

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO E SERVIÇO SOCIAL

ADOLFO GOMES ABRANTES FERREIRA

A POSSIBILIDADE DE REPRESENTAÇÃO AUTÔNOMA DO
DELEGADO DE POLÍCIA NA PRISÃO TEMPORÁRIA

SOUSA - PB

2015

ADOLFO GOMES ABRANTES FERREIRA

A POSSIBILIDADE DE REPRESENTAÇÃO AUTÔNOMA DO DELEGADO DE
POLÍCIA NA PRISÃO TEMPORÁRIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

SOUSA - PB

2015

ADOLFO GOMES ABRANTES FERREIRA

A POSSIBILIDADE DE REPRESENTAÇÃO AUTÔNOMA DO DELEGADO DE
POLÍCIA NA PRISÃO TEMPORÁRIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado
ao curso de Direito da Universidade Federal
de Campina Grande, em cumprimento dos
requisitos necessários para obtenção do
título de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

Data de aprovação: _____

Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura – UFCG
Professor Orientador

Examinador interno

Examinador interno

AGRADECIMENTOS

Agradeço e dedico o presente estudo a Deus, a minha mãe que sempre foi uma guerreira e tornou possível minha formatura, ao meu pai que já não está no mundo dos vivos, mas que já me deu inúmeras provas de que me ajuda e me mostra o caminho certo esteja onde ele estiver, a todos os meus amigos que estiveram do meu lado desde meu primeiro dia de aula não só na faculdade, mas em toda a vida, em especial a Maria do Socorro e José Augusto que me ajudaram nos meus primeiros períodos de curso em João Pessoa, aos meus amigos Airy John, Arthur Mendes, Filipe Abrantes, Isaac Abrantes, Luan Oliveira, Rafael Nogueira e Sinval Jr., ao meu professor orientador Dr. Francivaldo Gomes Moura e a todos que contribuíram de qualquer forma para que eu chegasse aqui, desde os colegas de sala, professores e funcionários da universidade até aqueles que fizeram qualquer gesto eventual no decorrer desses anos de estudos.

RESUMO

O presente estudo tem como tema a possibilidade de representação autônoma do Delegado de Polícia na prisão temporária e seu objetivo é analisar a doutrina brasileira sobre a questão, bem como os aspectos práticos adotados e a jurisprudência que trata do tema, tendo em vista que a doutrina não é unânime acerca da necessidade de parecer favorável do Ministério Público para que a representação do chefe de polícia seja legítima. A grande questão que o tema envolve é o fato do Delegado de Polícia não possuir “*jus postulandi in judicio*”, do Ministério Público ser o detentor exclusivo da Ação Penal Pública e da impossibilidade de decretação de qualquer prisão cautelar “*ex officio*” pelo juiz, o que faz com que parte da doutrina sustente ser de ofício a prisão temporária decretada mediante representação do Delegado de Polícia sem parecer favorável do *parquet*. O método a ser utilizado será o dedutivo, partindo da lei e dos princípios gerais para as questões específicas, compreendendo doutrina, jurisprudência e dispositivos legais. A técnica de pesquisa a ser utilizada será a documentação indireta, através de pesquisas em documentos pré-existentes, escritos, artigos, pesquisa bibliográfica, concluindo-se pela possibilidade de representação autônoma do Delegado de Polícia, porém com a necessidade de que os autos sejam remetidos ao Ministério Público para que este se manifeste favorável ou contrário e que os autos sejam remetidos ao Juiz que decidirá de maneira desvinculada ao parecer.

Palavras-chave: Representação autônoma, Delegado de Polícia, Ministério Público e Prisão Temporária.

ABSTRACT

The present study has the theme of the possibility of PoliceChief autonomous representation in Temporary Detention and its purpose is analyze Brazilian doctrine about the issue, as well as the practicalities adopted and the jurisprudence which deals with the theme, considering that the doctrine is not unanimous about the necessity for the assent of the Prosecutor's Office for the representation of the police chief is legitimate. The big question that the issue involves is the fact that the Chief of Police does not have "*jus postulandi in judicio*", that the Prosecutor's Office is the exclusive holder of the Public Criminal Action and the impossibility of any security detention be declared in "*ex officio*" mode by the Judge, which means that part of the doctrine claims being *ex officio* the Temporary Detention declared by the way of Police Chief representation without assent of the *parquet*. The method to be used is the deductive starting from the law and the general principles to specific issues, comprising doctrine, jurisprudence and legal devices. The search technique to be used will be indirectly documentation, through research on pre-existing documents, writings, articles, literature, concluding by the possibility of PoliceChief autonomous representation, but with the need for the records are sent to the Prosecutor's Office for it to manifest for or against and that the case be referred to the Judge to decide in unbound way of the opinion.

Key-words: Autonomous representation, PoliceChief, Prosecutor's Office and Temporary Detention.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – DELEGADO DE POLÍCIA, MINISTÉRIO PÚBLICO E PRISÕES CAUTELARES	9
1.1 DO DELEGADO DE POLÍCIA	9
1.1.1 Conceito	9
1.1.2 Origem histórica	10
1.1.3 Papel	11
1.2 DO MINISTÉRIO PÚBLICO	12
1.2.1 Conceito	12
1.2.2 Origem Histórica.....	13
1.2.3 Papel	15
1.3 – DAS PRISÕES CAUTELARES	15
1.3.1 Conceito e pressupostos	15
1.3.2 Das espécies de Prisões Cautelares.....	16
1.3.3 Da Prisão em Flagrante.....	17
1.3.4 Da Prisão Preventiva.....	18
1.3.5 Da Prisão Temporária	19
CAPÍTULO 2 – DAS ATRIBUIÇÕES DO DELEGADO DE POLÍCIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO	22
2.1 ASPECTOS GERAIS	22
2.2 DAS ATRIBUIÇÕES DO DELEGADO DE POLÍCIA	23
2.3 DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO	26
CAPÍTULO 3 – DA REPRESENTAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA	31
3.1 ASPECTOS GERAIS	31
3.2 DO ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À REPRESENTAÇÃO AUTÔNOMA	32
3.3 DO ENTENDIMENTO FAVORÁVEL À REPRESENTAÇÃO AUTÔNOMA.....	34
3.4 DA LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA.....	37
3.5 DA PRÁTICA HODIERNA	38
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

O presente estudo tratará da representação autônoma do Delegado de Polícia pela prisão temporária, prisão esta que é a por tempo determinado -5 ou 30 dias- e que exige a presença dos requisitos elencados nos incisos I a III do Art. 1º da Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989 e tem como objetivo uma análise acerca da necessidade de parecer favorável do Ministério Público para que tal prisão emanada de representação da autoridade policial seja legítima.

Por força de lei, o Delegado de Polícia pode representar perante juízo, na fase do inquérito policial, para requerer as medidas cautelares (art.282, §2º, Código de Processo Penal) e, especificamente, para requerer a prisão temporária (art. 2º, Lei nº 7.960/1989).

Devido ao fato da Constituição Federal, em seu art. 109, I, atribuir ao Ministério Público a titularidade exclusiva da Ação Penal Pública e do Delegado de Polícia não gozar de “*jus postulandi in judicio*”, parte da doutrina sustenta não ser possível tal representação ser autônoma, ou seja, independente de parecer favorável do *parquet*, o que, não atendido tal requisito, cominaria na prisão decretada “*exofficio*” pelo juiz, o que é proibido, na fase do inquérito policial, pelo direito processual penal desde a vigência da Lei nº 12.403/2011.

O lado oposto da doutrina, dentre outros argumentos, defende a representação autônoma do Delegado de Polícia por ser o mesmo investido nesse poder pela lei e o inquérito policial ser independente, não servindo às partes postulante ou ré, buscando apenas a produção de provas de materialidade e autoria do crime.¹

O delegado de polícia é investido, por força de disposição constitucional (art. 144, §4º) e por disposição legal (arts. 4º e 5º do Código de Processo Penal) da atribuição de investigar ilícitos penais praticados, enquanto o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública.

O Código de Processo Penal-Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941 consagra regra no §2º do art.282: “*As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da*

¹Neste sentido: NETO, Francisco. Representação Sannini do Delegado de Polícia e sua (des) vinculação ao parecer do Ministério Público. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28228/representacao-do-delegado-de-policia-e-sua-des-vinculacao-ao-parecer-do-ministerio-publico>>, acesso em 20/01/2015 às 15h21min.

investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)”.

Apesar do dispositivo legal supracitado ser claro em afirmar que o chefe da Polícia Judiciária pode representar em juízo para requerer as medidas cautelares no curso da investigação criminal, a doutrina não é unânime quanto à obrigatoriedade de posicionamento favorável do Ministério Público sobre tal representação.

O presente estudo tem por objetivo analisar a presente discussão doutrinária e determinar a teoria prevalecente por meio da análise de textos pré-existentes, da Lei e pesquisa acerca das práticas.

Primeiro far-se-á um apanhado geral sobre o Delegado de Polícia e o Ministério público, abordando seus papéis perante a sociedade e principalmente no inquérito policial, bem como uma análise geral acerca das prisões cautelares com enfoque na prisão temporária, tema do presente estudo, tudo para facilitar o entendimento do leitor.

Continuando, será feita uma análise doutrinária acerca das duas correntes: a que condena a representação autônoma do Delegado de Polícia na prisão temporária e a que defende tal representação e, por fim, concluir-se-á o presente estudo com a definição da teoria que prevalece no direito brasileiro, abordando também os fatos que ocorrem na prática hodiernamente.

1. DELEGADO DE POLÍCIA, MINISTÉRIO PÚBLICO E PRISÕES CAUTELARES

1.1 DO DELEGADO DE POLÍCIA

1.1.1 Conceito

A palavra delegado emana do latim “*delegatus*” que significa pessoa a quem se delega uma jurisdição ou faculdade², ou seja, é aquele a quem se transfere um poder.

O Delegado de Polícia é o chefe da polícia judiciária, onde é considerado uma autoridade policial. A definição de autoridade está ligada diretamente ao poder do Estado, sendo considerada pelos juristas alemães, os que mais estudaram sobre o assunto, como sendo um órgão que integra a estrutura do Estado e que, fundamentado na lei, atua especialmente na busca dos fins do Estado, por iniciativa própria, nos limites da Lei, fins estes que, no caso do Delegado de Polícia, são principalmente a apuração dos ilícitos penais e sua autoria.

O Estado detém o poder público, poder este que é exercido por meio de pessoas físicas. A autoridade é o portador dos deveres e direitos do Estado, não tendo personalidade, mas fazendo parte da estrutura do mesmo.

A autoridade policial não exerce um poder particular, mas sim o próprio poder público, podendo, portanto, impor-se perante os particulares segundo sua discricção, porém dentro das normas que regulam o seu exercício e predeterminam sua conduta, tudo em busca do fim estatal que compete a esta autoridade.

É dever do Estado zelar pela sua segurança e pela segurança de cada um dos integrantes do seu povo, proteger as pessoas e as coisas contra quem possa lesioná-las. Esse dever cominou na necessidade de se ter uma atividade chamada de polícia.

O poder de polícia pertence à administração em geral, mas é particularmente indispensável e necessário às autoridades policiais que o exercem nas formas: 1-preventiva, que se faz por meio de ordens, provimentos e providências tomadas para proteger as pessoas e as coisas e 2-repressiva, que se faz por meio da investigação dos ilícitos praticados a fim de apurar os fatos e sua autoria. Apesar do poder repressivo estar nas mãos do judiciário, a polícia civil (denominada

² Enciclopédia Universal ilustrada Europeu-Americana, Madrid, Espas-Calpe, p. 1405.

judiciária por isso) contribui para essa tarefa e elabora atos que a promovem, como os que compõem o inquérito policial.

O autor Ubirajara Rocha assim o define como sendo:

[...]uma autoridade policial, cabendo-lhe por lei manter a ordem social e a tranquilidade coletiva. Exerce autoridade e possui poder, possui função e missão que devem ser inteiramente empregados a serviço do povo.³

O Delegado de Polícia é, portanto, uma autoridade policial que é incumbida, por força de lei, do exercício do poder/dever estatal de manter a ordem e de buscar o bem estar e a paz social bem como de apurar os fatos e a autoria dos crimes praticados.

1.1.2 Origem histórica

O direito Brasileiro sempre previu formas de investigação pré-processuais desde as ordenações vigentes na metrópole e, posteriormente, a partir da edição de normas pátrias.

Durante o Brasil Colônia, vigiam os institutos da querela, aplicável aos crimes de iniciativa privada, da denúncia, que era uma declaração de crime público e da devassa, que era a comunicação de delito levada ao Juiz que a levava a termo. As três se faziam em juízo, cominando em concentrar no poder judiciário toda a investigação criminal⁴.

Franco Perazzoni, em artigo publicado na internet afirma:

[...]durante o Brasil-colônia, apesar de terem surgido alguns grupos organizados com funções de polícia ostensiva (guarda escocesa, quadrilheiros etc.), não havia, efetivamente, um corpo policial com funções especificamente investigativas, ainda que submetido ao comando do magistrado.⁵

Apenas em 1808 com a chegada da corte portuguesa ao Brasil foi criada por Dom João VI a Intendência Geral de Polícia, que tinha como chefe geral um desembargador com status de ministro de Estado nomeado Intendente Geral de Polícia.

³ROCHA, Ubirajara. Problemas de polícia e Direito. São Paulo: Editora, 1965.

⁴ PERAZONNI, Franco. Origens e Evolução Histórica do Cargo de Delegado de Polícia no Brasil. Em: <<http://sindepol.com.br/site/artigos/origens-e-evolucao-historica-do-cargo-de-delegado-de-policia-no-brasil.html>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

⁵ PERAZONNI, Franco. Origens e Evolução Histórica do Cargo de Delegado de Polícia no Brasil. Em: <<http://sindepol.com.br/site/artigos/origens-e-evolucao-historica-do-cargo-de-delegado-de-policia-no-brasil.html>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

O Intendente Geral de Polícia podia, mediante autorização, determinar que terceiros representem nas províncias, exercendo suas funções administrativas, investigativas e judiciais, isso devido à grande extensão do território nacional e as peculiaridades de cada região, surgindo daí o termo “delegado” no Brasil pelo fato de essas pessoas exercerem literalmente um poder delegado.

Em 1827, logo após a independência do Brasil, houve uma considerável mudança no sistema brasileiro de persecução penal, onde a Constituição de 1824 introduziu o Juiz de Paz, que tinha atribuições policiais e judiciárias e era eleito na localidade, extinguindo o cargo de delegado de polícia.

Esse sistema perdurou até 1841, quando a Lei 261, de 03 de dezembro trouxe regra de que os delegados pudessem ser escolhidos entre juízes de direito e cidadãos respeitados, tendo poderes de julgamento e punição e que chefes de polícia seriam escolhidos entre os juízes de direito e desembargadores. Tal lei estabeleceu pela primeira vez os poderes e atribuições legais das Autoridades Policiais.

Somente após o advento da Lei nº. 2.033, de 20 de setembro de 1871 e, conseqüente a esta, do Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871 foi então consolidada a separação entre as funções de julgar e de investigar, restando proibido às autoridades policiais o julgamento de qualquer ilícito penal e definindo o inquérito policial como sendo a principal forma de apuração de ilícitos.

Com a proclamação da república em 1889 e promulgada a Constituição Federalista de 1891, a criação e manutenção das forças policiais passou a ser responsabilidade dos estados-membros, que, após a promulgação da Constituição de 1988, ficaram impedidos de efetuar nomeações sem concurso público nas Polícias Judiciárias.⁶

O ingresso ao cargo de Delegado de Polícia hodiernamente é feito mediante concurso público, nos termos do Art. 37, II, da Constituição Federal, onde é exigido que o candidato, dentre outros requisitos, seja bacharel em direito.

1.1.3 Papel

O Delegado de Polícia exerce um papel de suma importância, dentre outras atribuições, é o responsável por conduzir o inquérito policial, ou seja, a

⁶ Delegado de polícia. Em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Delegado_de_pol%C3%ADcia#cite_note-ReferenceA-5>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

persecução penal na fase pré-processual, que objetiva a coleta de dados e provas que lastrearão o julgamento do magistrado na fase processual. Ele preside o inquérito não sendo parte no procedimento, mas atuando entre as partes. Dessa forma, deve agir com prudência, conduzindo as investigações de forma imparcial com o único fim de elucidar os fatos para que o crime possa ser julgado com base na verdade e que, assim, possa-se alcançar a justiça.

Tal autoridade, com base na Lei, tem poderes de atuação para garantir o bom sucesso da investigação criminal como, por exemplo, a apreensão de objetos que possam servir de prova ou que tenham relação com o fato delituoso, a requisição de perícias em geral para que se possa formalizar a prova criminal, bem como a representação perantejuízo pelas medidas de natureza cautelar para, assim, evitar possíveis fugas ou embaraços.

Nos termos do Art. 2º da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, o Delegado de Polícia tem competência para representar em juízo pela prisão temporária, que é uma medida cautelar criada para evitar possíveis problemas com o indiciado, como fuga ou possíveis obstáculos que possam ser criados por este ao bom andamento do inquérito, por exemplo, ameaça a testemunhas e destruição de provas ou objetos, e permitir a coleta de informações sobre o fato delituoso quando esta for imprescindível para o bom desenrolar da investigação criminal.

1.2 DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1.2.1 Conceito

O Ministério Público é um órgão independente de cooperação nas atividades do Estado, sendo, portanto, muitas vezes considerado um quarto poder por não estar englobado em nenhum dos poderes executivo legislativo ou judiciário.

O Art. 127 da Constituição Federal de 1988, in verbis, assim o define:

Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.⁷

O dispositivo constitucional supracitado é claro em atribuir ao Ministério Público a tutela dos interesses indisponíveis e a defesa da sociedade tornando-o

⁷ BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 20/01/2015 às 16h02min.

órgão extremamente importante para a manutenção da ordem social, onde é conhecido como “defensor da Lei”. O ministério público é o órgão responsável por representar a sociedade e defender os interesses desta e defender tanto os interesses coletivos quanto os individuais que ensejam um tratamento especial no ordenamento jurídico.

Quanto à sua autonomia, está sujeito apenas à Constituição e às leis vigentes, sendo autônomo para organizar sua estrutura administrativa e independência para gerir e executar seu orçamento.

O Ministério Público é o responsável pela fiscalização do cumprimento da lei no Brasil, sendo seu papel defender, dentre outros, o meio ambiente, o patrimônio cultural, os direitos e interesses da coletividade com especial atenção ao indígena, idoso, criança e adolescente bem como à família.

É composto pelos seguintes entes: Ministério público do Trabalho (MPT), Ministério Público Militar (MPM), Ministério Público da União (MPU), Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e Ministério Público dos Estados (MPE).

1.2.2 Origem Histórica

O surgimento do Ministério Público no mundo ainda é um tema conturbado, apesar da quase totalidade da doutrina atribuir seu berço à França, o fato é que ele se desenvolveu lentamente e não surgiu “do dia pra noite”.

Alguns estudiosos sustentam ser o “*magiaí*” no antigo Egito o primeiro esboço de membro do ministério público, que eram encarregados, dentre outras atribuições, de punir os violentos e rebeldes e proteger os bons cidadãos, bem como investigar os delitos. No entanto, não detinham as garantias e prerrogativas dos membros do ministério público de hoje.

Houve esboços também na Grécia antiga, século VIII, a. C., com os “*themotetis*” ou “*tesmotetas*” que eram um conselho responsável pela defesa da lei em Atenas e era composto por seis membros; na idade média, onde os “*saions*” germânicos, os “*senescais*” e “*bailons*” eram os responsáveis por defender em juízo os senhores feudais bem como na Roma antiga, onde existiam os “*censores*” ou “*fisciadvocatum*” que eram responsáveis por manter a ordem pública⁸.

⁸ POLI, Mariana dos Reis Andre Cruz. A evolução histórica do ministério público e as constituições brasileiras: Aspectos relevantes. Em: <<http://www.ambito->

O autêntico precursor dos integrantes do Ministério Público surgiu na França, no final da idade média, quando se percebeu que era impossível haver justiça concentrando acusação e julgamento nas mãos de uma só pessoa. Ele foi escolhido entre os que tinham função de julgar para exercer exclusivamente a função de acusar pondo um fim no sistema inquisitivo que vigorava, sobretudo, em Roma.

Pode-se dizer que o Ministério Público surgiu para consolidar o sistema penal acusatório, onde as atribuições de acusar e julgar são dadas a agentes distintos garantindo, assim, a devida imparcialidade de quem julga, onde antes vigorava o sistema inquisitivo em que as atribuições de acusar e julgar concentravam-se em um único agente que acabava apegando-se à tese de acusação, por ser feita por ele próprio, não dando tanta importância à defesa e cominando, com isso, em um sistema parcial e falho.

Foi no reinado de Felipe III (1245-1285) que surgiram os primeiros membros do Ministério Público, escolhido entre os juízes e magistrados especiais, sendo denominados “*procureurs du roi*” (procuradores do Rei) que agora passaram a exercer exclusivamente a acusação não mais julgando.

O ministério Público surgiu como instituição apenas no reinado seguinte, o de Felipe IV (1285-1314) com a Ordenança de 23 de março de 1303 que é considerada a certidão de nascimento do Ministério Público. Ela regulou as atribuições dos seus membros bem como instituiu o Ministério Público como magistratura especial⁹.

No Brasil, em seu período colonial, por ser orientado pelo direito lusitano, não havia o Ministério Público como instituição. Porém, as Ordenações Manuelinas de 1521 e Filipinas de 1603 já faziam menção ao promotor de justiça, atribuindo ao mesmo às tarefas de fiscalizar a lei e promover a acusação criminal. Apenas no período imperial, em 1832, com o Código de Processo Penal do Império foi iniciada a sistematização das ações do ministério Público.

Na república, foi criada e regulamentada a justiça federal pelo decreto nº 848, de 11/09/1980, que dispôs em um capítulo as atribuições e estrutura do Ministério Público Federal. Já em 1951, a Lei federal nº 1.341 criou o MPU –

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7977>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015.

⁹ ROANA, Talyta; REBONATTO, Ligia; AUGUSTA, Jôse. Ministério Público: Origem, Conceito e Função Investigatória. Em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3589>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

Ministério Público da União, que se ramificava em Ministério Público Eleitoral, Ministério Público Militar e Ministério Público do Trabalho.

As garantias, atribuições e vedações aos membros do Ministério Público foram instituídas pela Lei Complementar nº 40, de 1981.

A atual Constituição Federal faz referência expressa ao Ministério Público no capítulo “Das funções essenciais à Justiça”, definindo as garantias e vedações de seus membros bem como as suas funções institucionais. O ministério Público adquiriu novas funções na área cível, com destaque à tutela dos interesses difusos e coletivos, o que deu notória evidência à instituição, que se tornou, para alguns, uma espécie de ouvidoria da sociedade.

O ingresso na carreira de membro do Ministério Público se dá por meio de concurso público de provas e títulos, com participação assegurada da Ordem dos Advogados do Brasil. O candidato deve ser bacharel em direito e ter, no mínimo, três anos de atividade jurídica.

1.2.3 Papel

O Ministério Público é um dos destinatários do inquérito policial no caso de ação penal de iniciativa pública. É parte no inquérito por ser legalmente legitimado para defender os interesses da coletividade em juízo ou fora dele, restando a ele o papel de compor o pólo ativo na persecução de tais crimes tanto na fase processual quanto na fase pré-processual.

Por ser o órgão representante dos interesses da sociedade e fiscal da lei, atua no inquérito como responsável pelas diligências do pólo ativo e como inspetor do devido cumprimento das normas que lastreiam o procedimento a fim de garantir a sua eficiência resguardando, assim, o jus puniendi do Estado e também os direitos do indiciado, como contraditório e ampla defesa¹⁰.

1.3 – DAS PRISÕES CAUTELARES

1.3.1 Conceito e pressupostos

¹⁰ MIRANDA, Marcello Albuquerque de, O Papel do Ministério Público no Inquérito Policial. Em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4227>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

O tema prisão é um dos mais delicados quando se trata de direito processual penal, uma vez que coloca em choque garantias constitucionais com as regras do processo. Mais delicada ainda é a questão das prisões cautelares, determinadas antes de feita a coisa julgada e que privam a liberdade do indiciado ou réu geralmente para fins procedimentais, com o intuito de evitar possíveis embaraços que possam ser criados pelo indivíduo caso permaneça em liberdade ou problemas que isso possa causar.

O tema prisão cautelar geralmente é analisado em confronto com garantias constitucionais como a presunção de inocência (Art. 5º, LVII) e o direito à liberdade provisória (Art., LXVI).¹¹ As prisões cautelares devem ocorrer apenas em caráter de urgência ou necessidade extrema, visando apenas assegurar o curso do procedimento penal justo e evitar possíveis delitos que o sujeito passivo possa cometer.

Os pressupostos gerais para adoção de medidas cautelares penais são o “*fumus commissi delicti*”, que se entende como a comprovada existência de um crime e indícios suficientes de autoria e o “*periculum libertatis*”, que é o perigo que o estado de liberdade do sujeito passivo oferece, causando risco à ordem pública e econômica.

As prisões cautelares são decretadas pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes. Também ocorrem mediante representação do Delegado de Polícia ou requerimento do ministério Público quando no curso da investigação criminal.

A doutrina tradicional considera que a prisão cautelar, apesar de privar a liberdade do indivíduo, tem natureza de medida cautelar e não de prisão propriamente dita, não ferindo, portanto, as garantias constitucionais de liberdade.

1.3.2 Das espécies de Prisões Cautelares

A legislação vigente no Brasil prevê como espécies de prisões cautelares: a prisão em flagrante; a prisão resultante de sentença condenatória (que não faculta ao condenado o recurso em liberdade); a prisão resultante de pronúncia; a prisão preventiva “*strictu sensu*”, e a prisão temporária, tratadas a seguir apenas aquelas

¹¹ BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 20/01/2015 às 16h02min.

que só podem ser decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quais sejam: a preventiva, a em flagrante e a temporária.

Faz-se necessária a análise das espécies a seguir, embora duas delas não façam parte do tema do presente estudo, por serem importantes no entendimento da natureza da prisão temporária, facilitando o entendimento do leitor e contribuindo para o objetivo do trabalho.

1.3.3 Da Prisão em Flagrante

Considerada pela doutrina tradicional como medida administrativa por ser levada ao feito pela autoridade policial, sem que aja ordem do poder judiciário, em face de uma das circunstâncias previstas no Art. 302 do Código de Processo penal, quais sejam: alguém que foi flagrado cometendo uma infração penal; que acaba de cometê-la; que é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, ou que é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O flagrante pode ser: a) próprio, quando o agente é surpreendido no momento do cometimento do crime ou então quando acaba de cometê-lo; b) impróprio, quando o agente é perseguido por alguém, fazendo com que se pense ser ele o autor da infração, e c) presumido, quando o agente é posteriormente encontrado com objetos, instrumentos, armas ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Em caso de flagrante provocado, que é aquele em que alguém (geralmente a polícia), provoca, de forma insidiosa, o autor a cometer o crime e, ao mesmo tempo, toma providências para que o crime não seja consumado, o Supremo Tribunal Federal, em sua súmula 145, decidiu que não há crime nessa hipótese e os tribunais superiores entendem tratar-se de crime impossível¹².

Alguns doutrinadores a entendem como sendo uma prisão pré-cautelar, que não objetiva diretamente acautelar o processo, mas somente deixar o indiciado à disposição para que o juiz possa apreciar a necessidade ou não de acautelar o processo.

¹² MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Considerações sobre a prisão cautelar. Em: <<http://arapajoe.es/poenalis/Prisaocautelar.htm>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2015.

1.3.4 Da Prisão Preventiva

Não é uma pena, mas sim um instrumento processual, uma medida cautelar, não violando a garantia constitucional de presunção de inocência caso a decisão seja estritamente necessária e sua decisão for devidamente motivada.

Sua principal característica é o fato de ser uma prisão decretada antes do trânsito em julgado do processo criminal, com o intuito que é comum em todas as prisões cautelares, qual seja, de garantir o bom andamento da persecução penal, evitando, por exemplo, que o réu cometa novos crimes, que prejudique a colheita de provas ou que fuja.

É regulada pelos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal e só pode ser decretada pela autoridade judicial competente, podendo ser de ofício ou solicitada pelo Delegado de Polícia, Ministério Público ou pela vítima, nos casos de crimes de Ação Penal de Iniciativa Privada. Parte da doutrina brasileira rejeita a prisão preventiva por considerar que ela é uma característica do sistema inquisitório.

A Prisão Preventiva pode ser decretada em qualquer fase do processo ou até mesmo na fase anterior, no inquérito policial, exceto entre cinco dias antes e quarenta e oito horas após as eleições, nos termos do Art. 236 do Código Eleitoral, salvo se for em flagrante, a fim de evitar qualquer fraude na apuração de votos.

Não são todos os crimes que podem ser passíveis de decretação de prisão preventiva. Além dos pressupostos, quais sejam, o “*fumus comissi delicti*”, materialidade e indícios de autoria, a Prisão Preventiva ainda tem alguns requisitos legais. O art. 313 do Código de Processo Penal estabelece um rol de crimes que podem ser passíveis da decretação de tal prisão cautelar, todos são dolosos contra a vida, com quatro exceções onde ocorre mesmo se o crime for punível com detenção, que são no caso do réu ser “vadio”, no caso do réu ser reincidente, nos crimes de violência doméstica (Lei nº 11.340 – Maria da Penha) e quando houver dificuldades de identificação do réu. A prisão preventiva não é cabível contra contravenção penal¹³.

Como qualquer decisão, o juiz deve motivá-la, nos termos do Art. 315 do Código de Processo Penal. O juiz pode revogar a Prisão Preventiva de ofício ou

¹³ MONTIBELLER, Barbara. As espécies de prisão cautelar de natureza processual penal. Em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/esp%C3%A9cies-de-pris%C3%A3o-cautelar-de-natureza-processual-penal>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2015.

mediante provocação das partes quando o motivo da prisão deixar de existir (*rebus sic stantibus*) ou for provado que nunca existiu.

1.3.5 Da Prisão Temporária

É a prisão cautelar que faz parte do tema do presente trabalho. Ela foi instituída pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, logo após a promulgação da carta magna de 1988, para substituir a prisão por averiguação, pelo fato desta não mais estar em conformidade com os direitos fundamentais consagrados na nova carta.

A Prisão Temporária só pode ser decretada na fase do inquérito policial, tendo duração de cinco dias prorrogáveis por mais cinco desde que motivado, com exceção dos crimes hediondos onde tem duração de trinta dias prorrogáveis por mais trinta. Como qualquer prisão cautelar, é decretada pelo magistrado, porém não podendo se dar de ofício, mas apenas por meio de requisição do Ministério Público ou representação da autoridade policial, esta sobre a qual não há unanimidade acerca da necessidade de parecer favorável do Ministério Público.

Quanto aos requisitos, o Art. 1º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989 dispõe, *in verbis*:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso;
 - b) sequestro ou cárcere privado;
 - c) roubo;
 - d) extorsão;
 - e) extorsão mediante seqüestro;
 - f) estupro;
 - g) atentado violento ao pudor;
 - h) rapto violento;
 - i) epidemia com resultado de morte;
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte;
 - l) quadrilha ou bando;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro.¹⁴

¹⁴BRASIL, Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

Os dois primeiros incisos trazem os fundamentos da Prisão Temporária enquanto o terceiro inciso traz o rol dos crimes que se sujeitam à mesma. Há uma celeuma doutrinária acerca da cumulação ou alternância dos incisos I e II.

Antonio Scarance Fernandes, por exemplo, sustenta que a prisão temporária só pode ser decretada se presentes os requisitos dos três incisos (cumulativos).

Damásio E de Jesus e Antônio Magalhães G filho, por exemplo, defendem que os incisos I e II são alternativos e cumulativos com o inciso III, ou seja, a prisão temporária poderá ser decretada no caso de algum dos crimes previstos no inciso III e desde que presentes os requisitos previstos ou no inciso I ou no inciso II, ou seja, quando for imprescindível para a investigação criminal ou quando o réu não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade ou não tiver residência fixa.

Há ainda uma terceira corrente, da qual são adeptos Tourinho Filho e Júlio Mirabete, que defendem a tese de que os três incisos são alternativos podendo a prisão temporária ser decretada desde que satisfeitos os requisitos de apenas um dos três incisos.

A posição que prevalece é a de que a prisão temporária somente será decretada nos casos dos crimes elencados no inciso III e desde que satisfeitos os requisitos de qualquer um dos dois primeiros incisos¹⁵.

Na prática, ocorre que esses requisitos não estão sendo considerados, sendo necessária apenas a afirmativa do Delegado de Polícia da necessidade de decretação da Prisão Temporária, pois, pensando bem, se para decretação da prisão temporária fizer-se necessária a conformidade com todos os princípios constitucionais e requisitos de medida cautelar previstos em lei, de nada serviria o instituto da prisão temporária, uma vez que, preenchidos todos esses requisitos, o Delegado de Polícia poderia pedir diretamente a prisão preventiva¹⁶.

Existe um questionamento sobre a constitucionalidade de tal prisão cautelar, tanto formal quanto matéria. Segundo os defensores da tese, a inconstitucionalidade material se dá pela violação ao princípio da presunção de inocência, pois além dos requisitos trazidos pelo Art. 1º da Lei nº 7.960, de 21 de

¹⁵ FARINELLI, Jéssica Ramos. Prisão Temporária. Em: <<http://www.infoescola.com/direito/prisao-temporaria/>>. Acesso em 26 de janeiro de 2015.

¹⁶ MONTIBELLER, Barbara. As espécies de prisão cautelar de natureza processual penal. Em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/esp%C3%A9cies-de-pris%C3%A3o-cautelar-de-natureza-processual-penal>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2015.

dezembro de 1989, é necessário, também, que sejam atendidos os requisitos da Prisão Preventiva para que o instituto não viole tal princípio. Já a inconstitucionalidade formal ocorre pelo fato da prisão temporária ter sido criada por Medida Provisória, uma vez que apenas o legislativo tem poder para legislar na esfera penal, nos termos do Art. 62, 1º, I, b, da constituição Federal de 1988. Apesar da discussão, o instituto da prisão temporária continua sendo utilizado hodiernamente.

2.DAS ATRIBUIÇÕES DO DELEGADO DE POLÍCIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 ASPECTOS GERAIS

Muito se discute sobre o verdadeiro limite constitucional e infraconstitucional das atribuições dos órgãos estatais componentes do sistema de persecução penal que aqui vigora no que tange às suas atribuições durante os procedimentos realizados, principalmente na fase pré-processual¹⁷.

O grande motivo é o fato da Lei não estabelecer exclusividade em muitas das funções institucionais públicas, como acontece, por exemplo, na prisão temporária, tema do presente estudo, onde tanto o Ministério Público quanto o Delegado de Polícia podem ir a juízo requerer ou representar por tal medida cautelar, o que gerou discordâncias doutrinárias acerca da necessidade de parecer favorável do Ministério Público na representação feita pelo Delegado de Polícia.

Isto se dá pelo fato do Ministério Público ser, hodiernamente, um órgão com competências muito abrangentes e um ente extremamente importante para a sociedade por ser seu defensor e fiscal da aplicação da Lei, bem como pelo fato de inúmeros atos jurídicos e até mesmo processos inteiros exigirem, por lei, que sejam acompanhados pelo “*parquet*”.

A lei não diz expressamente que a representação do delegado de polícia será autônoma, muito menos que precisa de parecer favorável do Ministério Público, o que gera muita divergência doutrinária onde existe duas correntes: uma diz que o Delegado de Polícia pode requerer a prisão temporária de maneira autônoma e a outra sustenta ser necessário o parecer favorável do Ministério Público, caso contrário cominará em prisão “*ex-officio*”.

No que tange ao inquérito policial, que é o principal procedimento da fase pré-processual da persecução penal no Brasil, somente no qual pode haver prisão temporária, neste capítulo trataremos das atribuições de cada órgão que dele faz parte, para que se possa ter uma visão geral do procedimento, contribuindo para o entendimento da verdadeira questão motivadora do presente trabalho, ou seja, a possibilidade do Delegado de Polícia requerer a prisão temporária sem a necessidade de posicionamento favorável do Ministério Público.

¹⁷ DROPA, Romualdo Flávio, Ministério Público e controle social. Em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3903>. Acesso em: 30 de janeiro de 2015.

2.2 DAS ATRIBUIÇÕES DO DELEGADO DE POLÍCIA

Por ser o chefe da polícia judiciária na sua circunscrição, pode-se dizer que o delegado de Polícia é quem opera o poder de polícia estatal na esfera criminal estadual.

No Brasil, o Delegado de Polícia é um tanto especial em relação a outros países. Em vários países, dentre eles os Estados Unidos, exige-se apenas formação técnica do Delegado de Polícia que é escolhido mediante eleição, enquanto aqui, escolhido mediante concurso, não se exige que ele tenha apenas formação técnica, mas também formação científica, sendo requisito essencial que seja bacharel em direito.

Isto faz com que o Delegado de Polícia do Brasil seja peculiar em relação a outros países, pois ele é um verdadeiro operador do direito e não apenas um órgão de mera força investigativa, como ocorre em várias outras nações. O delegado de Polícia no Brasil é responsável pela primeira análise jurídica da conduta criminosa que se apresenta, sendo chamado pelos doutrinadores de autêntico juiz de fato.

Por ter essa característica, o Delegado de Polícia é o único além do juiz que, ao lhe ser submetida uma conduta criminosa, pode decidir pela manutenção ou não da prisão. Pode manter a prisão ou, quando constatar a ausência dos requisitos legais, determinar a soltura do preso em flagrante. Ninguém mais pode fazê-lo na seara criminal além do Juiz e do Delegado de Polícia.

O Delegado de Polícia também possui competência exclusiva de alguns atos, como é o caso da nomeação de perito para realização de prova técnica no inquérito policial, onde somente pode ser desempenhada por ele. Porém, quando se está fora do inquérito, mas ainda se tratando de investigação criminal, o delegado não tem autonomia para tanto, devendo requerer ao judiciário, porque a lei não o permite fazê-lo de outra maneira¹⁸.

Há ainda atos que só podem ser desempenhados pelo Delegado de Polícia, não sendo atribuição nem mesmo da autoridade judiciária, como é o caso da interceptação telefônica, estabelecida expressamente pelo Art. 6º da Lei nº 9.296/96

¹⁸ CARVALHO FILHO, Líbero Penello de. LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA INSTAURAR INQUÉRITO CIVIL. Em: <http://www.sindepes.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=275:legitimidade-do-delegado-de-policia-para-instaurar-inquerito-civil&catid=6:artigos&Itemid=9>. Acesso em: 28 de janeiro de 2015.

que apenas o Delegado de Polícia conduzirá e supervisionará tal procedimento. Portanto, será tida como ilícita a prova produzida por interceptação telefônica sem a presença do Delegado de Polícia.

A maior polêmica sobre a legitimidade do Delegado de Polícia gira em torno da discussão sobre a possibilidade de instauração do inquérito policial. Muitos doutrinadores defendem a tese de que apenas o Ministério Público tem legitimidade para tanto, porém, não é o que diz a lei. Não há nenhum dispositivo constitucional ou legal que atribua exclusividade ao Ministério Público para instaurar o inquérito, mas apenas atribuindo a este a possibilidade de fazê-lo. Por isso, na prática, os delegados vêm instaurando inquéritos policiais sem problemas no Brasil.

O Delegado de Polícia tem a competência de presidir o inquérito policial, não atuando como parte, mas sim entre as partes autora e ré, sendo que de um lado está o Ministério Público, o querelante ou Procurador da república e do outro o pólo passivo, ou seja, o indiciado e seu advogado, quando tiver.

Desta forma, ao delegado incumbe conduzir a investigação dentro do inquérito policial, agindo sempre de forma imparcial e com o intuito apenas de buscar a verdade dos fatos e produzir as provas que servirão de base para o bom julgamento da lide, portanto, ele não está a serviço da parte autora ou da parte ré, mas apenas a serviço da busca da verdade dos fatos.

Dentro do inquérito policial, de acordo com Carina Lopes¹⁹, o Delegado de Polícia possui inúmeros poderes, classificados em poderes de ordenação, instrução, fiscalização, coação e autorização.

Os poderes de ordenação se resumem em nomeação de curador para o réu menor, aqui há uma divergência acerca da idade, uma vez que o Código de Processo Penal fala em 21 anos, porém o novo Código Civil reduziu a maioridade civil para 18 anos, o que gera discussão acerca da maioridade penal prevista no Código de Processo Penal acompanhar ou não a do Código Civil. Aqui o Delegado de Polícia também tem poderes para solicitar ao juiz a nomeação de curador especial em alguns casos, nos termos dos artigos 15 e 33 do Código de Processo Penal:

Art. 15. Se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial.

¹⁹LOPES, Carina Deolinda da Silva. Procedimentos e atribuições do delegado de polícia e das polícias judiciárias. Em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3052#_ftn1>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

Art. 33. Se o ofendido for menor de 18 (dezoito) anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.²⁰

Os poderes de instrução estão elencados no Art. 6º do Código de Processo Penal, como a seguir se pode analisar:

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

- I. dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
- II. apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
- III. colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
- IV - ouvir o ofendido;
- V. ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;
- VI. proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
- VII. determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
- VIII. ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;²¹

São basicamente os atos que dão andamento ao inquérito, como ouvir o indiciado e o ofendido, colher provas, realizar acareações, solicitar exames, tudo na busca da verdade dos fatos.

Os poderes de coação do Delegado de Polícia são os de determinação de incomunicabilidade do indiciado ou a apreensão de objetos ou daquele, em virtude da sua função policial. São exemplos os artigos 301 (poder de prender quem se encontrar em flagrante delito), 21 (poder de determinar a incomunicabilidade do indiciado) e 6º, II (poder de apreender objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais), do Código de Processo Penal.

Como atos derivados do poder de autorização, temos a função de autorizar o porte de arma de fogo estadual e federal autorizados pelas polícias civil e federal, respectivamente, nos termos do Art. 13, do Decreto Federal nº 2.222/1997²².

É também da competência do Delegado de Polícia presidir os termos circunstanciados, tomando conhecimento da ocorrência de crime de menor potencial

²⁰BRASIL, Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015.

²¹ BRASIL, Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015.

²²BRASIL. Decreto Federal nº. 2.222 de 27 de maio de 1997.

ofensivo lavrando o termo circunstanciado e encaminhando-o ao juizado especial criminal, bem como é competente para lavrar autos de prisão em flagrante do indivíduo que foi capturado na sua circunscrição, não importando o local do delito.

Em suma, é o Delegado de Polícia, por lei, investido de poderes de investigação criminal, bem como encarregado de assegurar a paz e o bem estar social por meio de todos os atos legalmente possíveis, cuidando para que sejam solucionados os fatos das condutas delituosas praticadas, dando resposta à sociedade, assim, e tomando medidas cautelares para evitar a impunidade e o cometimento de novos delitos.

Vale ressaltar que no Estado de Direito não se admite a figura do delegado inquisitor, que é aquele que busca provas exclusivamente incriminadoras, não levando em conta fatos favoráveis ao direito de defesa do indiciado e que acusa publicamente o mesmo. Portanto, o delegado deve buscar a elucidação dos fatos não importando se irá ou não incriminar o indiciado.

2.3 DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é instrumento de controle social, um órgão que fiscaliza o cumprimento das leis e atua na defesa da ordem jurídica, atuando no controle externo da atividade policial e na defesa dos interesses coletivos e individuais indisponíveis.

Segundo Romualdo Dropa²³:

Na sociedade brasileira, diante de tantas injustiças sociais, mandos e desmandos, arraigados à cultura de nosso país, eis que nobremente se eleva a figura do *Ministério Público* procurando superar todos os obstáculos que lhes são apresentados, com a missão de agir, unicamente, em respeito à vontade da lei, sem dar satisfações a qualquer *Poder* ou órgão dos seus atos, mas sem descumprirem o disposto hierárquico presente na organização interna da instituição, respeitando a subordinação administrativa devida à administração superior da Instituição. (Grifo do autor).

Ao ministério Público cabe o poder de investigar na área cível e penal do mesmo modo que ao cidadão é concedido o poder de controlar os atos daqueles que o representa. O Ministério Público preenche as lacunas sociais presentes em uma sociedade historicamente corrupta onde os mais poderosos sempre obstruíram

²³ DROPA, Romualdo Flávio. Ministério Público e controle social. Em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3903>. Acesso em: 30 de janeiro de 2015.

a aplicação da lei contra eles próprios e esmagaram os desprovidos de recursos e influências.

Antes da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público não tinha o brilho e o papel extremamente relevante que desempenha hodiernamente. Após o advento da Carta Magna, o Ministério Público se tornou o grande responsável por garantir a igualdade entre os homens, a devida aplicação da lei sem restrições de poder ou influência, contribuindo para o bem estar social e diminuindo as injustiças que sempre fizeram parte da nossa história.

É importante ressaltar os princípios institucionais do Ministério Público conferidos pela Constituição Federal em seu Art. 127, §§ 2º e 3º, quais sejam: autonomia administrativa, funcional e financeira.

A autonomia administrativa consiste na prerrogativa do Ministério Público editar seus atos relacionados, por exemplo, à gestão do quadro de pessoal, como admissão, exoneração, etc., à administração e à aquisição de bens. Os atos são auto-executórios, não estando sujeitos a juízo de aprovação de qualquer outra entidade ou órgão, devendo obediência apenas aos limites constitucionais e legais. Existem apenas três exceções a esse princípio previstas na Constituição Federal: I – nomeação do Procurador-Geral de Justiça, que é feita pelo Chefe do Executivo (Art. 128, §3º); II – possibilidade de destituição do Procurador-Geral de Justiça pelo Poder Legislativo (Art. 128, §4º); e III – os membros que possuem vitaliciedade só poderão perder o cargo por força de sentença judicial transitada em julgado (Art. 128, §5º, I, a). O Ministério Público, em virtude dessa autonomia, pode, por sua administração superior, regular a rotina administrativa do órgão, sendo proibida tal regulação a qualquer órgão que não detenha a autonomia tratada neste parágrafo.

A autonomia funcional, prevista no art. 3º da Lei nº 8.625/93²⁴, significa que o Ministério Público pode atuar de maneira independente, sem a influência de qualquer órgão externo, podendo adotar todas as medidas permitidas por lei contra quaisquer órgãos, agentes ou instituições de caráter público ou privado, sempre que se fizer necessário para que o seu fim possa ser atingido. Também é desdobramento dessa autonomia o fato de existir autonomia intelectual de cada agente, fazendo com que não haja subordinação intelectual, ou seja, quando um agente do Ministério Público for substituído por outro, o sucessor não é obrigado a seguir na mesma linha de raciocínio do antecessor, podendo ter opinião divergente

²⁴ BRASIL, Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2015.

no caso concreto, estando vinculado apenas à lei de sua consciência, não podendo receber ordens externas para agir deste ou daquele modo, pois a sua conduta só é limitada e regulada pela Lei.

O Ministério Público tem legitimidade para instaurar ou requisitar a instauração do inquérito policial, investigar crimes, combater a tortura, promover pela responsabilização dos culpados, dentre outras funções.

O Código de Processo Penal, em seu Art. 257, diz que o Ministério Público promoverá privativamente a ação penal pública e fiscalizará a execução da lei. O ministério Público não é escravo da lei, mas sim órgão da própria lei, não se limitando apenas a aplicar a lei, podendo discutir sua aplicação, conservando, assim, a personalidade e autonomia do órgão. Segundo João Gaspar Rodrigues²⁵:

O Ministério Público **pode** e **deve** discutir a lei, de que não é apenas executor, mas órgão, fiscal, aplicador esclarecido e consciente. A atividade ministerial não é meramente reflexa, mas indutora e reguladora. Assim é que, no seu livre convencimento e apreciação (dentro, porém, dos limites já tracejados), os membros da **magistraturedébout** podem dar a dimensão do justo à lei a ser aplicada. (Grifo do Autor)

O Art. 127, caput, da Constituição Federal classifica o “*parquet*” como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

As funções institucionais do Ministério Público estão elencadas no Art. 129, incisos I a IX, da Constituição Federal²⁶:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

²⁵ RODRIGUES, João Gaspar. Atribuições do Ministério Público. Em: <<http://jus.com.br/artigos/270/atribuicoes-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2015.

²⁶ BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

É importante ressaltar que este é um rol exemplificativo, conclusão que se tira a partir do inciso IX supracitado que atribuiu ao Ministério Público a possibilidade de exercer outras funções compatíveis com sua finalidade que não estejam previstas nos incisos I a IX e vedando-lhe apenas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

O Ministério Público atua nas ações cíveis e penais como parte, inclusive o Promotor de Justiça é tido como verdadeiro advogado capaz de propor ações como a civil pública, porém sua atuação é fiscalizadora por ser o “fiscal da lei”, por isso, nada impede que terceiros interessados concorram com ele no pólo ativo, contribuindo para a defesa do bem jurídico.

Quando se trata de inquérito civil, o Ministério Público é competente para instaurá-lo, nos termos da Lei Complementar nº 75/93, porém, quando se fala em inquérito policial, não é unânime o entendimento de que poderá ser instaurado pelo Ministério Público. Há discussões na doutrina acerca da possibilidade do “*parquet*” instaurar o inquérito policial, defendida tal possibilidade sob o argumento de que ela deriva do poder de investigação que o órgão hodiernamente detém, segundo doutrina majoritária²⁷.

Quanto ao poder de investigação do Ministério Público, ou seja, à investigação prévia, parte da doutrina não aceita essa possibilidade pelo fato da investigação criminal ser atribuição exclusiva da Polícia definida pela Constituição Federal, em seu Art. 144 e pelo fato do Ministério Público atuar no inquérito policial como órgão de controle externo das atividades desempenhadas pela Polícia no procedimento, não sendo compatíveis, portanto, os dois papéis simultaneamente.

Os que defendem a Investigação prévia sustentam a tese de que a sua possibilidade deriva do fato do Ministério Público ser o titular da Ação Penal Pública, nos termos do Art. 129, I da Constituição Federal, o que lhe dá poderes não só para atuar como mero espectador, mas para, além de requisitar diligências, proceder à execução das mesmas quando necessárias ao bom andamento da investigação criminal sempre que se fizer necessário, ou seja, de forma subsidiária.

²⁷ ROANA, Talyta; REBONATTO, Ligia; AUGUSTA, Jôse. Ministério Público: Origem, Conceito e Função Investigatória. Em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3589>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

O Ministério Público atua no inquérito como parte garantidora do cumprimento da Lei. O inquérito policial é o instrumento de investigação que garante tanto os direitos do indiciado quanto a devida aplicação da Lei Penal, assegurando, portanto, o “*jus piniendi*” do Estado. Desta forma, o Ministério Público atuará como parte no pólo ativo, na qualidade de órgão responsável por defender os interesses públicos, uma vez que os crimes de Ação Penal Pública são aqueles que ferem um bem jurídico que, uma vez violado, afeta não só o indivíduo diretamente atingido, mas toda a coletividade, surgindo daí a necessidade de se ter um ente responsável por defender a sociedade em geral, o que garante a manutenção da nossa forma de comunidade²⁸.

²⁸ MIRANDA, Marcello Albuquerque de, O Papel do Ministério Público no Inquérito Policial. Em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4227>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

3.DA REPRESENTAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA

3.1 ASPECTOS GERAIS

O único que pode decretar a prisão temporária é o Juiz, porém, ele não o pode fazer de ofício, nos termos da Lei nº 12.403/2011, que proibiu a decretação “*ex officio*” de qualquer prisão cautelar no curso da investigação criminal. As cautelares só poderão ser decretadas pelo juiz, mediante representação do Delegado de Polícia na fase pré-processual ou requerimento do Ministério Público nas fases pré-processual e processual.

Segundo entendimento da doutrina majoritária, o Delegado de Polícia apenas pode requerer as medidas cautelares durante a investigação criminal, uma vez encerrada esta fase, a ele não compete mais se dirigir ao Juiz para requerer tais medidas, nos termos do Código de Processo Penal, em seu Art. 282, §2º:

§2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando **no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial** ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)²⁹(Grifo nosso).

Apesar do dispositivo legal supracitado ser claro em afirmar que o juiz pode decretar de ofício as medidas cautelares, ele não poderá decretar a prisão temporária de tal forma, uma vez que, como dito anteriormente, a Lei nº 12.403/2011 vedou a decretação das prisões cautelares sem representação do Delegado de Polícia ou requerimento do Ministério Público.

Vale ressaltar que os crimes sujeitos à decretação de prisão temporária, elencados no inciso III, alíneas a a o, do art. 1º da Lei nº 7.960/89 são todos de Ação Penal Pública, ou seja, todos atrelados ao Ministério Público que é o detentor exclusivo de tal ação, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal.

Sobre a representação do Delegado de Polícia, Francisco Sannini Neto afirma:

[...] constitui um ato jurídico-administrativo cuja finalidade é expor ao Juiz os fatos, as circunstâncias e os fundamentos que justifiquem a adoção de uma

²⁹ BRASIL, Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015.

medida necessária à persecução penal e ao correto desenvolvimento do *ius puniendi* estatal.³⁰(Grifo do Autor)

No entendimento do autor supracitado, a representação tem natureza de sugestão, recomendação ou advertência apenas, o que a difere do requerimento, que tem natureza de solicitação ou pedido e só pode ser proposto por quem é parte num processo ou procedimento.

A lei confere ao Delegado de Polícia a possibilidade de representação pela prisão temporária mesmo não sendo parte no processo, porém, parte da doutrina sustenta não haver “*jus postulandi in judicio*” do Delegado de Polícia mesmo com tal previsão em lei, além do fato da Constituição Federal ter atribuído ao Ministério Público a titularidade exclusiva da Ação Penal Pública.

Desta forma, não é unânime o entendimento acerca da necessidade de parecer favorável do Ministério Público para que a representação possa cumprir seus efeitos. Passemos a analisar cada uma das duas correntes e seus fundamentos.

3.2 DO ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À REPRESENTAÇÃO AUTÔNOMA

Constitui-se no entendimento com menos adeptos. Seus principais argumentos são o de que o Ministério Público é o titular da Ação penal Pública e que o Delegado de Polícia não possui “*jus postulandi in judicio*” além do fato da Lei 12.431/11 ter impedido a decretação “*ex officio*” das cautelares pelo juiz.

Para essa corrente doutrinária, da qual faz parte Andrey Borges de Mendonça, é necessário que haja parecer favorável do Ministério Público para que a representação do Delegado de Polícia prospere, portanto, em caso de decisão favorável do Juiz pela prisão temporária provocada por representação sem parecer favorável ou com parecer contrário do “*parquet*”, o magistrado estaria atuando “*ex officio*” pelo fato do Delegado de Polícia não possuir “*jus postulandi in judicio*” e também pelo fato do Ministério Público ser o detentor exclusivo da Ação Penal Pública³¹.

³⁰ NETO, Francisco Sannini. Qual a natureza jurídica da representação do Delegado de Polícia? . Em: <<http://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/151642392/qual-a-natureza-juridica-da-representacao-do-delegado-de-policia>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2015.

³¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Há quem sustente que apenas o Ministério Público pode postular em juízo pela prisão temporária, sendo uma inconstitucionalidade o fato de a Lei prever a possibilidade de representação do Delegado de Polícia pelo fato do Ministério Público ser o único ente estatal possuidor do “*jus postulandi in judicio*” na relação Processual Penal.

Os defensores dessa tese sustentam que o Art. 311 do Código de Processo Penal fere a Constituição Federal, uma vez que este dispositivo legal também atribui ao Delegado de Polícia a possibilidade de representação pela Prisão Preventiva, o que não é objeto do presente estudo, mas que é citado nas preliminares dos pedidos de extinção do feito dos promotores adeptos dessa tese nas representações de Prisão Temporária feitas pelos Delegados.

Outro argumento é o fato do Delegado de Polícia não ter capacidade para recorrer da decisão que denegue o pedido de prisão temporária, capacidade esta que é uma extensão do direito de ação, fazendo com que se frise a inexistência de “*jus postulandi in judicio*” por parte do Delegado de Polícia e afirmando que o único órgão do estado que detém o direito de ação é o Ministério Público.

Essa doutrina alerta para o fato de que essa possibilidade seria um retrocesso, uma vez que em outros países como Itália, Alemanha e Portugal ela já não mais existe, onde a polícia executa as investigações coordenadas pelo titular da Ação Penal e que tal representação traz para nosso sistema penal traços do sistema inquisitivo, restando imperfeito nosso sistema penal acusatório, o que traria riscos para o bem estar social, uma vez que a função policial não seria compatível com a capacidade de ir a juízo exercer qualquer possibilidade de ação.

Também alertam para o fato de que esta representação pode ferir garantias individuais como a liberdade, o que estaria em descompasso com as modificações legislativas em todo o mundo e, notadamente, no Brasil, que hodiernamente adota um sistema voltado para a garantia dos direitos e liberdades individuais.

Para este entendimento, desde a edição da Constituição Federal de 1988, apenas as partes podem postular em juízo, portanto, sempre que o Delegado de Polícia achar necesserária a decretação de Prisão Temporária, deverá representar diretamente ao Ministério Público que, concordando com o feito, irá requerer ao Juiz a decretação.

Apesar de defenderem que somente as partes podem postular em juízo, os adeptos dessa tese não se posicionam quanto à Ação Penal Privada, o que nos

parece que não funcionaria o sistema defendido por esta corrente, uma vez que deixar tal responsabilidade nas mãos da vítima traria um risco enorme ao bom andamento da persecução penal.

3.3 DO ENTENDIMENTO FAVORÁVEL À REPRESENTAÇÃO AUTÔNOMA

Constitui o entendimento com maior número de adeptos. Embora os doutrinadores mais conhecidos não tratem do assunto com profundidade, a maioria sustenta em suas obras que a representação do Delegado de Polícia apenas passa pelas mãos do Ministério público para que este emita seu parecer e remeta os autos de volta ao Juiz para que a decisão seja proferida de maneira desvinculada ao parecer. Esta tese é a adotada pelos tribunais, porém não é unânime, caso contrário não faria sentido o presente estudo.

Os autores que tratam deste tema com profundidade, em sua maioria, defendem, em artigos publicados, a presente posição, sendo a que prevalece perante o meio doutrinário.

Eduardo Luís Santos Cabette sustenta a seguinte posição:

Realmente não há como negar que a partir da Constituição Federal de 1988 (artigo 129, I, CF) o Ministério Público é o titular da ação penal pública. Também é irrefutável o fato de que o Delegado de Polícia não possui direito de postular em juízo, tanto isso é fato que a lei não se refere à Autoridade Policial formulando “requerimentos” e sim “representações”. Além disso, é verdade que em caso de negativa de sua representação pelo Juiz, o Delegado não tem capacidade postulatória a fim de impetrar qualquer espécie recursal. Acontece que nada disso é suficiente para elidir o fato de que a lei atribui claramente ao Delegado de Polícia o poder de representar independentemente por cautelares (inclusive prisionais), jamais mencionando qualquer subordinação dessa Autoridade ao Ministério Público ou a qualquer outro órgão estatal para esse fim[...]³²

As sustentações da presente corrente doutrinária partem do simples fato da lei conceder a possibilidade de representação do Delegado de Polícia, onde o texto legal não prevê nenhuma limitação ou subordinação do feito ao Ministério Público, apesar do Chefe da Polícia Judiciária realmente não possuir o poder de

³² CABETTE, Eduardo Luís Santos. A representação autônoma do delegado de polícia pelas medidas cautelares. Em: <<http://jus.com.br/artigos/20490/a-representacao-autonoma-do-delegado-de-policia-pelas-medidas-cautelares>>.

postular em juízo e também não poder recorrer de uma eventual sentença denegatória.

Defendem que o Delegado de Polícia, no Brasil, é um agente que não é subordinado ao Ministério Público, como ocorre em outras nações, e que o inquérito policial não serve apenas para a parte autora, mas sim, exclusivamente, para a busca do esclarecimento dos fatos, o que o torna uma notável manifestação do nosso sistema acusatório.

Para Júlio Fabbrini Mirabete:

Apresentada a representação da autoridade policial, o juiz, antes de decidir, deve ouvir o Ministério Público, que opina livremente a favor ou não da representação, não vinculando seu parecer a decisão do magistrado.³³

Apesar de não se aprofundar na questão, o autor supracitado é claro em sua posição, qual seja a de que o Delegado de Polícia não precisa de parecer favorável do Ministério Público para que possa representar pela Prisão Temporária. Isso devido ao fato do nosso sistema penal ser um tanto peculiar em relação aos demais países, uma vez que aqui o Chefe de Polícia detém muitas atribuições como legítimo aplicador do direito, onde precisa conhecê-lo, ou seja, precisa ser bacharel em direito para exercer o cargo, talvez por isso a presente discussão tenha surgido.

Fernando Capez também sustenta a posição de que: “– *no caso de representação da autoridade policial, o juiz, antes de decidir tem de ouvir o Ministério Público*”³⁴.

O autor supracitado é claro em afirmar que o Juiz decidirá de forma livre, apenas ouvindo a opinião do Ministério Público, não necessitando de parecer favorável para que possa decidir pela decretação da prisão temporária.

Francisco Sannini Neto, em artigo publicado, contribui para esta tese no sentido de esclarecer o papel do inquérito policial:

[...] devemos salientar que a investigação criminal não é direcionada ao titular da ação penal. Na verdade, o inquérito policial se caracteriza como um instrumento democrático e imparcial, cujo único desiderato é reunir provas e elementos de informação quanto à autoria e materialidade delituosa, justificando, se for o caso, a propositura da ação. Em outras palavras, o inquérito policial não serve nem a acusação e nem a defesa, sendo compromissado apenas com a verdade e com a justiça³⁵.

³³ MIRABETE, Júlio Fabbrini, Processo Penal, 2001, São Paulo, ed. Atlas, pág. 396.

³⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva 2001, p. 331.

³⁵ NETO, Francisco Sannini. Representação do Delegado de Polícia e sua (des)vinculação ao parecer do Ministério Público. Em: <<http://jus.com.br/artigos/28228/representacao-do-delegado-de-policia-e-sua-des-vinculacao-ao-parecer-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

Portanto, para este entendimento, as atividades do Delegado de Polícia no inquérito não são direcionadas a nenhuma das partes, mas apenas à busca da verdade e do esclarecimento dos fatos e, com isso, o Chefe de Polícia não tem seu trabalho subordinado ao Ministério Público, titular exclusivo da Ação Penal Pública, que apenas é encarregado de exercer o controle externo da atividade policial e não de instruí-la ou coordená-la.

Quanto à decisão do Juiz, esta corrente doutrinária usa como um de seus argumentos o livre convencimento das decisões do Juiz, que não podem ser delegadas ou influenciadas por qualquer fator externo. Eduardo Luiz Santos Cabette afirma:

[...]embora respeitando o entendimento diverso, considera-se que o Juiz pode sim deferir cautelares mediante representação direta da Autoridade Policial quando a lei assim o prevê, ainda que sem ouvir o Ministério Público ou mesmo contra sua manifestação. Não se pode perder de vista a função de decisão que somente cabe ao Juiz de forma indelegável e isenta de influências externas por mais bem intencionadas que sejam. Acaso o Promotor discorde da decisão Judicial lhe cabe a via recursal para reformar o “*decisum*”³⁶

A sustentação do autor acima é no sentido de que, se o parecer do Ministério Público vincular a decisão do Juiz, o Juiz não estará decidindo, mas apenas homologando o que já seria uma decisão proferida pelo “*parquet*”, o que realmente fica claro e não se pode ser admitido em nosso sistema, já que o Juiz é quem decide de forma livre de acordo com seu convencimento, desde que motivado, é claro.

Alguns adeptos desta tese apontam para o fato de que, se o Delegado de Polícia precisa de parecer favorável do Ministério Público para representar pela Prisão Temporária nas investigações de crimes de Ação Penal Privada, necessitará de parecer favorável da vítima nos crimes de Ação Penal Privada, o que é prejudicial tanto para a vítima como para o bom andamento das investigações criminais.

Em suma, os defensores dessa tese defendem a representação autônoma do Delegado de Polícia primeiro pelo fato da lei conceder esta possibilidade, o que configura uma exceção, e segundo pelos fatos do Chefe de Polícia não ter sua atuação subordinada ao Ministério Público, do inquérito policial não ser direcionado apenas a uma das partes, mas sim à busca da verdade e do

³⁶CABETTE, Eduardo Luís Santos. A representação autônoma do delegado de polícia pelas medidas cautelares. Em: <<http://jus.com.br/artigos/20490/a-representacao-autonoma-do-delegado-de-policia-pelas-medidas-cautelares>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

princípio do livre convencimento do Juiz que não pode ter qualquer decisão sua vinculada a qualquer fator externo.

3.4 DA LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA

Como dito anteriormente, o sistema de persecução penal brasileiro é um tanto peculiar em relação a muitos outros países. Em vários países, como é o caso dos Estados Unidos, o Delegado de Polícia é um órgão executivo do poder público que não precisa sequer ter nível superior em ciências criminais e geralmente tem seus atos supervisionados e dirigidos pelo Ministério Público³⁷.

No Brasil, para poder exercer o cargo de Delegado de Polícia, o indivíduo precisa ter o título de bacharel em direito. O principal motivo dessa exigência é o fato de que aqui o Chefe da Polícia Judiciária é também um operador do direito, fazendo parte de um sistema investigatório peculiar em relação a outras nações, onde o Delegado preside as investigações, não tendo seu trabalho subordinado a nenhuma das partes, utilizando normalmente o inquérito como forma de investigação e que não tem a finalidade de servir apenas ao polo ativo, mas simplesmente à produção de provas que venham a elucidar a prática delituosa, seja incriminando ou inocentando o indiciado.

A nosso ver, é desse quadro que surge a legitimidade do Delegado de Polícia para representar pela prisão temporária, já que ele, como peculiar operador do direito no Brasil, detém poderes que não se vê em outros países onde o Chefe da Polícia Judiciária é subordinado ao Ministério Público, não fazendo muito sem a intervenção deste quando se fala em atos que exigem um maior domínio do Direito e que estão além dos básicos da competência da polícia. Por esta razão, o Delegado de Polícia, no Brasil, possui uma atuação muito mais ampla e complexa que as outras nações, sendo um conhecedor do direito e responsável por conduzir as investigações de forma independente e desvinculada.

O nosso sistema de persecução penal é diferente dos sistemas de outros países onde nestes o Delegado de Polícia é totalmente subordinado ao Ministério Público, portanto não é prudente defender a impossibilidade de representação autônoma pela Prisão Temporária com base em comparações do Delegado daqui

³⁷ LOPES, Carina Deolinda da Silva. Procedimentos e Atribuições do Delegado de polícia e das Polícias Judiciárias. Em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3052>. acesso em: 22 de janeiro de 2015.

com Delegados estrangeiros que muitas vezes nem conhecem a fundo o direito por não serem graduados e por isso tem sua atuação limitada pela sua lei local.

3.5 DA PRÁTICA HODIERNA

Hoje, no Brasil, a prática adotada pelos tribunais é a de que o Delegado de Polícia não necessita de parecer favorável do Ministério Público para que sua representação possa ser apreciada e acolhida pelo Juiz, mas sua representação sempre passa pelas mãos do “*parquet*” para que este dê o seu parecer favorável ou contrário e, de qualquer forma, os autos são remetidos de volta ao Juiz que decide de maneira desvinculada ao parecer, pelo seu livre convencimento.

Segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão:

Ementa: HABEAS CORPUS - PENAL - PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - IMINÊNCIA DE SOFRER CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM VIRTUDE DE TER UM MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA CONTRA A PACIENTE - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - Observo que a **Representação feita pela Delegada de Polícia** do DENARC, o Juiz a quo, ao contrário do arguido pelo impetrante, decretou, em fundamentada decisão e, **com anuência manifesta favorável do Ministério Público Estadual**, o ergástulotemporário da paciente, onde considerou como necessário para as investigações do inquérito policial, eis que, a acusada não fez prova de ter residência fixa, assim como não fornece elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. - Ordem denegada.³⁸(Grifo nosso)

No acórdão supracitado percebe-se o procedimento em que se dá vistas ao Ministério Público antes do Juiz decidir. Esta posição, apesar de ser a adotada, ainda enfrenta a resistência de alguns juristas, geralmente promotores, que são adeptos da teoria da não possibilidade de representação autônoma do Delegado de Polícia. Apesar do acórdão acima tratar de Prisão Preventiva, a regra e a prática são as mesmas para a Prisão Temporária e outras cautelares.

O Superior Tribunal de Justiça também dá exemplos do procedimento predominante em nosso país:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. (1) HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. PRÉVIA INVESTIGAÇÃO MINISTERIAL CHANCELADA POR ESTA CORTE COMO REGULAR. **REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL E MANIFESTAÇÃO**

³⁸ TJ-MA - Não Informada 125632012 MA (TJ-MA). Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=representa%C3%A7%C3%A3o+delegado+pris%C3%A3o+tempor%C3%A1ria+minist%C3%A9rio+p%C3%BAblico>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

MINISTERIAL. MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM". SUBSTRATO CAUTELAR SUFICIENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. No contexto de racionalização do emprego do habeas corpus, é inadmissível a sua utilização como sucedâneo recursal.

2. Mostram-se hígidas as diligências desenvolvidas pelo Ministério Público, em procedimento investigatório penal, chancelado por esta Corte, em sede de recurso em mandado de segurança. Com a ulterior instauração de inquérito policial, os aludidos elementos demonstraram que a quebra de sigilo bancário e fiscal não foi a primeira providência no seio da persecução penal, mas, inseriu-se em investigação que já vinha se desenrolando no âmbito do Ministério Público. Ademais, amalgamando-se os termos da representação do Delegado de Polícia e de alentada manifestação ministerial, em que expostos pressupostos e requisitos de cautelaridade, há lastro para o reconhecimento de fundamentação per relationem para o decreto judicial da referida decisão constritiva.

3. Ordem não conhecida.³⁹ (Grifo Nosso)

Nota-se que, na prática, nossos juristas vêm adotando o procedimento de sempre dar vistas dos autos ao Ministério Público para que este manifeste seu parecer favorável ou contrário sobre a representação do Delegado de Polícia.

Há casos de Promotores adeptos da teoria da não possibilidade de Representação Autônoma do Delegado, alguns até sustentam não ser possível qualquer representação diretamente ao Juiz, o que deveria ser feito ao Ministério público que conforme sua posição proceda ou não ao requerimento pela Prisão Temporária, o que faz com que os promotores, ao receberem os autos da representação, preliminarmente requeiram a extinção do feito e, ao fim, conforme entendimento, requeiram a prisão temporária ou não.

Porém, a doutrina prevalecente no Brasil é a de que a representação do Delegado de Polícia não necessita de parecer favorável do Ministério Público para que seja apreciada pelo Juiz, mas passa sempre pelas mãos do "*parquet*", que emite seu parecer e remete os autos de volta ao Juiz, este que decide de maneira desvinculada ao parecer, pelo seu livre convencimento.

³⁹ HC 241.870/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014

CONCLUSÃO

Percebeu-se que a doutrina contrária à representação autônoma do Delegado de Polícia não prospera em nossos tribunais, pelo fato da lei conceder ao chefe de polícia a possibilidade-exceção de ir a juízo requerer a medida cautelar que servirá para garantir o sucesso de alguma diligência e o bom andamento das investigações durante o inquérito policial.

Outro fato importante é de que, no Brasil, o Delegado de Polícia é também um operador do direito, tanto que para exercer tal função, o indivíduo precisa ter o título de bacharel em direito. Aqui, diferente do que ocorre em vários outros países, onde não é necessário ser formado em Ciências Jurídicas, o Delegado de Polícia não é subordinado ao titular da Ação Penal, ele preside as investigações de maneira independente, sem servir à parte A ou B, mas apenas à colheita de provas e esclarecimento dos fatos, o que ajudará no julgamento e, conseqüentemente, na busca pela justiça.

O sistema investigatório em que o titular da Ação Penal coordena os trabalhos da Autoridade Policial tem muito mais traços de sistema inquisitivo do que o sistema adotado no Brasil, onde o Delegado de Polícia é conhecedor do direito e o aplica, exercendo suas funções única e exclusivamente para a elucidação dos fatos, não sendo uma ferramenta de produção de provas contra o indiciado.

O Delegado de Polícia, apesar de não ser parte no procedimento nem possuir o "*jus postulandi in judicio*" de maneira geral, possui capacidade postulatória para requerer representar pela Prisão Temporária, pelo simples fato da lei a conceder, o que alguns chamam de capacidade postulatória imprópria, configurando uma exceção como ocorre, por exemplo, no habeas corpus onde qualquer pessoa pode impetrar, por isso não se pode condicionar tal representação ao parecer favorável do Ministério Público, caso contrário estaria sendo suprimida essa capacidade concedida pela lei.

Se o Delegado de Polícia necessitar de parecer favorável do Ministério Público para que o juiz possa conceder uma prisão temporária representada por ele, a lei estará sendo suprimida na sua finalidade, uma vez que a prisão temporária é uma medida de extrema urgência que, por este fato, foi concedida sua possibilidade de decretação por meio de representação da Autoridade Policial, que é o agente diretamente envolvido nas investigações e, por isso, o principal detectador da necessidade da medida cautelar.

É importante lembrar que o Delegado de Polícia coordena as investigações, que o inquérito só possui a finalidade de apurar o crime, não servindo à parte autora ou à parte ré e que a prisão temporária, como dito anteriormente, é uma medida urgente, que só foi concedida a possibilidade de decretação por representação do Delegado por esta razão, uma vez que ele, no Brasil, é também um agente que conhece o direito e o aplica, com o objetivo de proteger a sociedade contra o mal que a liberdade do indiciado possa causar.

Por outro lado, é importante frisar que, na prática, para a decretação da prisão temporária, basta que o Delegado de Polícia afirme para o Juiz que a medida é necessária, não se observando todos os requisitos das prisões cautelares, uma vez que, se forem atendidos todos esses requisitos, a prisão temporária será dispensável, podendo o Delegado representar diretamente pela prisão preventiva.

Desta forma, há o perigo de ocorrerem prisões emanadas do abuso de poder, o que fere um bem jurídico muito delicado e discutido, ou seja, a liberdade, surgindo daí a necessidade de um controle externo dessa atividade por envolver a possibilidade de exageros ou caprichos por parte da autoridade coatora e o órgão responsável pelo controle externo da atividade policial é justamente o Ministério Público, nos termos do artigo 129, incisos VII e VIII, da Constituição da República.

Entendeu-se que a representação do Delegado de Polícia deve ser remetida pelo juiz ao Ministério Público para que este dê seu parecer favorável ou contrário e depois remeta os autos de volta ao juiz para que ele decida de maneira desvinculada ao parecer.

Os motivos para que a representação do Delegado de Polícia passe pelas mãos do Ministério Público são que este é o órgão fiscalizador e garantidor do cumprimento da lei, além de defensor dos interesses coletivos e individuais indisponíveis e o responsável pelo controle externo da atividade policial.

Desta forma, o Ministério Público estará atuando para afastar qualquer traço do sistema inquisitivo e para garantir o sistema acusatório que hoje é o adotado em nosso país, pois estará garantindo a paz social, quando concordar com a medida cautelar, informando que a prisão temporária é justa e imprescindível para o bem estar social, do mesmo modo, estará defendendo os direitos do indiciado quando se deparar com uma representação injusta e informar ao juiz que a medida não é necessária, o que pode evitar prisões emanadas da arrogância e do abuso de poder.

É necessário que o Ministério Público se manifeste acerca da representação do Delegado de Polícia também pelo fato deste não poder recorrer da decisão do juiz que denegue a prisão, podendo ser recorrida pelo *parquet* no caso de parecer favorável, que faz com que ele se apresente como parte interessada e pelo fato do mesmo possuir o “*jus postulandi in judicio*”.

Pela análise do sistema investigatório brasileiro, percebeu-se que a representação do Delegado de Polícia não precisa de parecer favorável do Ministério Público para que seja válida, pois quem decide é o Juiz. Se o juiz, segundo o princípio do livre convencimento e livre apreciação das provas, não está vinculado nem a exames periciais que são provas altamente técnicas, não poderia se vincular ao parecer do Ministério Público, caso contrário, seria um mero homologador das “decisões” do “*parquet*”.

Portanto, tendo em vista a possibilidade de representação dada pela Lei ao Delegado de Polícia e os poderes de controle externo da atividade policial e defensor dos interesses sociais do Ministério Público, concluímos que a representação do Delegado de Polícia não necessita de parecer favorável do ministério público para que seja levada adiante, mas sim, necessita apenas de parecer do “*parquet*”, seja ele favorável ou contrário, tendo em vista a sua função nobre de defender a aplicação da lei e os interesses da sociedade e de exercer o controle externo da atividade policial, com o intuito de abrir-se a possibilidade de recurso da decisão denegatória da prisão que só pode ser feito pelo Ministério Público e também para evitar prisões injustas e afastar qualquer traço de sistema inquisitivo e não vinculando a decisão do juiz que pode decidir da forma que entender independente da opinião manifestada no parecer.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015.

BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

BRASIL, **Lei nº 12.403, de 04 de Maio de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

BRASIL, **Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

BRASIL, **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Decreto Federal nº. 2.222 de 27 de maio de 1997**.

CABETTE, Eduardo Luís Santos. **A representação autônoma do delegado de polícia pelas medidas cautelares**. Em: <<http://jus.com.br/artigos/20490/a-representacao-autonoma-do-delegado-de-policia-pelas-medidas-cautelares>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva 2001.

CARLI, Calinca de. **Da legitimidade da prisão temporária como medida de restrição da liberdade**. Em: <<http://jus.com.br/artigos/25509/da-legitimidade-da-prisao-temporaria-como-medida-de-restricao-da-liberdade>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015.

CARVALHO FILHO, Líbero Penello de. **LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA INSTAURAR INQUÉRITO CIVIL**. Em: <http://www.sindepes.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=275:legitimidade-do-delegado-de-policia-para-instaurar-inquerito-civil&catid=6:artigos&Itemid=9>. Acesso em: 28 de janeiro de 2015.

DELEGADO de polícia. Em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Delegado_de_pol%C3%ADcia#cite_note-ReferenceA-5>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

DROPA, Romualdo Flávio, **Ministério Público e controle social**. Em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3903>. Acesso em: 30 de janeiro de 2015.

ENCICLOPÉDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEU-AMERICANA, Madrid, Espas-Calpe, 1970.

FARINELLI, Jéssica Ramos. **Prisão Temporária**. Em: <<http://www.infoescola.com/direito/prisao-temporaria/>>. Acesso em 26 de janeiro de 2015.

HC 241.870/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014.

LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Procedimentos e Atribuições do Delegado de polícia e das Polícias Judiciárias**. Em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3052>. acesso em: 22 de janeiro de 2015.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Considerações sobre a prisão cautelar**. Em: <<http://arapajoe.es/poenalis/Prisaocautelar.htm>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2015.

MARTINS, Kleber. **A origem histórica do Ministério Público**. Em: <<http://www.prpb.mpf.mp.br/artigos/artigos-procuradores/a-origem-historica-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Processo Penal**, 2001, São Paulo, ed. Atlas.

MIRANDA, Marcello Albuquerque de, **O Papel do Ministério Público no Inquérito Policial**. EM: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4227>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

MONTIBELLER, Barbara. **As espécies de prisão cautelar de natureza processual penal**. Em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/esp%C3%A9cies-de-pris%C3%A3o-cautelar-de-natureza-processual-penal>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2015.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal. 2ª. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NETO, Francisco Sannini. **Qual a natureza jurídica da representação do Delegado de Polícia?** . Em: <<http://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/151642392/qual-a-natureza-juridica-da-representacao-do-delegado-de-policia>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2015.

NETO, Francisco Sannini. **Representação do Delegado de Polícia e sua (des)vinculação ao parecer do Ministério Público**. Em: <<http://jus.com.br/artigos/28228/representacao-do-delegado-de-policia-e-sua-des-vinculacao-ao-parecer-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

NOGUEIRA, Pedro Cesar da Fonte, **A participação do Ministério Público no inquérito policial**. Em: <<http://jus.com.br/artigos/18641/a-participacao-do-ministerio-publico-no-inquerito-policial>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 4ª edição, São Paulo: RT, 2008.

PERAZONNI, Franco. **Origens e Evolução Histórica do Cargo de Delegado de Polícia no Brasil**. Em: <<http://sindepol.com.br/site/artigos/origens-e-evolucao-historica-do-cargo-de-delegado-de-policia-no-brasil.html>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

POLI, Mariana dos Reis Andre Cruz. **A evolução histórica do ministério público e as constituições brasileiras: Aspectos relevantes**. Em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7977>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 13. Ed. Lumen Juris. São Paulo. 2007

ROANA, Talyta; REBONATTO, Ligia; AUGUSTA, Jôse. **Ministério Público: Origem, Conceito e Função Investigatória**. Em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3589>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

ROCHA, Ubirajara. **Problemas de polícia e Direito**. São Paulo: Editora, 1965.

RODRIGUES, João Gaspar. **Atribuições do Ministério Público**. Em: <<http://jus.com.br/artigos/270/atribuicoes-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2015.

SCARIOT, Juliane. **A (in)constitucionalidade e a (in)utilidade da prisão temporária**. Em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8958>. Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

TJ-MA - Não Informada 125632012 MA (TJ-MA). Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=representa%C3%A7%C3%A3o+delegado+pris%C3%A3o+tempor%C3%A1ria+minist%C3%A9rio+p%C3%BAblico>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

TORNAGHI, Helio. **Conceito de autoridade policial**. Em: <<https://blogdodelegado.wordpress.com/conceito-de-autoridade-policial-na-legislacao-processual-penal-brasileira/>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.