

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

61

A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL:

**A implementação do controle do inquérito policial pelo Ministério Público do
Estado de São Paulo**

ANDREI KOERNER, CÉLIA SOIBELMAN MELHEM E FLÁVIA
SCHILLING

SUMÁRIO: 1. O papel constitucional do Ministério Público e o controle externo da polícia – 2. O inquérito policial – 3. O controle do inquérito policial pelo Ministério Público – 4. O Ministério Público e o controle do inquérito policial: temas para pesquisa – Bibliografia.

Resumo: O artigo aborda o tema do controle do inquérito policial pelo Ministério Público, como uma maneira de ampliar a efetividade dos direitos fundamentais no processo penal. A partir do estudo do papel constitucional do Ministério Público, o texto tece considerações sobre as violações de direitos a que tem dado ensejo o inquérito policial. Essas violações são vistas como resultante da distribuição de papéis e poderes entre os diversos agentes do sistema judiciário penal. Enfim, o texto apresenta a proposta de um diagnóstico aprimorado para elucidar as dificuldades de implementação desse controle.

Palavras-chave: Controle externo – Inquérito policial – Ministério Público – Garantias processuais – Controle do inquérito policial.

1. O papel constitucional do Ministério Público e o controle externo da polícia

O controle da atividade policial para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos tem sido importante desafio para a consolidação da democracia no Brasil. A democracia política tem convivido estes anos com altos índices de violência, como

mostram os dados sobre o número de mortos em confrontos com policiais, que têm sido classificados na rubrica “resistência seguida de morte”.

Nos últimos anos, foram adotadas diversas medidas para o controle da atividade policial, como a produção de estatísticas, modificações na formação dos policiais, a criação de divisões especiais e a Ouvidoria da Polícia. Ao Ministério Público foi atribuído pela Constituição de 1988 o papel do controle externo da polícia.

A Constituição significou um avanço para o papel institucional do Ministério Público, ao defini-lo como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cuja função é a “defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis. Entre as suas atribuições está a de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF). No entanto, o dispositivo constitucional deveria ser regulado por lei complementar, que não foi até o momento editada pelo Congresso Nacional.

Assim, mesmo sendo o titular da ação penal pública e o destinatário do inquérito o Ministério Público permanece distanciado das atividades da polícia durante a instrução preliminar, com as investigações não seguindo suas diretrizes nem recebendo sua supervisão cujo exercício seria regulado por lei complementar.

Procurando suprir essa lacuna, a Procuradoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo editou Ato 098/96, estabelecendo normas para o exercício de controle externo da atividade da Polícia Judiciária pelo Ministério Público. No entanto, a execução desse controle tem sido bastante limitada, em virtude da oposição das autoridades policiais. Os procedimentos de controle existentes revelam-se insuficientes para a garantia dos direitos fundamentais no processo penal, ao mesmo tempo que a colaboração entre as duas instituições tem se revelado problemática. Mesmo entre os membros do Ministério Público encontramos resistências ao desempenho dessa função.

A implementação desse controle encontra, pois, múltiplas dificuldades de ordem legal, institucional e cultural. Coloca-se, portanto, à instituição, o desafio de exercer efetivamente seu papel constitucional, atuando no sentido de universalizar a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa e melhorar a qualidade técnica dos inquéritos.

O presente trabalho apresenta alguns temas para futura pesquisa das resistências ao exercício dessa função no andamento do inquérito policial, um procedimento particularmente importante e problemático nas relações entre os agentes policiais e os das outras organizações do sistema judicial.

2. O inquérito policial

No Brasil, as corporações policiais (polícias militares, civis e federal) gozam de

ampla autonomia no desempenho de suas atividades. Esta autonomia compreende: 1) o espaço de poderes discricionários legalmente previstos; 2) a divisão de atribuições entre as diversas organizações do sistema judicial (Judiciário, Ministério Público, advocacia, sistema penitenciário); 3) o espaço das práticas, em que atividades efetivamente desempenhadas pelas autoridades policiais são aceitas pelos agentes de outras organizações estatais, especialmente do sistema judicial.

O espaço dos poderes discricionários das autoridades policiais não distingue o Brasil de outros países, pois este tipo de poder é previsto legalmente e considerado próprio e necessário à atividade policial enquanto tal.

Quanto aos espaços da divisão de atribuições e das práticas, o Brasil apresenta uma especial peculiaridade na relação entre polícia e Judiciário na instrução criminal. Na Europa, a investigação policial conduz à instrução criminal, que se dá perante juizados especiais de instrução; nos Estados Unidos, a investigação policial ocorre com a supervisão do Ministério Público e a instrução é conduzida perante o júri de acusação.

No Brasil, a investigação policial preliminar leva à abertura do inquérito policial, que é conduzido pela autoridade policial, sem a intervenção do Ministério Público ou do Judiciário. O inquérito policial é definido como etapa preparatória auxiliar do processo penal, no qual se realizam atos importantes da instrução judicial, produzindo-se provas, ouvindo-se o suspeito e as testemunhas etc. Porém, esses atos ocorrem sem o respeito a procedimentos técnicos e sem as garantias legais do processo penal. Esses requisitos só são obedecidos a partir do momento em que é instaurado o processo penal no Judiciário, quando é iniciada a instrução propriamente dita.

O inquérito policial foi criado pela Reforma Judiciária de 1871, isto é, no con-

texto da transição gradual do trabalho escravo para o trabalho livre. A sua adoção foi guiada pelas considerações conservadoras de manutenção de mecanismos *allegais* de controle social sobre o número crescente de indivíduos que se tornavam formalmente cidadãos, libertos dos instrumentos de violência física exercidos diretamente pelos proprietários sobre seus escravos.

O inquérito policial foi a inovação mais importante da reforma no domínio criminal. O inquérito mantinha a iniciativa de ação da polícia na instrução criminal, independente de intervenção da autoridade judiciária. Esta inovação foi incluída no substitutivo enviado ao Senado pelo Ministro da Justiça Sayão Lobato ao projeto de reforma aprovado na Câmara dos Deputados. Neste projeto, e no programa liberal, o preparo dos processos era atribuição do juiz municipal. À autoridade policial cabia executar todas as diligências que os juízes municipais e os juízes de Direito (das comarcas especiais) ordenarem (art. 5.º do Projeto, apud Bruno, *idem*, 221). A emenda apresentada pelo Ministro Lobato era uma modificação de sua proposta de 1862, onde defendia que a polícia deveria manter a atribuição de formação da culpa até a sentença, inclusive, fazendo com que esta fosse confirmada pelo juiz de direito. Deste modo, ele argumentava, prevaleceria “a Jurisdição da Autoridade Judiciária, que definitivamente decide da pronúncia ou julgamento dos processos policiais, e é reduzida a ação da autoridade policial a um mero auxiliar, como é indispensável”. Como auxiliar, a polícia deveria manter as atribuições que lhes eram próprias, a de prender os criminosos e coligar todos os esclarecimentos para instrução do competente processo, o que era necessário em virtude das circunstâncias do país (*RMJ*, 1862).

Com o inquérito policial, a reforma de 1871 separou a justiça da polícia, sem estabelecer uma relação de controle da pri-

meira sobre a segunda. Ocorreu antes uma superposição das duas esferas, o que, na prática, resultou no afastamento do controle judicial efetivo da legalidade dos procedimentos policiais. (Koerner, 1998: 105-106)

O inquérito foi, desde a época de sua criação, objeto de críticas, mostrando-se ainda hoje seus inconvenientes: a duplicação da instrução criminal; a inefetividade da ordem jurídica; o distanciamento do conhecimento dos conflitos pelos outros agentes do sistema judicial; a opacidade das práticas policiais para os demais agentes e organizações estatais, em particular os do sistema judicial

Já em 1873 Nabuco de Araújo criticava o inquérito policial no Senado. Para Aquino e Castro, com o inquérito policial mantinha-se a liberdade de ação da polícia, pois, “(...) o que se vê é a polícia, como dantes, formando processos, dispondo do destino dos acusados, segundo seu alvedrio e má vontade, e indiretamente julgando sem nenhuma responsabilidade legal (...) pois que é sempre verdade que o inquérito que formulou tem que servir de base ao processo que vai ser completado em outro juízo” (apud Nequete, 1973, I: 85). Em maio de 1877, o inquérito era criticado pelas autoridades judiciárias e por representantes dos advogados do Superior Tribunal de Justiça, que consideravam-no uma duplicação inútil e protelatória da formação da culpa; a polícia podia, no inquérito, controlar o resultado dos processos, pois era ela que chamava as testemunhas que sabiam do fato. Os depoimentos das testemunhas eram tomados por escrito e, mesmo que o juiz pudesse chamar as testemunhas mais tarde, o inquérito acabava servindo como a base da pronúncia. O inquérito, porém, não tinha as garantias de defesa na preparação do processo e tornava-se uma surpresa para o réu, que não podia providenciar sobre a sua defesa. Era consensual a necessidade da extinção do inquérito; a polícia deveria limitar-se a capturar os criminosos, e passá-

los à autoridade judiciária com as provas que houvesse colhido (*RMJ*, 1876: 525-620). O Desembargador Inocêncio M. A. Góes, Presidente da Relação da Bahia, afirmava: “Os inquéritos, como base para a formação da culpa, dão extraordinária supremacia à autoridade policial, pois será difícil a qualquer autoridade judiciária, em presença de uma larga inquirição de testemunhas concludentes e contestes, atestando um fato e seu autor, deixar de pronunciá-lo como indiciado no crime imputado, donde resulta que a polícia, em vez de ser auxiliadora da justiça, esta é que receberá as suas inspirações daquela. A polícia, investida da faculdade dos inquéritos e mais atos concernentes à verificação do crime e descobrimento do seu autor, ocupa sem dúvida um lugar assaz importante; é quase que o verdadeiro juiz, e sem a responsabilidade da decisão, sofismando-se assim o princípio da separação das funções respectivas. Além do exposto, acresce que, notando-se em nossa população uma excessiva repugnância para comparecer em juízo e depor como testemunha, os inquéritos criaram uma obrigação acessória às preexistentes, dando-se grandes dificuldades para o comparecimento das testemunhas do inquérito no juízo da formação da culpa, o que ainda é motivo para retardamento”. (apud Koerner, *ibidem*)

Com o inquérito duplica-se a instrução, pois muitas das provas produzidas na etapa preliminar devem ser necessariamente produzidas novamente durante a instrução, por falhas técnicas ou pela inexistência das garantias legais do processo. A duplicação da instrução tem consequências para a eficiência do sistema judicial, pois o processo penal sofre atrasos, provas são perdidas ou inúteis, causam-se atribulações inúteis para os envolvidos (testemunhas que são chamadas a depor por duas ou mais vezes).

A prática de investigação pela polícia parte do criminoso para chegar ao crime, o que além da inversão da lógica de investigação determinada pela lei, conduz ao uso

da tortura para obter a confissão do suspeito e assim desvendar os demais aspectos do crime, que permitirão a formação do conjunto dos indícios para a acusação criminal (Mingardi, 1992: 52 et seq.). A consequência do uso da tortura é o descrédito em juízos das provas produzidas no inquérito, para as quais não houve a necessária salvaguarda das garantias legais. Roberto K. de Lima considera que os esforços de juízes e promotores, que anulavam atos do inquérito por suspeita de tortura com o objetivo de evitar a continuidade das práticas violentas, acabava resultando no fracasso do Judiciário no cumprimento de sua função punitiva, tendo como efeito perverso o reforço das atividades punitivas da polícia (Lima, 1994: 86). Neste sentido, como apontam Guaracy Mingardi e Roberto K. de Lima, as próprias falhas técnicas na produção das provas resultam muitas vezes de prejudgamentos efetuados pelas autoridades policiais ou do “acerto” entre estas e os acusados.

A duplicação da instrução no inquérito tem consequências também para a eficácia da ordem jurídica, pois os outros agentes do sistema judicial (promotores, juízes e, também, advogados) intervêm no caso tendo muitas vezes apenas as provas apresentadas pelas autoridades policiais. Estas controlam o “relato primário” do sistema, ou seja, a tradução dos conflitos sociais em litígios ou casos judiciais. Conforme a tradução que tenha recebido pelo relato primário, o conflito será processado de uma ou de outra maneira pelo sistema judicial. “A armação do processo é realizada pelos policiais através do poder que possuem de interpretar a lei em suas atividades de vigilância. A polícia realmente analisa e classifica os fatos criminosos que lhes cabe registrar ou investigar. Tecnicamente, tal classificação é chamada ‘tipificação’. Esta consiste em rotular os fatos trazidos ao conhecimento da polícia como algo que se ajusta a um tipo legal, isto é, um fato previamente tipificado pela lei como um cri-

me". Embora a promotoria possa modificar a tipificação adotada pela polícia, esta é muito importante, porque é produzida pelas únicas autoridades presentes na ocorrência da ocorrência policial (Lima, R., op. cit., p. 90-91). Assim, a ordem jurídica torna-se eficaz somente mediante as refrações que sofre por esses agentes, que atuam segundo lógica distinta à da ordem constitucional e, mesmo, contrária a ela (Lima, op. cit.; Mingardi, op. cit.). A duplicação da instrução criminal mostra enfim o espaço de poder autônomo das autoridades policiais, mostrando-se refratárias a qualquer mudança legal que venha a quebrar o seu controle sobre este aspecto de sua atividade. Essa resistência compõe-se de diversos aspectos, como a lógica corporativa — a disputa entre as diversas organizações do sistema judicial pelo controle do processo —, a dimensão das práticas *a-legais*, com sua contrapartida político-clientelística, e uma dimensão extrativa, ou seja, um espaço de práticas ilegais de corrupção e de extorsão de cidadãos, bem como de cumplicidade com o crime organizado.¹

Nos últimos anos, as autoridades do Estado de São Paulo têm procurado solucionar alguns dos problemas apresentados,

com a instituição da Ouvidoria da Polícia do Estado, a expansão da atuação da Corregedoria e da implementação de outros sistemas de controle interno. Porém, o tema do inquérito policial não envolve só um problema de controle interno e de regularidade de procedimentos, mas também o da distribuição de atribuições, na instrução criminal, entre os diversos agentes e organizações do sistema de justiça. No cerne deste problema encontramos questões centrais para a consolidação e aprofundamento da democracia no país: a eficácia do sistema judicial, a efetividade das garantias aos direitos fundamentais, a distribuição de poder das organizações estatais, bem como os modos e lógicas de ação dos seus agentes.

3. O controle do inquérito policial pelo Ministério Público

O Ato da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo procura sanar alguns dos problemas criados pelo inquérito policial. Na justificação do ato é salientada a necessidade de centralizar a atividade correcional do Ministério Público sobre a atividade policial nas áreas em que as duas instituições exercem atividades conexas, nomeadamente, “na investigação das infrações penais, na sua materialidade e autoria, bem como na verificação das condições em que se encontram as pessoas presas sob custódia da autoridade policial”.

A atividade de controle deve se voltar primordialmente para atividades correcionais inerentes ao inquérito policial. Os dispositivos do ato são explícitos neste sentido, colocando como objetivos do controle exercido pelo Ministério Público sobre a atividade policial, além da prevenção da criminalidade e a celeridade e aperfeiçoamento da persecução penal, “a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou abuso de poder relacionados com a atividade de investigação criminal” e

(1) Dentre as várias modalidades de corrupção, Guaracy Mingardi salienta a praticada por um indivíduo, criminoso profissional ou não, que paga ao policial para não ser indiciado. Ao ser preso, o suspeito procura livrar-se o mais rápido possível, enquanto ao policial interessa que fique preso alguns dias sem auxílio legal. Com isso, os investigadores podem interrogá-lo para levantar alguns delitos após o que, chamam o advogado para servir de intermediário no acerto, deixando de indiciá-lo num ou em mais crimes; ou tipificando o delito num menos. O autor ressalta que, para o acerto, dois instrumentos essenciais são a cadeia e o cartório; aquela “por motivos óbvios”, este, porque ameaça o suspeito detido com o inquérito (Mingardi, op. cit., p. 58. Sobre o crime organizado, Mingardi, 1998, sobre a corrupção, Schilling, 1999).

“buscar superar as falhas na produção da prova, inclusive técnica, para fins de investigação criminal” (art. 1.º, par. ún., incs. III e IV do Ato 098/96). Quanto ao controle da regularidade do inquérito policial, o ato dispõe que o Ministério Público deverá zelar pela observância do prazo para sua conclusão, concedendo se necessário a prorrogação e requisitando diligências que julgue necessárias e úteis para o esclarecimento do fato e da autoria (arts. 16 e 17); deverá manter “um sistema especial de acompanhamento dos inquéritos devolvidos à delegacia de polícia, a fim de permitir o controle do prazo concedido para conclusão das investigações” (art. 18); deverá zelar para que “a coleta de provas seja orientada pelos critérios da utilidade, eficácia e celeridade na conclusão das investigações, indicando, inclusive medidas tendentes a atingir a finalidade do inquérito policial (art. 19), além de outras disposições relativas à celeridade do ajuizamento da ação de indiciados presos e à estrita observância, pelo Ministério Público, do prazo legal para a denúncia (arts. 20 a 22).

Porém, como afirmou-se acima, a execução deste ato encontra resistência das autoridades policiais e também entre membros do Ministério Público. Segundo informações preliminares obtidas, há duas correntes principais no interior da instituição: alguns, incluída a própria Procuradoria-Geral, afirmam que o controle externo instituído pelo art. 129, VII, da Constituição, tem sentido amplo, ou seja, atribuiu ao Ministério Público a verificação do respeito, pelas autoridades policiais, dos direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição Federal; outros membros do Ministério Público consideram que o controle externo é apenas técnico, devendo incidir sobre a atividade policial apenas para suprir lacunas e insuficiências da investigação, sem interferir diretamente nos seus instrumentos de ação e objetivos.

4. O Ministério Público e o controle do inquérito policial: temas para pesquisa

Esta situação de impasse coloca diversos temas para pesquisa, sendo necessário produzir um diagnóstico aprimorado das dificuldades legais, institucionais e culturais que limitam a atuação do Ministério Público no acompanhamento, fiscalização e promoção de inquéritos policiais.

O ponto de partida da pesquisa seria a leitura de estudos comparativos das organizações e a instrução criminal em diversos países, da área de Direito Constitucional e Processual Penal sobre as garantias aos direitos fundamentais no processo; da prática judicial, a cultura legal e a cultura policial no Brasil. A dimensão cultural do Ministério Público seria pesquisada por meio de questionário a ser distribuído entre membros do Ministério Público, escolhidos segundo critérios qualitativos (tempo na carreira, procedência profissional e áreas de atuação), a respeito dos temas e dificuldades para a implantação do controle externo.

A eficiência do serviço existente seria quantificada pela análise de estatísticas produzidas pelas organizações envolvidas, relacionando-se a proporção entre os inquéritos instaurados, os que foram arquivados ou concluídos e o seu seguimento no Judiciário.

Outro aspecto seria o estudo da qualidade dos resultados, comparando casos de atuação conjunta das duas organizações. Isso seria feito, por um lado, pelo estudo de casos de grande repercussão ou de avultado interesse, que resultaram na cooperação ou na concorrência da atuação das duas organizações. Um exemplo de atuação bem sucedida de cooperação, em que foi efetivado o controle do Ministério Público na condução do inquérito policial, foi o caso do Bar Bodega, no qual a promotoria não acompanhou a conclusão do inquérito po-

licial, deixando de dar seguimento ao processo, opondo-se aos indícios apresentados pela polícia contra os suspeitos.

Por outro lado, seria feito o estudo qualitativo de situações de indiferença, selecionando-se um caso arquivado, no qual não houve seguimento da ação penal, por falhas técnicas do inquérito, mas em que também estejam presentes indícios de tortura, abuso de poder ou corrupção praticadas por autoridades policiais, aos quais não houve a verificação da sua efetiva responsabilidade.

Do estudo preliminar, ressalta-se desde já a necessidade de elaboração de um projeto piloto de um Sistema de Acompanhamento de Inquéritos para instalação na situação da Central de Inquéritos do Ministério Público no Fórum da Capital do Estado, a fim de melhorar a eficiência, o controle e a qualidade na condução do grande número de inquéritos ali processados.

Alternativas à situação existente seriam detectadas em entrevistas com membros do Ministério Público e da Polícia ligados a grupos especiais, como os da área de combate ao crime organizado e os membros do Centro de Apoio Criminal (órgão da Procuradoria Geral do Estado destinado a subsidiar atuação dos promotores de justiça nos processos criminais; da atuação do Centro de Apoio Criminal).

Identificadas essas dificuldades, poder-se-á apresentar identificar os diversos tipos de dificuldades, culturais, legais, organizacionais e de procedimentos, formulando-se sugestões e propostas de mudanças para a sua superação. Essas sugestões e propostas seriam amplamente divulgadas dentro da instituição e de outras organizações interessadas por meio de publicações

e eventos, como seminários com líderes na área jurídica, membros do Ministério Público e de outras carreiras judiciárias e da polícia, procurando levantar propostas, debates e dificuldades para as mudanças.

Esses temas todos serão estudados no sentido de que o controle externo da atividade policial realizado pelo Ministério Público amplie a garantia dos direitos fundamentais no processo criminal, a qualidade técnica da instrução criminal e limite as práticas arbitrárias e espaços de corrupção policial.

Bibliografia

- BRUNO, Fábio Vieira (org.). *O parlamento e a evolução nacional* (3.^a Série – 1871-1889). Brasília : Ed. do Senado Federal, 1979, v. 4.
- KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira*. São Paulo : HUCITEC, Depto. Ciência Política da USP, 1998.
- LIMA, Roberto K., de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro – Seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro : Ed. da Biblioteca da Polícia Militar, 1994.
- MINGARDI, Guaracy. *Tiras, gansos e trutas: cotidiano e reforma na polícia civil*. São Paulo : Scritta, 1992.
- . *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: Ed. do IBCCrim, 1998.
- NEQUETE, Lênine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. Porto Alegre : Livraria Sulina, 2v., 1973.
- SCHILLING, Flávia. *Corrupção: Ilegalidade intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a luta contra a corrupção (1980-1992)*. São Paulo : Ed. IBCCrim, 1999.
- BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Relatórios apresentados à Assembléia Geral Legislativa pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça*. Rio de Janeiro : Typ. Imperial, 1838 a 1888, (RMJ).