nos postulados do Estado de direito, devemos ter em mente que “o Direito se traduz em normas, isto é, em regras preceptivas da conduta humana a adoptar nas relações sociais”⁷. Assim, “cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos”⁸.

O Estado de direito surge “com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito”⁹ e está alicerçado em três pilares – suas principais características –, a saber: o princípio da divisão de poderes, a limitação do poder estatal e o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana. Karl Gössel ensina que

(...) é necessário enfatizar as três manifestações do princípio do Estado de Direito: por um lado, o princípio da divisão de

5 Quanto à origem do Estado, STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, e CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

6 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 23.

7 CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 32.

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 151.

9 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 91.

*poderes, por outro, o reconhecimento dos seus direitos fundamentais ao cidadão e, por fim, a sujeição do Estado a esses direitos fundamentais e a totalidade da ordem jurídica*¹⁰.

A divisão de poderes tem por fundamento dois elementos: a especialização funcional – cada órgão estatal é especializado no exercício de uma função – e a independência orgânica – independência em relação a outros órgãos, ou seja, ausência de subordinação entre eles¹¹. O seu principal objetivo consiste em uma medida de prevenção [limite concreto] ao abuso do poder, *i.e.*, “impedir um «superpoder», com a consequente possibilidade de abusos e desvios”¹². Até porque, como considera Karl Gössel, o mau “uso do poder estatal somente pode ser evitado pela ‘separação’ de poderes”¹³. Quando há a concentração de poderes – compreendidos, igualmente, como funções – em um mesmo órgão estatal¹⁴, o seu representante tende dele a abusar.

É de lembrar que há autores, como Lenio Streck e Bolzan de Moraes, que consideram que a “clássica separação de funções de cada um dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) de há muito está superada”¹⁵, não apenas em razão de um deles realizar ações de outro atipicamente¹⁶, mas, principalmente, em razão das demandas da sociedade atual necessitar da especialização de outras funções estatais.

10 GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 25. “(...) es necesario hacer hincapié sobre todo en tres manifestaciones del principio de Estado de Derecho: por una parte el principio de la división de poderes, por la otra el reconocimiento de sus derechos fundamentales al ciudadano y, finalmente, la sujeción del Estado a esos derechos fundamentales y a la totalidad del orden jurídico” – tradução do espanhol nossa.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 111.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 556.

13 GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 35. “(...) el mal uso del poder estatal sólo puede ser evitado por la ‘separación’ de poderes” – tradução do espanhol nossa.

14 “O Estado (...) manifesta-se por seus órgãos que não exprimem senão vontade exclusivamente humana” – conforme SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 109.

15 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 189.

16 O Executivo de forma atípica legisla (e.g., medidas provisórias) e julga (v.g., processo administrativo em face de servidor); o Judiciário de maneira atípica legisla (resoluções, instruções normativas, etc.) e administra (elabora licitações, contratos, convênios); o Legislativo de modo atípico administra (elabora licitações, contratos, convênios, etc) e julga (processo de *impeachment*).

Luigi Ferrajoli critica a clássica divisão de poderes:

Hoje, essa tripartição, elaborada há mais de dois séculos e meio, com relação a uma organização institucional incomparavelmente mais simples do que as das atuais democracias constitucionais, é inadequada, diante da complexidade da esfera pública dos atuais ordenamentos, para fundamentar a legitimação dos diversos tipos de poder¹⁷.

As funções do Estado, como nos ensina Luigi Ferrajoli, “vêm sofrendo transformações na exata medida em que o Estado assume novos contornos”¹⁸, a mais que o exercício “por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes”¹⁹.

A ideia central da divisão de poder possui duas dimensões – negativa e positiva. A primeira “como forma e meio de limite do poder (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder”²⁰. A dimensão positiva “assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania”²¹.

Reinhold Zippelius leciona que “a divisão dos poderes a nível organizativo do Estado (...) pretende criar um sistema de exercício moderado e controlado do poder, através de uma repartição e coordenação ordenada das competências estatais (funções de regulação)”²². A desconcentração de poderes (ou funções) e a sua divisão é face da mesma moeda, e estão umbilicalmente ligadas a fim de se evitar o abuso por parte das pessoas – representantes do Estado – que detém o poder estatal.

17 FERRAJOLI, Luigi. Poderes selvagens: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

18 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Ciência Política & Teoria do Estado, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 189.

19 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 110.

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 250.

21 Ibid., mesma página.

22 ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do estado, 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 401.

Karl Gössel resgatando os pensamentos de John Locke e Montesquieu prescreve que “todo o poder está a serviço da sua própria conservação e expansão, e a tendência excessiva de alcançar esses objetivos necessariamente leva ao abuso”²³. A fim de solucionar esse problema o autor complementa que “um eficaz antídoto para essa tendência é encontrado no Estado de Direito das democracias ocidentais no princípio da divisão de poderes”, o qual contribui para a (auto) limitação do poder do Estado. Paulo Bonavides o considera como “uma das pedras inquebrantáveis do edifício constitucional”²⁴, e a “pedra angular de uma Constituição do Estado de Direito”²⁵.

Adentrando no segundo pilar do Estado de Direito – limitação do poder estatal – lembramos os ensinamentos de Montesquieu, citado por Karl Gössel: “para que o poder não se preste a abusos (...), é necessário alcançar, através da estruturação das coisas, que o poder restrinja o poder”²⁶, considerando que “o erro do soberano não será a fraqueza, mas o excesso”²⁷, uma vez que “todo homem investido no poder tende a abusar dele até que encontre limites”²⁸. Montesquieu, cujo pensamento é exposto por Luigi Ferrajoli, leciona que “os poderes, diante da ausência de limites e controles, tendem a concentrar-se e a acumular-se em formas absolutas: a transmutar-se, na ausência de regras, em poderes selvagens”²⁹. Dessa maneira, a divisão de poderes, com a sua conseqüente desconcentração entre os órgãos do Estado, é a essência do autocontrole do poder estatal. Locke e Montesquieu, mais uma vez tendo seus pensamentos retomados por Karl Gössel, entendiam que “a fim de limitar o perigo iminente de abuso de poder há a

23 GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 25. “(...) todo poder está al servicio de su propia conservación y expansión, y la tendencia excesiva a alcanzar estas metas conduce necesariamente al abuso” – tradução do espanhol nossa.

24 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 568.

25 *Ibid.*, p. 570.

26 GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 26. “A fin de que el poder no se preste a abusos (...) es necesario lograr, mediante la estructuración de las cosas, que el poder frene al poder” – tradução do espanhol nossa.

27 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 35.

28 CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 192.

29 FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 15.

divisão do poder uniforme em poderes diversos, que se limitam e se controlam um ao outro”³⁰. Os poderes segmentados “devem influenciar um ao outro, controlando-se e impondo limites”³¹.

O político e jurista Marcello Caetano defende que a “grande utilidade da separação dos poderes estaria mesmo em, graças a ela, haver sempre um poder «emboscado» por de trás de toda a regra de direito destinada a moderar outro poder”³². Segundo Paulo Bonavides “onde houver Estado de Direito (e Estado de Direito é sempre Estado onde impera a limitação de poderes), haverá, de necessidade, como um dos eixos da ordem constitucional, aquele princípio”³³ (da separação de poderes). É o Estado limitado pelo próprio direito que ele mesmo cria, o qual além de cumpri-lo nas suas ações práticas, deve atentar-se e respeitar os direitos fundamentais das pessoas que formam o Estado – reais detentoras do poder público. O “Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem”³⁴ – o terceiro pilar de um Estado de Direito.

O Estado de Direito impõe a subordinação da soberania estatal à lei [melhor, ao Direito], com a divisão de poderes ou funções e, com a nota central, a garantia dos direitos individuais³⁵. Nesta linha, José Canotilho defende que se deve deduzir do princípio do Estado de direito “a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito”³⁶, porque os “princípios do Estado de Direito servem como instrumentos para prevenir uma expansão totalitária e, em geral, um exercício incontrolado do poder do Estado”³⁷.

30 GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 19. “(...) a fin de limitar el peligro inminente del abuso del poder mediante el desglosamiento del poder uniforme en poderes diversos, que se limitaran y controlaran mutuamente” – tradução do espanhol nossa.

31 *Ibid.*, p. 37. “Los poderes divididos deben influirse entre sí, controlándose mutuamente e imponiéndose limites” – tradução do espanhol nossa.

32 CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 283.

33 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 570.

34 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 233.

35 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 95.

36 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 274.

37 ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*, 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 383.

A limitação do Estado e o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana são mais evidenciados e cobrados no âmbito do processo penal, considerando que “assegurada à validade dos princípios da 'divisão de poderes' e 'da autolimitação do Estado', como elementos fundamentais do Estado de Direito, é necessário reconhecer sua aplicabilidade dentro do processo penal”³⁸. Karl Gössel explica ainda que:

*A autosujeição do poder público à ordem normativa inclui um direito individual de "revisar todos os atos de autoridade". Isto também se aplica ao processo penal, de modo que a posição do sujeito dentro do procedimento só será considerada como definida no momento em que a validade dos direitos fundamentais reconhecidos a ele seja demonstrada durante o processo penal*³⁹.

Os três postulados do Estado de direito – divisão de poderes ou funções, limitação do poder estatal (neste caso poder punitivo) e reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana – devem ser observados no Processo Penal, desde a sua origem, com a persecução penal.

3. PERSECUÇÃO PENAL *LATO SENSU* E PERSECUÇÃO PENAL JURISDICCIONAL

Ocorrido um fato criminoso, nasce para o Estado a possibilidade deste, em nome do titular do poder – o povo⁴⁰ –, perseguir o seu responsável e apresentar as provas necessárias de autoria, materia-

38 GÖSSEL, Karl Heinz. El derecho procesal penal en el Estado de Derecho, 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 20. “Assentada la validez de los principios de la 'división de poderes' y de 'la autolimitación del Estado', como elementos fundamentales del Estado de Derecho, es necesario reconocerles su aplicabilidad dentro del procedimiento penal” – tradução do espanhol nossa.

39 Ibid., p. 28. “La autosujeción del poder público al orden normativo incluye un derecho individual de "revisión de todos los actos de autoridad". Esto naturalmente también es cierto respecto del procedimiento penal, por lo que la posición del sujeto dentro del procedimiento sólo se tendrá por definida en el momento en que la vigencia de los derechos fundamentales reconocidos a éste sea demostrada durante esse procedimiento penal” – tradução do espanhol nossa.

40 “O cidadão legitima o Estado a intervir em seu nome nas questões penais, ao lhe ter cedido o *quantum necessarium* da sua liberdade para que o Estado possa exercer o poder punitivo” – conforme VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Direito penal do inimigo e o terrorismo: o «progresso ao retrocesso», 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 55.

lidade e suas circunstâncias (evento delituoso⁴¹) para um julgamento justo e igualitário, a fim de restabelecer a paz jurídica e, ao mesmo tempo, atuar como ente reintegrador do autor do delito no seio social. A notícia da prática de um delito é o percutor da “máquina estatal de persecução penal”⁴², a qual se divide em persecução penal *lato sensu* e persecução penal jurisdicional. A persecução criminal inicia-se com a notícia do crime e termina com a sentença condenatória cumprida, sendo, em regra, a polícia o primeiro órgão do sistema criminal a tomar conhecimento. Antes de aprofundar acerca das duas espécies de persecução penal, cumpre discorrer um pouco sobre a instituição policial.

Até a Revolução Francesa, a polícia exercia a função de preservação da ordem pública e, ao mesmo tempo, a investigação dos delitos. José Zaccariotto, ao discorrer acerca do processo de modernização da instituição “polícia”, narra que “na nova França, nascido da vitoriosa revolução de 1789, o recém-fundado Estado de Direito exigia uma nova polícia”⁴³. E foi assim, segundo o autor, que “coube à Lei de 3 do Brumário do ano IV (25 de outubro de 1795) traçar a fisionomia dessa nova polícia, de plano bipartida”⁴⁴. Na sequência o doutrinador transcreve o teor dos artigos 19 e 20 do texto legal:

A polícia é administrativa ou judiciária. A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em cada lugar e em cada parte da administração geral. Ela tende principalmente a prevenir os delitos. A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não pode evitar que fossem cometidos, colige as provas e entrega os autores aos tribunais incumbidos pela lei de puni-los⁴⁵.

A divisão entre as polícias, prevista durante a Revolução Francesa, berço da primeira geração dos direitos fundamentais, traduzida no valor de “liberdade”, traz a ideia de especializar a atuação de órgãos

41 “(...) não se persegue o criminoso, persegue-se, sim o evento delituoso que é maior e mais complexo do que seu autor” – conforme BARBOSA, Adriano Mendes. Curso de investigação criminal, Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 102.

42 Veja-se, quanto a este assunto, BARBOSA, Adriano Mendes. Curso de investigação criminal, Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 158.

43 ZACCARIOTTO, José Pedro. A polícia judiciária no estado democrático, Sorocaba - SP: Brazilian Books, 2005, p. 33.

44 Ibid., mesma página.

45 Ibid., mesma página.

responsáveis, de um lado, pela manutenção da ordem pública e, de outro, pelo trabalho de investigação criminal.

Hodiernamente, aperfeiçoando os ditames de um Estado de direito, no qual, como estudado acima, preza-se pela divisão e, conseqüente, especialização de funções, a polícia se divide em: administrativa, de segurança e judiciária.

Acerca da necessidade da divisão das funções policiais em três espécies, Luigi Ferrajoli afirma que:

Na lógica do Estado de direito, as funções de polícia deveriam ser limitadas a apenas três atividades: a atividade investigativa, com respeito aos crimes e aos ilícitos administrativos, a atividade de prevenção de uns ou de outros, e aquelas executivas e auxiliares da jurisdição e da administração. Nenhuma destas atividades deveria comportar o exercício de poderes autônomos sobre as liberdades civis e sobre os outros direitos fundamentais. As diversas atribuições, por fim, deveriam estar destinadas a corpos de polícia separáveis entre eles e organizados de forma independente não apenas funcional, mas, também, hierárquica e administrativamente dos diversos poderes aos quais auxiliam⁴⁶.

A atividade na qual o autor italiano se refere à “de prevenção de uns ou de outros”, entendemos corresponder à “Polícia de Segurança”, responsável pelo patrulhamento das vias públicas, atuando de forma ostensiva com o objetivo de evitar que o crime ocorra; à atividade mencionada como “investigativa de crimes e ilícito administrativo”, sob nosso ponto de vista, é dividida em dois órgãos distintos, sendo, no que se refere às questões de “fiscalização e apuração de ilícitos administrativos” e “auxiliares da administração”, à “Polícia Administrativa”, e quanto à “apuração de fatos ilícitos penais” e “aquelas auxiliares da justiça”, à “Polícia Judiciária”.

Esse entendimento, a respeito da divisão tripartite das funções policiais, acompanha as lições de Manuel Valente, que ao discorrer sobre o sentido funcional das polícias as sintetiza “em três quadrantes de acordo com a natureza jurídica da actividade policial: de segurança, administrativa ou judiciária/criminal”⁴⁷.

46 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, 3. ed. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 617.

47 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 74.

Eliomar Pereira⁴⁸, ao discorrer sobre as palavras de Luigi Ferrajoli, entende que “segundo uma concepção garantista”, dentro de uma lógica do Estado de direito, “a separação dos poderes é uma constante axiológica que acompanha a evolução do Estado como garante dos direitos”. Acrescenta ainda que “a lógica a que se refere Luigi Ferrajoli decorre da ideia de separação de poderes, como instrumento de limitação do poder estatal em proteção a direitos fundamentais, com a sua aplicação estendida aos órgãos de que se utiliza o Estado para a realização de suas funções”⁴⁹. Conclui que “trata-se, portanto, de uma questão de garantia aos direitos fundamentais que as instituições estejam organizadas em partes distintas que não se ordenem como unidade de uma única atividade estatal”⁵⁰.

Desse modo, a Polícia Administrativa relaciona-se à fiscalização, investigação e sanções de ilícitos administrativos, exercendo o poder de polícia em face da propriedade nas mais diversas áreas, e.g., meio ambiente, saúde, trânsito, economia, vigilância privada, etc., e no controle de acesso ao país e documentos públicos, v.g., migratório e identidades, respectivamente. A Polícia de Segurança atua de forma ostensiva, realizando patrulhamento das vias públicas, controlando os presídios e atendendo as chamadas de urgência, a fim de preservar a ordem pública interna. José Afonso da Silva ensina que a “segurança pública” é a manutenção da ordem pública interna⁵¹. Por sua vez, a Polícia Judiciária procede com a apuração dos ilícitos penais, na busca da verdade possível⁵² quanto à autoria, materialidade e circunstâncias do evento delituoso, e auxilia o Poder Judiciário durante a fase judicial do processo⁵³.

48 PEREIRA, Eliomar da Silva. Introdução às ciências policiais: a polícia entre ciência e política, São Paulo: Almedina, 2015, p. 34.

49 PEREIRA, Eliomar da Silva. Introdução: investigação criminal, inquérito policial e polícia judiciária. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013, Curitiba: Juruá, 2013, p. 27.

50 Ibid., mesma página.

51 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 791.

52 “O conhecimento objetivo da realidade é impossível, dado que o conhecimento consiste apenas de impressões sensoriais” – conforme Hume citado por GUZMÁN, Nicolás. La verdad em el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica, 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 217. “(...) el conocimiento objetivo de la realidad es imposible dado que el conocimiento sólo consiste en impresiones sensoriales” – tradução do espanhol nossa.

53 Nessa linha José Geraldo da Silva entende que a Polícia Judiciária assume “o caráter de órgão judiciário auxiliar”. SILVA, José Geraldo da. O inquérito policial e a polícia judiciária, 4. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 35.

Para Manuel Valente, espera-se que a Polícia Judiciária “esteja preparada para conduzir uma tarefa que tem de colocar acima de tudo a dignidade da pessoa humana do(s) suspeitos(s) e a defesa dos seus direitos, liberdades e garantias, de forma que se evite a condenação de um inocente”⁵⁴, motivo pelo qual se torna inviável que o mesmo órgão que atenda ocorrências de rua, como a Polícia de Segurança, atue, com razoabilidade na defesa dos direitos e garantias do suspeito, como órgão responsável pela investigação, pois estará contaminada com os sentimentos oriundos do local do delito, como por exemplo, a influência do desespero da vítima, o nível de crueldade do(s) autor(es), o temor destes na comunidade local – fazendo com que as pessoas tenham medo de represálias em testemunhar –, etc. Adriano Barbosa instrui que “o Estado não pode extrapolar os limites legais e constitucionais por ocasião da sua ação repressiva em face de práticas delituosas”⁵⁵. Complementa afirmando que diante destas situações “o Estado não pode ser vingativo, nem leniente, há de ser legal e justo”⁵⁶.

O policial de segurança não é uma máquina e possui sentimentos humanos. Quando o policial investigador iniciar os trabalhos, após ser acionado e tiver deslocado-se até o local do fato delituoso, já não estará no “calor” dos acontecimentos, podendo atuar com maior racionalidade. A capacitação de cada órgão policial deve ser adequada para a função estatal que irá exercer, sendo que o “investigador deve ser um criminalista experiente, com preparação especializada, profunda”⁵⁷.

Retomando o tema da persecução penal, após o cometimento do delito, será a Polícia de Segurança, que já está em patrulhamento pelas vias públicas e, sendo responsável pelo atendimento às ocorrências de emergências, que realizará o primeiro atendimento e, conseqüentemente, na qualidade de órgão de Estado, inaugurará a perseguição do autor do delito, podendo, inclusive, detê-lo em flagrante e, aí sim, conduzi-lo até a Polícia Judiciária, órgão responsável pelo primeiro juízo jurídico (material e formal) dos fatos e pela continuidade da investigação crimi-

54 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 133.

55 BARBOSA, Adriano Mendes. Curso de investigação criminal, Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 29.

56 Ibid., mesma página.

57 SANTOS, Célio Jacinto dos. Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013, Curitiba: Juruá, 2013, p. 48.

nal, a qual com a estrutura organizativa dividida em funções visa o “equilíbrio entre segurança pública e direitos humanos”⁵⁸. Manuel Valente assevera que “a segurança não pode sobrepor-se ao valor justiça”⁵⁹. Por isso da afirmação de que “a Polícia Judiciária não exerce uma função típica de polícia, sendo sua atividade mais judiciária que policial”⁶⁰.

Entre o período da prática do delito até o cumprimento da pena temos a persecução penal *lato sensu*, pois já existe órgão estatal na perseguição do autor do fato ilícito criminal – a Polícia de Segurança.

Contudo, a partir do momento do início da materialização das provas pelo órgão competente pela investigação criminal – a Polícia Judiciária – nos deparamos com a persecução penal *stricto sensu* ou persecução penal jurisdicional, uma vez que nesta fase já há a valoração jurídica dos fatos, mesmo que pendente de decisão judicial definitiva, que ocorre apenas com o trânsito em julgado. Desta feita, a persecução penal *stricto sensu*, que se desenvolve até o término da execução da pena, está inserida dentro da persecução penal *lato sensu*.

A Polícia de Segurança, em que pese não praticar qualquer ato investigativo-cartorário, pois deve preocupar-se em vigiar a cidade e atender as ocorrências de emergência, uma vez que já se encontra nas vias públicas, compõe a persecução penal, tendo em vista ser o primeiro órgão do Estado a atuar na perseguição do autor do delito.

Diante de um ato delituoso, ocasião em que “instala-se um desequilíbrio no corpo social”⁶¹, “não resta outra opção ao Estado que não o emprego da sua última *ratio* que é o emprego de seu Sistema Criminal, através dos seus Corpos de Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário”⁶². Nesses “Corpos de Polícia” encontra-se a “Polícia de Segurança”.

58 *Ibid.*, p. 37.

59 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 230.

60 PEREIRA, Eliomar da Silva. Introdução às ciências policiais: a polícia entre ciência e política, São Paulo: Almedina, 2015, p. 69.

61 BARBOSA, Adriano Mendes. Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de estado. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013, Curitiba: Juruá, 2013, p. 69.

62 BARBOSA, Adriano Mendes. Curso de investigação criminal, Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 27.

A persecução penal jurisdicional (ou *stricto sensu*) inicia-se com os primeiros atos jurídicos valorativos da perseguição estatal ao autor do ilícito penal, i.e., com a atuação da Polícia Judiciária.

4. O PRINCÍPIO DA DIVISÃO DE FUNÇÕES ESTATAIS NA PERSECUÇÃO PENAL JURISDICIONAL

O principal objetivo do Estado de direito é a de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo às pessoas e aos cidadãos liberdade, igualdade perante a lei e segurança⁶³. Lecionando sobre princípios, José Afonso da Silva aduz que “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”⁶⁴.

Conforme analisado no capítulo 1 (*supra*) a divisão de funções estatais constitui um dos pilares do Estado de direito, cintilando em todo o sistema jurídico, em especial, na persecução penal, a qual, por natureza, propicia conflitos entre o poder e os direitos fundamentais da pessoa humana. Eliomar Pereira observa que “é com ações concretas da Administração pública, pelo uso de seu poder de polícia, em especial, que os direitos fundamentais entram em conflito mais evidente com o Estado”⁶⁵.

A desconcentração de funções em diversos órgãos vem ao encontro justamente da ideia nuclear do Estado de direito, da limitação do poder político, pois quanto mais órgãos estatais controlando uns aos outros, menor será a incidência de violação aos direitos fundamentais, mormente, na persecução penal jurisdicional, que se inicia com a investigação criminal.

Por essa razão o responsável pela condução da apuração da infração penal deve, necessariamente, ter graduação em ciências jurídicas, uma vez que nessa fase ocorre a primeira valoração técnica – de acordo com os preceitos jurídicos – acerca do fato delituoso. A averiguação do

63 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 231.

64 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93.

65 PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica*, São Paulo: Almedina, 2010, p. 302.

delito “é um fenômeno processual penal e exige, por conseguinte, uma condução jurídica”⁶⁶.

Adriano Barbosa⁶⁷ transcreve *in literis* a lição de Bismael B. Moraes e Francisco Camargo Lima:

(...) a Polícia Judiciária há de realizar suas investigações, para apuração das infrações penais, por intermédio de autoridade policiais, profissionais do Direito, uma vez que a atuação em nome do Estado, nesse campo, não pode prescindir dos sólidos conhecimentos da ciência jurídica, a fim de que não haja ameaça aos direitos fundamentais do cidadão assegurados na Constituição.

É na apuração da infração penal que será reunido o conjunto probatório que, posteriormente, se submeterá ao órgão julgador. Importante destacar, que o órgão acusador deve participar – respeitando os limites de cada função estatal – em todo o momento da persecução penal jurisdicional, diferentemente do órgão de defesa, o qual deve integrar ao sistema jurídico após a ciência da investigação por parte do suspeito ou quando este tiver algum direito fundamental restringido.

Eliomar Pereira ensina que “na investigação criminal, por essência, o sujeito investigado está oculto e pretende manter-se assim, sendo a finalidade da investigação identificá-lo, individualizando-o, para colocá-lo em condições de participar do processo dialético”⁶⁸. Em capítulo próprio, detalharemos sobre a função unilateral de cada órgão na persecução penal jurisdicional.

Note que a investigação criminal, que deve ter na sua condução órgão capacitado em ciências jurídicas, por ser um fenômeno processual penal, integra a persecução penal jurisdicional, i.e., o processo penal na sua primeira fase. Como escreve Karl Gössel, o “processo penal foi dividido em três fases da investigação, da acusação e da decisão do

66 BARBOSA, Adriano Mendes. Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de estado. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). *Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013*, Curitiba: Juruá, 2013, p. 77.

67 BARBOSA, Adriano Mendes. *Curso de investigação criminal*, Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 44.

68 PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica*, São Paulo: Almedina, 2010, p. 183.

tribunal”⁶⁹, devendo a defesa atuar em todas elas, uma vez que a “necessária ‘divisão do processo penal’ em várias fases, sob o controle de diferentes órgãos, corresponde a ideia básica da teoria da divisão de poderes”⁷⁰, um dos pilares do Estado de direito.

A jurisdição não se resume apenas à função judicial, é mais amplo. José Afonso da Silva ao citar Maurice Duverger, menciona que “a função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesses”⁷¹. Ora, a Polícia Judiciária, por exemplo, ao emitir o juízo sobre a prisão em flagrante, aplica o direito ao caso concreto e resolve, mesmo que provisoriamente, logo após o calor dos fatos, a contenda social de forma emergencial. A Polícia Judiciária “é das peças mais importantes e fundamentais da justiça penal”⁷².

Não se pode aceitar que apenas membros do Judiciário e do Ministério Público exerçam jurisdição penal pelo simples fato de assim estar previsto em eventual Constituição Federal, devendo-se observar todo o sistema jurídico, como os princípios, pois a atuação jurisdicional não pode ser direcionada para este ou aquele órgão, mas deve considerar a atividade jurídica desempenhada na aplicação do direito ao fato concreto.

Como já observado, no transcorrer da apuração do delito será realizado o primeiro juízo jurídico acerca do fato delituoso, podendo implicar na restrição de direitos fundamentais da pessoa, como a liberdade, mesmo que temporária, e.g., no caso da lavratura do procedimento de prisão flagrante, sujeita à ratificação de uma ordem judicial, a qual também não tem caráter definitivo, pois poderá sofrer alteração até o trânsito em julgado. Adriano Barbosa sustenta que “a investigação criminal promove a transição do factual para o jurídico”⁷³, razão

69 GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 26. “(...) el procedimiento penal fue desglosado em las tres fases de la averiguación, la acusación y la sentencia del tribunal” – tradução do espanhol nossa.

70 *Ibid.*, p. 36. “La necesaria ‘división del procedimiento penal’ en varias fases, bajo el dominio de órganos distintos, corresponde a la básica idea de la teoría de la división de poderes” – tradução do espanhol nossa.

71 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 110.

72 SILVA, José Geraldo da. *O inquérito policial e a polícia judiciária*, 4. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 38.

73 BARBOSA, Adriano Mendes. Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações

pela qual deve ser considerada a primeira fase do processo penal. Ela “é atividade estatal de natureza processual penal”⁷⁴.

Será durante a apuração da infração penal que o processo penal irá constituir o seu objeto – elementos de prova – e, conseqüentemente, clarificar os fatos até então encobertos pelo autor do delito, revelando a importância de uma investigação criminal bem elaborada.

Na linha de Eliomar Pereira, poder-se-á afirmar que o “processo penal se decide praticamente na fase de investigação”⁷⁵, que, por sua vez, sendo “eficaz e eficiente na descoberta e na recolha de indícios suficientes, (...) não só aumenta, sem margem de dúvidas, as possibilidades da responsabilização e punição desses agentes, mas também pode permitir a sua melhor reintegração e ressocialização”⁷⁶. Ou seja, considera-se que a “investigação criminal ocupa um papel fundamental na marcha do processo e no direito penal”⁷⁷, é “o motor de arranque e o alicerce do processo crime que irá decidir pela condenação ou pela absolvição”⁷⁸ em última análise. Ela “não visa exclusivamente confirmar a tese acusatória, muito pelo contrário: busca verificar a plausibilidade da imputação evitando processos desnecessários”⁷⁹.

Observe que a apuração criminal não reúne elementos de prova apenas para indicar o autor do delito, mas, sobretudo, para apontar que determinada pessoa não participou ou não foi o responsável pela

penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de estado. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). *Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013*, Curitiba: Juruá, 2013, p. 77.

74 PEREIRA, Eliomar da Silva. *Introdução: investigação criminal, inquérito policial e polícia judiciária*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). *Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013*, Curitiba: Juruá, 2013, p. 21.

75 PEREIRA, Eliomar da Silva. *Conclusão: investigação criminal, estado de direito e sistema processual penal*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). *Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013*, Curitiba: Juruá, 2013, p. 278.

76 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 133.

77 *Ibid.*, p. 456.

78 *Ibid.*, p. 133.

79 PERAZZONI, Franco. Art. 3º. O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da defensoria pública e do ministério público e os advogados. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). *Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013*, Curitiba: Juruá, 2013, p. 238.

infração penal, além de revelar todas as circunstâncias – agravantes e atenuantes – do fato delituoso.

A investigação criminal não é “apenas como subsídio para a acusação”⁸⁰, porque ela mesma “se presta, também, para buscar elementos que afastem a possibilidade da existência do crime e sua autoria. Tudo isso com lastro numa investigação isenta, imparcial a que tem direito todo cidadão”⁸¹. A apuração do fato delituoso “envolve interesse público, pois é a manifestação não apenas de um poder do Estado, mas também de um dever”⁸². Ou seja, “o destinatário da investigação criminal é o próprio povo, a sociedade como um todo”⁸³.

Novamente, valendo-se das lições de Adriano Barbosa, importante apontar, *ipsis literis* que:

*O Estado-Investigação transforma o fato bruto em fato típico e entrega ao Estado-Juiz e ao Estado-Acusação, e ao Investigado, por intermédio de sua Defesa Técnica, a matéria prima jurídica hábil a ser objeto de uma acusação, e de uma defesa, bem como apta a ser apreciada judicialmente seja em prol de uma condenação, seja em benefício de uma absolvição*⁸⁴.

Isso mostra a importância do detentor da investigação criminal possuir conhecimento técnico-jurídico, ou seja, bacharel em direito, além de destacar a relevância de o órgão investigador ser dotado da característica da imparcialidade, considerando que não investiga para essa ou aquela parte – acusação ou defesa –, mas sim para desnudar o fato delituoso, devendo obediência apenas à lei. Não é outro o escólio

80 PEREIRA, Eliomar da Silva. Introdução: investigação criminal, inquérito policial e polícia judiciária. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013, Curitiba: Juruá, 2013, p. 42.

81 BARBOSA, Adriano Mendes. Curso de investigação criminal, Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 183.

82 BUSNELLO, Priscila de Castro. Art. 2º, § 4º. O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013, Curitiba: Juruá, 2013, p. 169.

83 *Ibid.*, mesma página.

84 BARBOSA, Adriano Mendes. Curso de investigação criminal, Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 132.

de Eliomar Pereira, o qual atesta que “a autoridade de polícia judiciária está submetida à lei diretamente”⁸⁵.

Caso alguma das partes – ou ambas – proceda com a investigação criminal, pode resultar no que Tornaghi, citado por José Geraldo da Silva, chamou de “deturpação da verdade”⁸⁶. Aquele autor, ao criticar o formato do processo acusatório adotado na antiguidade, asseverou, *ipsis literis*:

*Deferindo exclusivamente às partes a tarefa de trazer para os autos a prova dos fatos e negando ao juiz todo poder inquisitivo, este sistema não possibilitava o conhecimento da verdade. Contentava-se com uma verdade ficta, com aquilo que as partes admitiam como verdade*⁸⁷.

As partes – acusação ou defesa – ao realizar a investigação criminal tendem a apresentar apenas as provas que lhes favoreçam, pois qualquer delas não deseja perder a razão no transcurso do processo, sendo que a Justiça não pode ficar a mercê de eventual atuação ética e proba dos litigantes, que nada mais são do que pessoas, as quais, enquanto seres humanos, “sofrem das mesmas fraquezas e fragilidades”⁸⁸.

Possibilitar às partes desempenharem a função investigativa criminal é retomar a era antes de Cristo. David Bayley ao discorrer sobre o desenvolvimento da polícia moderna afirma que “cabia aos indivíduos levar os malfeitores até os magistrados, normalmente com a ajuda de amigos e parentes”⁸⁹, complementando que “os magistrados decidiam a culpa do acusado e em seguida o devolviam a seus captores, para a aplicação de qualquer que fosse a punição permitida pela lei”⁹⁰.

A função de investigação criminal, pelo alto grau de interferência nos direitos e garantias fundamentais e em respeito ao Estado de

85 PEREIRA, Eliomar da Silva. Introdução: investigação criminal, inquérito policial e polícia judiciária. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). *Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013*, Curitiba: Juruá, 2013, p. 28.

86 SILVA, José Geraldo da. *O inquérito policial e a polícia judiciária*, 4. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 18.

87 *Ibid.*, p. 18-19.

88 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 109.

89 BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento: uma análise comparativa internacional*, 2. ed. Trad. René Alexandre Belmonte. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 37.

90 *Ibid.*, mesma página.

direito, deve ser exercida por um órgão imparcial, sem qualquer vínculo com as partes – acusação ou defesa. Essa imparcialidade deve estar inculcada na formação dos responsáveis pelo órgão de investigação criminal, eliminando qualquer possibilidade de busca de provas tendencial à parte acusatória. Henrique Hoffmann assegura que “a função investigativa formalizada pela Polícia Judiciária está longe de se resumir a um suporte da acusação, não possuindo um caráter unidirecional”⁹¹.

O “Princípio da Divisão de Funções”, em estudo, relaciona-se, umbilicalmente, com a necessária imparcialidade de alguns dos órgãos que exercem as funções estatais da persecução penal. Não são todos que apresentam essa característica, em decorrência da própria natureza das respectivas atividades que desempenham no processo penal.

Esse atributo, segundo a lição de Nicolas Guzmán ao comentar a respeito da imparcialidade do membro do órgão julgador, possui duas particularidades de suma importância para o caso concreto: “a objetividade e a neutralidade”. Ao lecionar sobre elas, o autor afirma que:

*Enquanto a primeira constitui unicamente uma ideia reguladora, (...), que se refere à ausência de influência de qualquer tipo nos processos de conhecimento e de decisão, a segunda se refere a uma posição no processo que implica a impossibilidade de desenvolver um interesse concreto nele, seja material (como é o interesse da defesa) ou formal (como é o da acusação)*⁹².

A peculiaridade da “objetividade” está ligada a ausência de influência do investigador para com o objeto da investigação, ou seja, “se deve investigar o crime como um observador extrínseco ao fenômeno social, sem se deixar levar pelas suas circunstâncias e contornos fáticos”⁹³.

91 HOFFMANN, Henrique. Polícia judiciária e garantia de direitos fundamentais. In: HOFFMANN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano et al (coords), *Investigação criminal pela polícia judiciária*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 3.

92 GUZMÁN, Nicolas. La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica, 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 191. “Mientras que la primera constituye únicamente una idea regulativa, (...), que hace referencia a la ausencia de influencias de cualquier tipo en los procesos de conocimiento y de decisión, la segunda hace referencia a una posición en el proceso que conlleva la imposibilidad de desarrollar un interés concreto en él, ya se material (como es el interés de la defensa) o formal (como es el de la fiscalía) – tradução do espanhol nossa.

93 DEZAN, Sandro Lucio. Art. 2º, § 3º (vetado). O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lucio, *Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013*, Curitiba: Juruá, 2013, p. 132.

Já a “neutralidade” se relaciona com a característica subjetiva do investigador, i.e., “intrínseco, portanto, que infere o dever de o investigador não se comprometer com o fim de tendenciar a uma ou a outra conclusão como resultado de suas apurações, ou a uma ou a outra provável parte processual”⁹⁴. Os órgãos de defesa e de acusação, em razão de ocuparem os polos da demanda processual penal, não possuem a “neutralidade” funcional, pois se inclinam para “livrar” ou “condenar” o imputado pela prática delituosa.

Por corolário, defesa e acusação são parciais, ou seja, partes na lide criminal, e, portanto, não podem acumular as funções de julgar e, tão pouco, de investigar. Nicolas Guzmán entende que “a parcialidade (no processo concreto) designa, em termos gerais, a ausência de neutralidade e objetividade e, portanto, o favorecimento dos interesses de uma das partes”⁹⁵.

Caso ambas procedam à apuração do delito, a Justiça ficará susceptível a deturpação da verdade, conforme analisado acima, e na hipótese de investigação penal unilateral por qualquer um desses órgãos, os princípios da igualdade e da paridade de armas serão feridos, assim como os postulados do Estado de direito.

Nicolas Guzmán afirma, ainda, que “a acusação, por não ter a característica da neutralidade funcional, nunca pode ser imparcial, por mais objetiva que seja – ou, pretenda ser – no cumprimento de suas funções”⁹⁶. O mesmo se aplica para o órgão de defesa.

Citando Manuel Valente, negar uma investigação imparcial ao infrator da lei penal “é negar não só o Direito penal garantista e humanista ou do cidadão, como também o Direito como assunção do dever ser na realização do *ser*”⁹⁷.

94 Ibid., mesma página.

95 GUZMÁN, Nicolas. La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica, 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 225. “Parcialidad (en el proceso concreto) designa, en términos generales, la ausencia de neutralidad y de objetividad y, por lo tanto, el favorecimiento de los intereses de una de las partes.” – tradução do espanhol nossa.

96 GUZMÁN, Nicolas. La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica, 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 192. “(...) la acusación, al no poseer el rasgo de la neutralidad funcional, nunca puede ser imparcial, por más objetivo que sea – o pretenda ser – em el cumplimiento de sus funciones” – tradução do espanhol nossa.

97 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Direito penal do inimigo e o terrorismo: o «progreso ao retrocesso», 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 69.

Para que o órgão seja imparcial, necessita-se de independência funcional, hierárquica, financeira e administrativa, sob pena de ingerências que inviabilizem a função destinada pelo Estado, devendo obediência, assim como os demais órgãos estatais, a todo ordenamento jurídico, sujeito ao devido controle e às eventuais sanções previamente estabelecidas em lei.

Luigi Ferrajoli ensina:

Em particular, a polícia judiciária, destinada, à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender⁹⁸.

Órgão independente não significa órgão ilimitado, mas sim imparcial. Ao apresentar a ideia de Luis M. Garcia, Nicolas Guzmán expõe que “embora independência e imparcialidade se refiram a duas coisas distintas, existe, entre ambas, um ‘contexto funcional’, na qual a primeira é pressuposto da segunda”⁹⁹.

A divisão de funções “entre diferentes órgãos do mesmo Estado não coloca os diversos poderes numa relação de independência absoluta entre eles, mas sim numa relação de coordenação juridicamente regulada”¹⁰⁰, ou seja, são independentes, mas é a lei que determina os limites de atuação e a cooperação destes entes estatais.

Marcelo Caetano ao distinguir órgãos hierarquizados e órgãos independentes, alega: “chamam-se independentes os órgãos que manifestam a vontade funcional sem deverem obediência a ordens ou instruções de outros órgãos, regulando a sua conduta exclusivamente pelo interesse público ou pelos preceitos das leis”¹⁰¹.

98 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, 3. ed. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 617.

99 GUZMÁN, Nicolas. La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica, 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 196. “(...) si bien independencia e imparcialidad refieren a dos cosas distintas, existe, entre ambas, un ‘contexto funcional’, en el cual la primera es presupuesto de la segunda” – tradução do espanhol nossa.

100 ZIPPELIUS, Reinhold. Teoriageral do estado, 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 410.

101 CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 185.

A independência funcional do órgão investigador é essencial a fim de se preservar a ideia de desconcentração de funções sob o domínio de mais de um órgão no transcorrer da persecução penal, evitando ingerências das partes – órgãos de acusação e defesa, os quais, conforme analisado acima, podem deturpar a verdade –, e a contaminação do órgão julgador e, ao mesmo tempo, possibilitando a busca da verdade real factualmente possível¹⁰².

Prossegue o doutrinador: “chamam-se órgãos hierarquizados ou subordinados aqueles que estão sujeitos ao dever de acatar, na manifestação da vontade funcional, as ordens e instruções dadas por outros órgãos, que assim se afirmam seus superiores”¹⁰³.

O órgão investigador deve submeter-se apenas à lei¹⁰⁴, e não a outro órgão estatal, seja no âmbito das suas funções (independência funcional), como nas demandas administrativas (independência hierárquica, financeira e administrativa). Manuel Valente sustenta que “a cada função orgânica cabe um órgão próprio, independente, imparcial, isento e limitado pela lei”¹⁰⁵. Cumpre afirmar que essa limitação não se opera somente pela lei, mas também pelos próprios órgãos estatais e pela própria sociedade.

O ente responsável pela investigação criminal, bem como todo órgão estatal, deve possuir instrumentos de limitação de poder, o qual tem como titular o povo. Desse modo, nada melhor do que um ente, formado democraticamente entre membros dos órgãos da persecução penal jurisdicional – investigação, acusação, defesa e julgamento – com a participação da comunidade para desempenhar essa função fiscalizadora sobre o órgão de investigação criminal, o qual deve ser supervisionado por um Conselho Nacional¹⁰⁶.

102 Não se busca uma “verdade ficta ou parcial”, na qual são apresentadas provas apenas para satisfazer uma das partes ou o interesse público, mas sim, uma “verdade real” que, em razão da própria natureza, não se chega a todos os elementos factuais ocorridos, mas sim possíveis, que buscam a aplicação da Justiça.

103 CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 185.

104 Não significa dizer que o órgão investigador tomará decisões que estão sujeitas exclusivamente ao Poder Judiciário, mas sim, decisões permitidas pela lei. Ressalta-se que o órgão investigador deve obedecer à ordem judicial, em decorrência da própria previsão legal – assim como os órgãos de acusação e defesa. A obediência não é em relação a outro órgão (no caso ao Poder Judiciário), mas sim à lei.

105 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Processo penal, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 89.

106 Tema que, pela importância e relevância, deve ser tratado em estudo próprio.

Quanto mais entes atuando na fiscalização do órgão investigador, mais próximo estaremos de um Estado democrático, o qual está intimamente ligado à ideia da separação de funções, pois o poder diluído é próprio à democracia¹⁰⁷.

A democracia, como “um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”¹⁰⁸, possui dois importantes valores: igualdade e liberdade¹⁰⁹.

José Afonso da Silva certifica que “a igualdade é o valor fundante da democracia”¹¹⁰. O atentado à igualdade “conduz a violação de uma norma”¹¹¹ e, conseqüentemente, ao Estado democrático de direito. A democracia em uma sociedade é caracterizada pela exclusão das desigualdades¹¹², e o seu objetivo “é a liberação do indivíduo das coações autoritárias”¹¹³.

Nesse viés – valor da igualdade – destaca-se a importância da democracia na persecução penal jurisdicional, posto que “é no quadro criminal que o *princípio democrático* ganha maior relevância”¹¹⁴, o qual, tendo em seu bojo a separação de funções e a igualdade, constitui como um dos fundamentos do princípio da paridade de armas.

Mais uma vez nos valem das lições de Nicolas Guzmán, para o qual “a separação de funções e o contraditório não só garantem a imparcialidade”, mas “com estes princípios se garante também a *paridade de armas* que reclama o princípio da igualdade e o correto exercício do direito de defesa no âmbito de um processo acusatório”¹¹⁵.

107 FERRAJOLI, Luigi. Poderes selvagens: a crise da democracia italiana, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118.

108 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 128.

109 Ibid., p. 134.

110 Ibid., mesma página.

111 PEREIRA, Eliomar da Silva. Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica, São Paulo: Almedina, 2010, p. 305.

112 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 136.

113 Ibid., mesma página.

114 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 282.

115 GUZMÁN, Nicolas. La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología

Franco Perazzoni, embasado nos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, afirma que “acusatório não é apenas o sistema processual que concebe o juiz como um sujeito distinto das partes, mas, principalmente aquele que garante, efetivamente, uma contenda entre iguais, restando, sobretudo, a figura do juiz como um moderador imparcial”¹¹⁶.

Mais do que isso, o sistema acusatório necessita de uma investigação realizada por órgão que não tenha interesse na causa – que não seja parte –, justamente para não haver concentração de funções de investigar, acusar e/ou defender, próprio de um poder totalitário. O sistema processual inquisitivo é antagônico ao acusatório. Aquele corresponde a “uma teoria que confere ao Estado um ‘poder absoluto’”¹¹⁷.

O princípio da paridade de armas preza pela igualdade entre as partes processuais, sendo que cada qual deve ter os mesmos meios para exercer suas funções estatais essenciais à justiça – acusar e defender – sendo que, caso uma das partes tenha prevalência sobre a outra a balança da justiça penderá para um dos lados, concedendo mais poderes e, conseqüentemente, maior vantagem durante a persecução criminal jurisdicional. Nicolas Guzmán entende que:

*Em um Estado de Direito o cidadão não deve ser considerado igual apenas perante a lei ‘substantiva’ (...), mas também ser considerado igual perante a lei ‘processual’, que implica ter as mesmas armas para formar – com as mesmas possibilidades – o convencimento do juiz*¹¹⁸.

jurídica, 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 193. “La separación de funciones y el contradictorio no sólo garantizan la imparcialidad. Con dichos principios se garantiza también la paridad de armas que reclaman el principio de igualdad y el correcto ejercicio del derecho de defensa en el marco de un proceso acusatorio” – tradução do espanhol nossa.

116 PERAZZONI, Franco. Art. 3º. O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da defensoria pública e do ministério público e os advogados. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013, Curitiba: Juruá, 2013, p. 235.

117 GÖSSEL, Karl Heinz. El derecho procesal penal en el Estado de Derecho, 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 36. “(...) una teoría que concede al Estado un ‘poder absoluto’” – tradução do espanhol nossa.

118 GUZMÁN, Nicolas. La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica, 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 174. “En un Estado de derecho no debe considerarse al ciudadano igual sólo ante la ley ‘sustantiva’ (...), sino también igual ante la ley ‘procesal’, lo cual implica contar con las mismas armas para formar - con las mismas posibilidades - el convencimiento del juzgador” – tradução do espanhol nossa.

A investigação criminal sob a presidência de qualquer das partes – acusação ou defesa – gera uma desvantagem no transcurso do processo penal, pois poderá reunir elementos tendenciosos para satisfazer o respectivo argumento, impossibilitando a outra parte de ter ciência de todos os elementos do fato criminoso investigado, prejudicando suas premissas e, conseqüentemente, interferindo no convencimento do órgão julgador.

Tal fato se evidencia quando estudamos os sistemas de investigação criminal: do juizado de instrução, do promotor-investigador e do inquérito policial. De forma sucinta, tendo em vista não ser o objetivo do presente trabalho, realizaremos agora breves considerações de cada sistema.

No primeiro – juizado de instrução –, temos a condução da investigação criminal por um membro do órgão julgador. Quando o órgão julgador investiga um fato delituoso, emitindo qualquer juízo sobre os direitos fundamentais da pessoa suspeita, automaticamente contamina a sua “neutralidade funcional” e, conseqüentemente, a sua imparcialidade. Nessa toada, “a direção da investigação pelo juiz afeta sua imparcialidade para julgar (...), pois perde sua neutralidade e sua objetividade”¹¹⁹.

O sistema do promotor-investigador, como o próprio nome sugere, será um promotor de justiça, ou seja, um servidor do órgão acusador, que presidirá a investigação sobre o fato delituoso. Conforme avaliado anteriormente, torna-se impossível uma “parte” no processo penal ser imparcial, uma vez que atuará tendencialmente a um dos polos da relação jurídica – acusação ou defesa – restando claro que “o ato processual da ‘acusação’ deve ser separado das ações da ‘investigação’”¹²⁰.

Por último e respeitando os postulados de um Estado democrático de direito – separação de funções, maior controle estatal,

119 GUZMÁN, Nicolas, *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*, 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 214-215. “La dirección de la investigación por parte del juez afecta su imparcialidad para juzgar (...) pues perdería su neutralidad y su objetividad” – tradução do espanhol nossa.

120 GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 39. “El acto procesal de la ‘acusación’ debe ser separado de las actuaciones de la ‘investigación’” – tradução do espanhol nossa.

imparcialidade, igualdade, paridade de armas, princípio acusatório e respeito aos direitos e garantias fundamentais¹²¹ –, o sistema do inquérito policial ou sistema inglês tem um órgão de investigação próprio para exercer a função estatal da investigação criminal de forma imparcial e independente, encontrando limites na lei e no controle estatal democrático. E ser “imparcial é primar pelo princípio da paridade de armas e da igualdade das futuras partes processuais”¹²². A Polícia Judiciária “é o braço direito da justiça e do processo acusatório”¹²³.

Em síntese, o ponto divergente dos sistemas investigatórios gira em torno do órgão de Estado – o qual é dirigido por pessoas¹²⁴ – responsável pela condução da investigação criminal.

A divisão de funções estatais deve constituir “especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem”¹²⁵, pois “se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes”¹²⁶.

Guilherme de Souza Nucci lembra que “o sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa”¹²⁷. Por esse ângu-

121 Mencionado anteriormente de forma breve e detalhado mais adiante.

122 DEZAN, Sandro Lucio. Art. 2º, § 3º (vetado). O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade. In: PEREIRA, ELIOMAR DA SILVA; DEZAN, Sandro Lucio, *Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013*, Curitiba: Juruá, 2013, p. 132.

123 SILVA, José Geraldo da. *O inquérito policial e a polícia judiciária*, 4. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 26.

124 “O Estado (...) manifesta-se por seus órgãos que não exprimem senão vontade humana” – Conforme SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 109.

125 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45. Nesse sentido, Eliomar da Silva Pereira afirma que “uma atividade estatal não tem natureza processual em virtude de quem a conduz, mas pela estrutura com que se organiza e pela função que cumpre no conjunto do sistema jurídico”. PEREIRA, Eliomar da Silva. *Introdução: investigação criminal, inquérito policial e polícia judiciária*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). *Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013*, Curitiba: Juruá, 2013, p. 25.

126 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 110.

127 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 52.

lo, Adriano Barbosa, ao citar Célio Jacinto dos Santos, assevera que “contraria a lógica uma parte investigar, acusar e defender posições do acusado”¹²⁸. Podemos incluir nessa contrariedade fática a função de “julgar”. É humanamente impossível um órgão conseguir separar a “neutralidade funcional”, além de dificultar o controle dos atos estatais, em razão da concentração de poderes.

No Estado democrático de direito “as diferentes etapas do processo penal estão sob o domínio de diferentes órgãos, que se controlam mutuamente orientados pelo direito e pela justiça, que servem como parâmetros para o poder público e para o poder punitivo penal”¹²⁹.

A separação das atribuições do Estado na persecução penal jurisdicional reflete na concretude dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Marcelo Caetano assinala que “a separação e a divisão dos poderes foram concebidas como fórmulas práticas de obter a limitação efectiva do Poder político e a garantia dos direitos individuais”¹³⁰, i.e., “fórmula prática de desconcentrar a autoridade, repartindo-a por vários órgãos de maneira a acautelar e proteger a liberdade individual contra o arbítrio de um governante onnipotente”¹³¹. Reinhold Zippelius aponta que “a liberdade só é garantida sob um governo moderado, portanto, apenas quando se assegura que não haja abuso de poder”¹³².

O princípio da separação de poderes, considerado como “garantia das garantias constitucionais”¹³³, possui importante relevância na materialização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

128 BARBOSA, Adriano Mendes. Curso de investigação criminal, Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 64.

129 GÖSSEL, Karl Heinz. El derecho procesal penal en el Estado de Derecho, 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 26. “Las diferentes etapas del procedimiento penal se encuentran bajo la rectoría de distintos órganos, que se controlan entre sí orientados por el derecho y la justicia, que sirven de parámetros al poder público y al poder punitivo penal” – tradução do espanhol nossa.

130 CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 320.

131 Ibid., p. 200.

132 ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do estado, 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 408.

133 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 433.

5. O PRINCÍPIO DA DIVISÃO DE FUNÇÕES ESTATAIS NA PERSECUÇÃO PENAL JURISDICIONAL E SEU REFLEXO NOS DIREITOS, GARANTIAS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

O ser humano é dotado de direitos fundamentais antes mesmo de ser gerado, sendo estes provenientes da própria natureza humana: são os direitos fundamentais naturais, os quais “o Estado não os confere: reconhece-os”¹³⁴, e “a sociedade não os cria: declara-os”¹³⁵. O principal deles é a sua própria existência – a vida –, seguido da razão de existir – a liberdade.

Políticas públicas sociais, além de visar o resguardo de outros direitos fundamentais, tem por principal objetivo a satisfação do direito à vida. O direito à liberdade está relacionado com a limitação do poder estatal, uma vez que é o Estado, ou seja, a sociedade, a qual cede parcela de seus direitos para a constituição daquele, que tem o poder de restringir referido direito fundamental. Manuel Valente instrui no sentido de que “o cidadão legitima o Estado a intervir em seu nome nas questões penais, ao lhe ter cedido o *quantum necessarium* da sua liberdade para que o Estado possa exercer o poder punitivo”¹³⁶.

A liberdade pode ser concebida como direito natural, valor, ideal ou princípio¹³⁷, que “só se concretiza quando a justiça, como ‘in-substancial que de nada depende mas do qual, no mundo jurídico, tudo depende’, se enraíza em princípios como os da igualdade e da imparcialidade”. Pode ser vista sob dois aspectos: “liberdade como atributo da pessoa”¹³⁸ e “liberdade como instrumento de defesa ou de garantia”¹³⁹.

134 CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 311.

135 Ibid., p. 311.

136 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Direito penal do inimigo e o terrorismo: o «progresso ao retrocesso», 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 55.

137 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 304.

138 CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 308.

139 CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 308.

O primeiro está ligado com a faculdade que a pessoa possui em dispor de suas faculdades e de seus bens – liberdade essencial. Na segunda feição, a liberdade é analisada como um mecanismo de proteção do uso e gozo dessas faculdades e bens – liberdade instrumental¹⁴⁰.

Neste segundo aspecto a persecução penal jurisdicional adquire maior interesse, com ênfase, principalmente, na função investigativa, pois esta “tem repercussão na esfera de direito do cidadão”¹⁴¹, em particular, na liberdade, na integridade física e psicológica, no patrimônio, na intimidade e na imagem. Destarte, “é no processo penal que o princípio da liberdade ganha maior relevo e no qual a polícia em sentido judiciário ganha dimensão activa”¹⁴².

O órgão de investigação deve respeitar a liberdade do investigado em todas as suas facetas e tratá-lo como sujeito de direitos e não como objeto da apuração criminal. Essa é a lição de Manuel Valente, o qual atesta que “o suspeito (arguido) nunca deve ser tratado como um objecto, (...) mas sim tem de ser visto como um sujeito processual”¹⁴³.

Durante a investigação não se pode justificar a infringência de direitos e liberdades fundamentais em prol do reestabelecimento da segurança ou justiça social. O jurista português, ao discorrer sobre “direito penal do inimigo e o terrorismo”, explica que:

As tarefas fundamentais segurança, justiça e bem-estar do Estado isolado e compreendido no seio de uma comunidade internacional não podem fundamentar o recurso ou a previsão de uma restrição total e absoluta dos direitos fundamentais do Homem: niilificando e coisificando o ser humano. Não se pode converter o ser humano em coisa ou em não-pessoa¹⁴⁴ – destaque no original.

Deve haver uma ponderação entre os direitos fundamentais da sociedade e do indivíduo isoladamente considerado, de modo que

140 Ibid., mesma página.

141 BARBOSA, Adriano Mendes. Curso de investigação criminal, Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 131.

142 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 306.

143 Ibid., p. 288.

144 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Direito penal do inimigo e o terrorismo: o «progresso ao retrocesso», 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 69.

nem a segurança seja subestimada, nem os direitos fundamentais sejam sacrificados sem qualquer limite¹⁴⁵ durante a apuração do fato delituoso. José Afonso da Silva adverte que “a liberdade e a investigação criminal emparelham-se em uma mesma finalidade: *que não se condene um inocente*”¹⁴⁶.

Devemos lembrar que “a grande parte das restrições a direitos fundamentais no processo penal ocorre exatamente durante o inquérito policial”¹⁴⁷ (fase investigatória), como nos casos das prisões cautelares, ocasião em que o sujeito tem o direito à liberdade restringido; da apreensão e do sequestro de bens, que atinge o patrimônio do ser humano; da busca e apreensão pessoal e domiciliar, assim como das interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas, e ainda, das quebras de sigilo telefônico, bancário e fiscal, medidas estas que afetam o direito à intimidade, entre outras ações realizadas no curso da investigação criminal.

Nesse sentido, caso não tenha a necessária divisão de funções estatais na persecução penal jurisdicional, em que exista um órgão imparcial de investigação que busque colher elementos de prova tanto de acusação como de defesa e, sobretudo, exponha todos estes, quando a lei assim exigir, ao órgão judicial – responsável pelo controle final das restrições dos direitos fundamentais da pessoa humana –, o investigado poderá ter algum desses direitos vilipendiados. Manuel Valente, dissertando sobre a Polícia Judiciária, sacramenta que “a função dos OPC é, sem dúvida, importantíssima no desenrolar do processo, digamos crucial na defesa dos direitos e liberdades do cidadão”¹⁴⁸.

O princípio da separação de poderes, origem do princípio da divisão de funções estatais da persecução penal jurisdicional, sempre foi rodeado “do respeito e do prestígio que gozam as garantias consti-

145 Ibid., p. 70.

146 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 451.

147 PEREIRA, Eliomar da Silva. Introdução: investigação criminal, inquérito policial e polícia judiciária. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro (coords). Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013, Curitiba: Juruá, 2013, p. 23.

148 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 282.

tucionais da liberdade”¹⁴⁹, sendo àquele essencial à tangibilidade desta. Se valendo mais uma vez do escólio de Manuel Valente destaca-se que:

A investigação criminal, baseada no respeito da dignidade da pessoa humana, deve ser entendida como um pilar fundamental não só para o aprofundamento dos valores da solidariedade e da democracia, mas também para o exercício do valor supremo da justiça: a liberdade¹⁵⁰ – destaque no original.

Logo após a revolução francesa já se dava ênfase na relevância da especialização das funções estatais no que tange à liberdade. Paulo Bonavides, em sua obra, transcreveu o artigo 19 da Constituição Francesa de 1848: “A separação de poderes é a primeira condição de um governo livre”¹⁵¹. Manuel Valente afirma que “é na liberdade que reside a essência do ser como ser humano e a medula da dignidade da pessoa humana”¹⁵². A história demonstra a importância de cada órgão exercer o seu papel em um Estado democrático de direito.

Partindo da premissa que a separação de funções estatais e a concretude dos direitos, garantias e liberdades individuais constituem pilares do Estado democrático de direito, que prima pela igualdade entre as partes processuais e imparcialidade dos demais atores da persecução penal jurisdicional, cumpre destacar o papel fundamental de cada um dos órgãos e instituições neste processo da construção da justiça.

6. A ATUAÇÃO FUNCIONAL UNILATERAL DOS ÓRGÃOS ESTATAIS NAS FUNÇÕES DA PERSECUÇÃO PENAL JURISDICIONAL

Ao Estado cabe “desenvolver certas actividades úteis, de modo sucessivo e por tempo indefinido, para corresponder aos seus fins, actividades a que se chama funções”¹⁵³. O Estado se manifesta por seus

149 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 567.

150 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 456.

151 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 568.

152 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Direito penal do inimigo e o terrorismo: o «progresso ao retrocesso», 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 102.

153 CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 6. ed. Coimbra:

órgãos¹⁵⁴, os quais, fundando-se como elementos integrantes da pessoa coletiva, estruturam-se “segundo uma diferenciação de funções na qual se distinguem abstractamente as missões ou tarefas a desempenhar pelos indivíduos e se repartem concomitantemente os poderes e deveres que pertencem a cada uma dessas tarefas”¹⁵⁵.

A distinção das várias “funções do Estado, atribuindo-as a órgãos diversos”¹⁵⁶, é uma estratégia que deve “ser entendida como mais um dos instrumentos de dispersão do poder, no sentido de evitar que a sua concentração compactue com a sua absolutização”¹⁵⁷, própria das primeiras formas de Estado. Vale lembrar que, surgido na era moderna, “o Estado de Direito teve sua base ideológica principal formada à sombra dos combates que a liberdade feriu contra o absolutismo”¹⁵⁸.

A atuação de cada órgão em apenas uma função estatal da persecução penal jurisdicional, além de visar à desconcentração de poderes e, portanto, a não absolutização, garante a especialização da tarefa a desempenhar, formando uma clara regra de distribuição de competências. Propicia, ainda, maior contenção dos atos estatais violadores dos direitos fundamentais, havendo um controle mútuo entre as instituições do Estado – freios e contrapesos –, ou seja, “através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controle recíproco do poder (*checks and balances*) e uma *organização jurídica de limites* dos órgãos do poder”¹⁵⁹.

Desse modo, deve haver uma instituição pública para cada função estatal da persecução penal jurisdicional – investigar, acusar,

Almedina, 2010, p. 148.

154 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 109.

155 CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 179.

156 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de, Ciência Política & Teoria do Estado, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 189.

157 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de, Ciência Política & Teoria do Estado, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 189.

158 BONAVIDES, Paulo. Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

159 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 251.

defender e julgar – a fim de garantir um “processo equitativo”¹⁶⁰ na consolidação da justiça. Como escreve Manuel Valente, a “cada órgão do Estado deve pertencer uma função distinta, devendo interligar-se de forma independente e autónoma”¹⁶¹, lembrando que “a estrutura e o procedimento dos diversos órgãos estatais são conformados de acordo com as tarefas a desempenhar precisamente por eles”¹⁶².

O ente público responsável pela investigação criminal deve atentar-se, única e exclusivamente, para envidar esforços no sentido de proceder à sua função determinada pelo Estado, i.e., apurar o fato delituoso com todas as suas nuances, descobrindo o(s) seu(s) responsável(is) e clarificando as respectivas circunstâncias, de forma imparcial e sem tendências para qualquer das partes – acusação e defesa. A investigação criminal, caracterizada como “trave mestra da liberdade”¹⁶³, que busca a verdade possível, colhendo provas acusatórias e defensivas, “é condição inalienável de um Estado subordinado ao direito e aos ditames da democracia”¹⁶⁴.

Caso tenha a concentração de qualquer das funções da persecução penal jurisdicional, expostas acima, em uma instituição pública, inexistindo um órgão – equidistante das partes e do órgão julgador – específico para proceder a uma investigação criminal imparcial, com todas as prerrogativas necessárias para a realização do seu trabalho, a sociedade terá todas as razões para suspeitar da aplicação da justiça pelo Estado.

Resta evidente, desse modo, que o órgão julgador deve dedicar-se a fiscalizar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana a todo o momento e, ao fim do processo, proceder a um julgamento justo, sem realizar qualquer ato investigatório, pois se assim o fizer não desempenhará as suas funções com isenção e imparcialidade. Acerca dessa impossibilidade do órgão julgador proceder à investigação criminal, Nicolas Guzmán assevera:

160 Ibid., p. 274.

161 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 94.

162 ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*, 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 411.

163 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 455.

164 Ibid., p. 465.

Creio que a separação entre investigador e juiz é necessária em todas as instâncias do processo e não apenas na etapa do julgamento oral. De fato, é geralmente na fase preliminar que normalmente são realizadas as medidas coercitivas que atingem as garantias constitucionais básicas, tais como prisão preventiva, requisição, sequestro, busca domiciliar, intervenções telefônicas, etc. Parece aconselhável que essas medidas sejam emitidas por um juiz fora da atividade investigativa e, portanto, não comprometido com o resultado da investigação¹⁶⁵.

A presidência da investigação criminal pelo juiz remete à concentração de poderes e, conseqüentemente, ao sistema inquisitivo, próprio de um Estado absolutista. O mesmo ocorre na hipótese da apuração do fato delituoso ser conduzida pelo órgão de acusação, justamente por continuar a existir o acúmulo de funções da persecução penal jurisdicional.

A acusação, enquanto ato processual, “deve ser separado das ações de ‘investigação’¹⁶⁶, a fim de respeitar os postulados do Estado democrático de direito. O sistema processual penal que dispõe de um órgão de acusação que emite juízo de valor para inaugurar o processo judicial não pode investigar o fato delituoso, pois carece da objetividade e neutralidade funcional.

Se o juiz ou o promotor realizar a investigação criminal, quando chegar a hora de avaliar os resultados de suas próprias investigações – que de certo modo é o resultado de suas próprias opiniões, valores, etc. –, não poderá fazer isso com a maior objetividade desejável¹⁶⁷, uma vez “que quem realiza uma investigação ou interpretação qualquer de

165 GUZMÁN, Nicolas. La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica, 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 197. “Creo que la separación entre investigador y juez es necesaria en todas las instancias del proceso y no sólo en la etapa del juicio oral. De hecho, es generalmente en la fase preliminar en la que suelen dictarse las medidas coercitivas que menoscaban garantías constitucionales básicas, como la prisión preventiva, la requisa, el secuestro, el allanamiento de morada, las intervenciones telefónicas, etc. Parece conveniente que estas medidas sean dictadas por un juez ajeno a la actividad investigativa y, por ende, no comprometido con el resultado de la pesquisa” – tradução do espanhol nossa.

166 GÖSSEL, Karl Heinz. El derecho procesal penal en el Estado de Derecho, 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 39. “(...) el acto procesal de la ‘acusación’ debe ser separado de las actuaciones de la ‘investigación’” – tradução do espanhol nossa.

167 GUZMÁN, Nicolas. La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica, 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 220.

determinados fatos, parte de certos valores, opiniões e preconceitos que condicionam logo o sentido dos resultados”¹⁶⁸.

Não pode existir superioridade de um órgão a outro que tenha funções diferentes. Há uma continuidade funcional dos trabalhos durante a persecução penal jurisdicional, mas não relação de hierarquia, sob pena de concentração de funções e, conseqüentemente, de poderes.

José Canotilho assevera que “a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro”¹⁶⁹. Os órgãos devem trabalhar em harmonia, “que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco”¹⁷⁰. José Afonso da Silva recorda, ainda, que a desarmonia “se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro”¹⁷¹. Os órgãos do Estado devem se abalizar nas funções estatais para que foram gerados¹⁷².

A separação de funções (divisão de poderes), constituindo um dos postulados do Estado Democrático de Direito, promove garantias processuais penais, e.g., paridade de armas, o que “não significa impunidade e muito menos pode significar garantia de que pode ou está legitimado a delinquir”¹⁷³, não devendo os direitos, garantias e liberdades individuais sucumbir às teorias eficientistas em prol da segurança pública e realização da justiça social.

168 Ibid., p. 217. “(...) quien realiza una investigación o interpretación cualquiera de determinados hechos, parte de ciertos valores, prejuicios y preconceptos que condicionan luego el sentido de los resultados” – tradução do espanhol nossa.

169 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 559.

170 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 113.

171 Ibid., mesma página.

172 ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*, 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 411.

173 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo: o «progresso ao retrocesso»*, 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 61.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo contribuir para a construção de um debate em torno da importância do respeito aos postulados do Estado Democrático de Direito em face da persecução penal jurisdicional, realizando alguns apontamentos no que tange às tipicidades das funções de polícia e avançando sobre o tema proposto.

A entidade “Estado” e suas peculiaridades é uma construção longa e duradoura da história da humanidade que reflete na formação do poder político, sendo que o Estado democrático de direito se apresenta, até então, como o ápice da vida em sociedade, o qual possui pilares estruturais que alicerçam a sua base: separação de poderes (divisão de funções), controle do poder público e efetivação dos direitos, garantias e liberdades fundamentais da pessoa humana.

Os eixos estruturantes do Estado Democrático de Direito se justificam pela especialização da tarefa que o poder público confere a um determinado órgão para a exequibilidade das ações em prol da vida em comunidade, sendo que este ente estatal deve ser dotado de independência funcional e orgânica para atingir os fins pretendidos, tendo por objetivo precípua a prevenção do abuso de poder pelo Estado, o qual deve dispor de mecanismos de autocontrole – realizado pelas próprias instituições estatais juntamente com a sociedade – a fim de ter resguardado os direitos básicos das pessoas que o formam – reais detentoras do poder público.

Dentro do sistema jurídico, a preservação desses direitos, garantias e liberdades fundamentais deve ser mais bem observada durante a persecução penal jurisdicional. Ocorrido o fato delituoso o Estado inicia uma perseguição em face do seu responsável com o intuito de restabelecer o abalo social – persecução penal lato sensu. Referido encaixe estatal é inaugurado pela polícia de segurança pública, uma vez que é esta que atende aos chamados de emergência. Em seguida, dando início à persecução penal jurisdicional, a busca pelas provas de materialidade e de autoria, bem como suas circunstâncias, passa a ser realizada por um órgão imparcial de investigação criminal, o qual irá entregar ao Poder Judiciário o resultado dos trabalhos de apuração, a fim de que os órgãos

de acusação e defesa desempenhem cada qual, respectivamente, suas funções estatais de defesa da sociedade e do respeito aos direitos do cidadão, atuando como partes neste processo que visa alcançar a justiça.

Para tanto, direitos, garantias e liberdades fundamentais devem ser respeitados, ganhando relevo neste contexto a desconcentração das funções estatais dos órgãos de persecução penal jurisdicional, uma vez que quanto mais entes públicos controlando uns aos outros, maior segurança jurídica o cidadão terá ao seu dispor. Assim, desde o início do processo penal – com a investigação criminal – deve haver um profissional especialista em ciências jurídicas a fim de observar todas às nuances do sistema de leis. Durante essa primeira fase jurisdicional as partes (acusação e defesa), na medida do possível, devem contribuir para a busca da verdade possível.

A Polícia Judiciária, órgão de investigação criminal por excelência, considerada como uma instituição estatal jurisdicional, uma vez que aplica e diz o direito, mesmo que transitoriamente, deve exercer seu labor de forma imparcial, sem tendenciar para qualquer das partes, pois ocupa papel fundamental na decisão judicial que irá condenar ou absolver a pessoa investigada, razão pela qual os órgãos de acusação e defesa não podem investigar, pois poderiam distorcer a verdade dos fatos. A imparcialidade do órgão de investigação criminal é uma decorrência lógica do Princípio da Divisão de Funções na persecução penal jurisdicional.

Essa característica – imparcialidade – significa que o ente público responsável pela investigação do fato delituoso não deve sofrer qualquer influência durante o seu trabalho, não se deixando levar pelas circunstâncias da infração penal e pelo clamor público (deve ser objetivo), bem como não pode existir interesses pela acusação ou pela defesa (deve ser neutro), pois já existem órgãos para esses fins que se inclinam para condenar ou absolver o suspeito da prática delituosa, motivo pelo qual, não podem realizar investigações, seja concomitante ou unilateralmente, uma vez que, além da possibilidade do desvirtuamento da verdade, os princípios da igualdade e da paridade de armas, e conseqüentemente, direitos, garantias e liberdades fundamentais do ser humano seriam atingidos.

O órgão de investigação criminal para ser dotado de imparcialidade deve possuir independência funcional, hierárquica, financeira e administrativa, assim como os órgãos de acusação, defesa e julgamento, devendo, todos, obediência à lei, pois, caso contrário, ficarão sujeitos às sanções legais. A independência dos entes públicos não significa ausência de limites, os quais são regulados pelos interesses públicos representados pela lei, e ainda, pelos próprios órgãos e pela sociedade, criando-se um Conselho Nacional para supervisionar os atos do órgão responsável pela apuração das infrações penais, primando pelos valores democráticos – em especial os da igualdade e da liberdade – no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do ser humano.

O princípio da igualdade, no que concerne à participação isonômica das partes no processo penal, se desdobra no princípio da paridade de armas, i.e., tanto acusação, como defesa, devem ter os mesmo meios para desempenhar as suas funções estatais, sob pena de o órgão julgador ser direcionado para os argumentos que as partes apresentarem, afastando-se da verdade dos fatos e, conseqüentemente, da justiça.

Os postulados do Estado democrático de direito, em particular, a separação das funções estatais da persecução penal, apresentam-se apenas no sistema investigativo do inquérito policial ou sistema inglês, que possui um órgão próprio na presidência da investigação criminal, diferentemente do que ocorre com os sistemas do juizado de instrução e do promotor-investigador, os quais, tendo juiz e promotor, respectivamente, como os responsáveis pela condução da investigação criminal, têm a neutralidade funcional comprometida para as ações de julgamento e acusação, sendo que, neste último caso, outrossim, atenta contra a paridade de armas e, por conseguinte, em face dos direitos, garantias e liberdades fundamentais do ser humano, criando-se um superpoder.

A separação de funções na persecução penal jurisdicional entre diversos órgãos, além de facilitar o controle do poder público, reflete na concretude dos direitos, garantias e liberdades fundamentais da pessoa humana, tais como vida, integridade física e psicológica, patrimônio, intimidade, imagem e, sobretudo, na liberdade, que sofre maior interferência no processo penal, notadamente, na investigação criminal, pois é nesta primeira fase em que a maioria das restrições aos

direitos do indivíduo ocorrem, o qual não deve ser tratado como objeto da apuração do fato delituoso, mas sim como sujeito de direitos.

Quanto mais órgãos estatais participando da persecução penal jurisdicional, maior o controle do poder público e observância dos direitos, garantias e liberdades fundamentais da pessoa. Por outro lado, não havendo essa divisão de funções, o investigado poderá ter atingidos alguns desses direitos e garantias imprescindíveis para a vida humana.

Por isso, as funções estatais são atribuídas a diversos órgãos, a fim de haver uma dispersão do poder público, estendendo-se, por óbvio, às fases da persecução penal jurisdicional, ocasião em que deve haver um órgão – imparcial – para proceder com a investigação criminal, outro para acusar, um terceiro para defender e, por último, também imparcial, o ente público que irá decidir, ou seja, o órgão julgador, propiciando um processo igualitário na solidificação da justiça.

O Estado democrático de direito exige o respeito ao princípio da divisão de funções estatais na persecução penal jurisdicional para a promoção dos direitos, garantias e liberdades fundamentais do ser humano.

NILTON CÉSAR BOSCARO

DIRETOR DE POLÍCIA DA CAPITAL E INTERIOR -
POLÍCIA CIVIL DO ACRE
DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL
ESPECIALISTA EM DIREITO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

THE PRINCIPLE OF THE DIVISION OF FUNCTIONS IN THE JURISDICTIONAL CRIMINAL PERSECUTION: UNDER THE PRISM OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

ABSTRACT

The Principle of Division of Functions in the jurisdictional criminal prosecution, derived from the Principle of Separation of Powers, which, in its turn, constitutes a postulate of

the democratic State of law, aims at safeguarding the rights, guarantees and freedoms of the human being. This protection is materialized through reciprocal control among the competent state bodies that seek to hold the perpetrator(s) responsible for the crime. Thus, the more public entities exercising judicial functions in the criminal sphere, the greater will be the supervision of the State, and the lower the incidence of violations of the rights, guarantees and freedoms of the individual. The functions of accusing and defending, by their very nature, are exercised by entities with an interest in criminal proceedings, while the functions of investigating and judging must be performed by impartial public bodies, in order to promote an egalitarian process in the effective justice, consequently, proportionality in the state response - to the social shock caused by the criminal offense - and the fundamental rights, guarantees and freedoms of the human person.

KEY WORDS: Democratic state of law. Division of duties. Control of public power. Rights, guarantees and fundamental freedoms. Criminal investigation.

EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE FUNCIONES EN LA BÚSQUEDA PENAL LEGAL: DESDE EL PRISMA DE LA NORMA DEMOCRÁTICA

RESUMEN:

El Principio de la División de Funciones en el enjuiciamiento penal, derivado del Principio de Separación de Poderes, que, a su vez, constituye el postulado del estado de derecho democrático, tiene como objetivo salvaguardar los derechos, garantías y libertades de los seres humanos. Esta protección se materializa a través del control recíproco entre las agencias estatales competentes que buscan responsabilizar a los perpetradores por el delito penal. Por lo tanto, mientras más entidades públicas desempeñen funciones judiciales en la esfera criminal, mayor será la supervisión sobre el estado y menor será la incidencia de violaciones de los derechos humanos, garantías y libertades. Las funciones de enjuiciar y defender, por su propia naturaleza, son desempeñadas por entidades interesadas en los procesos penales, mientras que las funciones de investigación y enjuiciamiento deben ser realizadas por organismos públicos imparciales, con el fin de proporcionar un proceso igual en la aplicación de la justicia y, en consecuencia, una proporcionalidad en la respuesta del estado - a la agitación social provocada por el delito penal - y los derechos fundamentales, garantías y libertades de la persona humana.

PALABRAS-CLAVE: Estado de derecho democrático. División de funciones. Control del poder público. Derechos fundamentales, garantías y libertades. Investigación Criminal.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Adriano Mendes. Curso de investigação criminal. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.
- BAYLEY, David H. Padrões de policiamento: uma análise comparativa internacional. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Poderes selvagens: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GÖSSEL, Karl Heinz. El derecho procesal penal en el Estado de Derecho. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- GUZMÁN, Nicolas. La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.
- HOFFMANN, HENRIQUE; MACHADO, LEONARDO MARCONDES; ANSELMO, Márcio Adriano et al. Investigação criminal pela polícia judiciária. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEREIRA, ELIOMAR DA SILVA; DEZAN, Sandro Lucio. Investigação criminal: conduzida por delegado de polícia -

- comentários à Lei 12.830/2013. Curitiba: Juruá, 2013.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. Introdução às ciências policiais: a polícia entre ciência e política. São Paulo: Almedina, 2015.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica. São Paulo: Almedina, 2010.
- SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SILVA, José Geraldo da. O inquérito policial e a polícia judiciária. 4. ed. Campinas: Millennium, 2002.
- STRECK, LENIO LUIZ; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Ciência Política & Teoria do Estado. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Direito penal do inimigo e o terrorismo: o << progresso ao retrocesso >>. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Processo penal. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- ZACCARIOTTO, José Pedro. A polícia judiciária no estado democrático. Sorocaba - SP: Brazilian Books, 2005.
- ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do estado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

