

Bruno Taufner Zanotti

Cleopas Isaías Santos

Delegado de Polícia

Teoria e Prática

8^a | revista
edição | ampliada
atualizada

2023

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO II

ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL

Bruno Taufner Zanotti

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CARGO DO DELEGADO DE POLÍCIA E DO INQUÉRITO POLICIAL

O primeiro instrumento de resposta aos crimes, existente desde os primeiros passos do homem e ainda presente hoje, foi a vingança privada. No entanto, devido à necessidade da vida em coletividade, a busca pelo interesse comum resultou no nascimento do Estado, com a consequente outorga a esse ente político do monopólio legítimo da força.

A evolução do monopólio legítimo da força passou por diversas etapas, e, atualmente, no Brasil, em que pese a seus questionamentos e necessidades de reformas, o inquérito policial é apontado como um dos principais instrumentos da segurança pública.

A origem do inquérito policial verifica seus traços na Idade Média, caracterizada pela forte influência da vontade do Monarca e dos princípios da Igreja no dia a dia do Estado. Por isso, Fábio Geraldo Veloso¹ aponta a existência de uma dupla origem ao inquérito policial: a atividade estatal e a atividade religiosa.

A atividade estatal, marcada pelo seu caráter administrativo, deveria dar uma resposta ao delito praticado. Gerido pelos representantes do soberano, nasceu o inquérito (*inquisitio*) para solucionar questões relativas a atrasos de impostos, propriedade, crimes, costumes, entre outros.

A atividade religiosa, por meio da *visitatio*, consistia na visita de um representante da Igreja (o Bispo) a sua diocese. Ao chegar a um lugar, o Bispo

1. VELOSO, Fábio Geraldo. **Teoria e prática do inquérito policial**: investigação de crimes pela polícia. Franca: Lemos e Cruz, 2011, p. 24.

instituiu, primeiramente, a *inquisitio generalis* (inquirição geral), inquirindo as pessoas sobre o que havia acontecido na sua ausência. Diante da caracterização de alguma conduta específica (v.g., crimes), o Bispo instituiu a *inquisitio specialis* (inquirição especial), a fim de apurar indícios de autoria e materialidade do que havia acontecido.

No Brasil, foi somente em 1832, com a criação do Código de Processo Criminal, que ocorreu a estruturação do serviço policial. O serviço de investigação passou a ser dirigido pelo Juiz de Paz, eleito da mesma forma que os Vereadores, com atribuições que, atualmente, são exercidas por Delegados de Polícia e por Juizes de Direito. A função, portanto, era decorrência de influência política local, sem qualquer tipo de isenção ou imparcialidade.²

O Código de Processo Criminal de 1832, como se verifica abaixo, estabeleceu, no art. 12, diversas atribuições criminais do Juiz de Paz:

Art. 12. Aos Juizes de Paz compete:

§ 1º Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vierem habitar no seu Distrito, sendo desconhecidas, ou suspeitas; e conceder passaporte às pessoas que lho requererem.

§ 2º Obrigar a assignar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bêbados por hábito, prostitutas, que perturbam o sossego público, aos turbulentos, que por palavras, ou ações ofendem os bons costumes, a tranquilidade pública, e a paz das famílias.

§ 3º Obrigar a assignar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretensão de cometer algum crime, podendo cominar neste caso, assim como aos compreendidos no parágrafo antecedente, multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e três meses de Casa de Correção, ou Oficinas públicas.

§ 4º Proceder a Auto de Corpo de delito, e formar a culpa aos delinquentes.

§ 5º Prender os culpados, ou o sejam no seu, ou em qualquer outro Juízo.

§ 6º Conceder fiança na forma da Lei, aos declarados culpados no Juízo de Paz.

§ 7º Julgar: 1º as contravenções ás Posturas das Câmaras Municipais: 2º os crimes, a que não esteja imposta pena maior, que a multa até cem mil réis, prisão, degredo, ou desterro até seis meses, com multa correspondente à metade deste tempo, ou sem ela, e três meses de Casa de Correção, ou Oficinas públicas onde as houver.

§ 8º Dividir o seu Distrito em Quarteirões, contendo cada um pelo menos vinte e cinco casas habitadas.

A função de Delegado de Polícia, com essa nomenclatura, foi criada pela Lei nº 261, de 1841, responsável por alterar diversos dispositivos do Código

2. SALAIBI FILHO, Nagib. **Prefácio.** Teoria e Prática do Inquérito Policial: investigação de crimes pela polícia. Franca: Lemos e Cruz, 2011, p. 11.

de Processo Criminal de 1832. Essa alteração legal instituiu a figura do Chefe de Polícia, a função de Delegado e a função de subdelegado:

Art. 1º Haverá no Município da Corte, e em cada Província um Chefe de Polícia, com os Delegados e Subdelegados necessários, os quais, sobre proposta, serão nomeados pelo Imperador, ou pelos Presidentes. Todas as Autoridades Policiais são subordinadas ao Chefe da Polícia.

Art. 2º Os Chefes de Polícia serão escolhidos dentre os Desembargadores, e Juizes de Direito: os Delegados e Subdelegados dentre quaisquer Juizes e Cidadãos: serão todos amovíveis, e obrigados a aceitar.

Art. 3º Os Chefes de Polícia, além do ordenado que lhes competir como Desembargadores ou Juizes de Direito, poderão ter uma gratificação proporcional ao trabalho, ainda quando não acumulem o exercício de um e outro cargo.

O atual Código de Processo Penal reformulou toda a investigação policial e conferiu ao Delegado de Polícia a chefia imediata para a sua condução. Contudo, até a atual Constituição Federal, não existia o cargo de Delegado de Polícia, pois se tratava de uma função comissionada.

Apesar de a investidura nos cargos de Promotores de Justiça e Juizes de Direito ser precedida de concurso público desde a Constituição de 1934, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que os cargos de Delegados de Polícia passaram a ter o mesmo requisito, razão pela qual, atualmente, são qualificados como carreira jurídica e responsáveis, de forma imparcial, pela investigação criminal.³ Trata-se de uma mudança recente, mas necessária para o reconhecimento do cargo como um alicerce essencial para a proteção dos direitos constitucionais e da segurança pública nacional.

Por fim, no ano de 2013, foi publicada a Lei nº 12.830 que regulou a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, incorporando ao cargo algumas relevantes questões até então doutrinárias ou jurisprudenciais, tais como a necessidade de a remoção do Delegado de Polícia se dar por ato fundamentado, a previsão legal do poder de indiciamento, além de ter qualificado o cargo como de natureza jurídica, temas que serão estudados ao longo desta obra.

2. O DELEGADO DE POLÍCIA NA ESTRUTURA DA POLÍCIA CIVIL

O Delegado de Polícia representa a classe mais elevada da Polícia Civil, responsável pela organização administrativa do órgão e pela chefia da investigação criminal.

3. SALAIBI FILHO, 2011, p. 11.

Apesar de ser a classe mais elevada, o Delegado de Polícia também está submetido a regras de hierarquia em relação a outros Delegados de Polícia. Por exemplo, o Delegado de Polícia que atua em uma Delegacia regional está submetido ao Superintendente e, ambos, estão submetidos ao Delegado-Geral da Polícia Civil.

Faz-se necessário ressaltar que essa relação hierárquica entre os delegados diz respeito somente aos aspectos administrativos, uma vez que o Delegado de Polícia é dotado de imparcialidade e independência funcional (ou independência técnica para o STF) para o exercício fim de sua profissão (a investigação criminal e a presidência do inquérito policial). A única exceção à independência funcional, prevista na Lei nº 12.830/13, consiste na possibilidade de um delegado de polícia hierarquicamente superior avocar a presidência de um inquérito policial de um Delegado de Polícia a ele subordinado, em despacho fundamentado (forma escrita), desde que seja comprovado o interesse público ou inobservância dos procedimentos previstos em regulamentos internos da Polícia:

Art. 2º, 4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudiquem a eficácia da investigação.

É também no mesmo sentido o teor da Súmula nº 11, aprovada no *I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo: Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal*, realizado na Academia de Polícia Coriolano Nogueira Cobra, em 26 de setembro de 2013, com a participação de Delegados da Polícia Civil do Estado de São Paulo e da Polícia Federal:

Súmula nº 11: O ato administrativo que determina a avocação de inquérito policial, ou de outro procedimento análogo previsto em lei, reclama, como pressuposto de validade dos atos investigatórios subsequentes, circunstanciada motivação que, necessariamente, deverá estar relacionada à indevida condução da investigação, suficientemente demonstrada.

Além da chefia da investigação criminal, que é largamente estudada neste livro, ao Delegado de Polícia também incumbe a organização administrativa da Polícia. Essa questão fica bem nítida, por exemplo, nas chefias da Polícia Civil e dos Departamentos de Polícia Judiciária. A Autoridade Policial, portanto, deve gerir a Delegacia na qual trabalha, verificar constantemente a estrutura física e de pessoal, administrar o depósito de objetos apreendidos e o almoxarifado, entre outras atribuições.

Como estrutura administrativa mais elevada da Polícia Civil, tem-se o Delegado-Geral da Polícia Civil. Em relação a essa função comissionada, de acordo com o STF,⁴ **é constitucional norma da Constituição do Estado que restringe a escolha do Delegado-Geral da Polícia Civil aos integrantes da última classe da carreira, desde que previsto pela redação originária da Constituição Estadual ou eventual Emenda à Constituição Estadual respeite norma de iniciativa privativa do Governador do Estado.**

Ainda sobre o Delegado-Geral da Polícia Civil, **é inconstitucional a existência de mandato para o cargo de Delegado-Geral da Polícia Civil** por se tratar de cargo em comissão, violando o modelo presente na Constituição Federal.⁵

Também **é inconstitucional norma da Constituição Estadual, de iniciativa parlamentar, que disponha sobre nomeação, pelo Governador, de ocupante de cargo de Diretor-Geral da Polícia Civil, a partir de lista tríplice elaborada pelo Conselho Superior de Polícia.** A jurisprudência do STF pacificou-se no sentido de prestigiar a redação do art. 144, § 6º, da Constituição da República, segundo a qual as forças policiais subordinam-se aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, sendo inconstitucional o esvaziamento desta norma pela criação de requisitos como a formação de lista tríplice.⁶

Como esse assunto foi cobrado em concurso público?

(PC/Delegado/MA/2017/CESPE) No caso de um delegado de polícia instaurar inquérito policial para apurar a conduta delitativa supostamente praticada por determinado cidadão, o delegado-geral de polícia

- A) poderá promover a remoção do delegado com o objetivo de frustrar a sua atuação no inquérito, independentemente de justificativa, em razão de sua posição hierárquica.
- B) poderá determinar a redistribuição do inquérito por motivo de interesse público devidamente demonstrado.
- C) não poderá, em regra, determinar a redistribuição do inquérito policial, ressalvado apenas o caso de morte do delegado que determinar a sua instauração.
- D) poderá proceder à redistribuição do inquérito, independentemente de justificativa, em razão de sua posição hierárquica.
- E) não poderá avocar o inquérito policial, salvo em caso de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação policial que prejudique a eficácia da investigação.

A assertiva correta é a letra “B”. A letra “E” está incorreta por se apresentar incompleta, na medida em que a legislação prevê duas exceções (por motivo de interesse público

4. ADI 3922, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2021.

5. ADI 4515, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2021.

6. ADI 6923, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2022.

ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudiquem a eficácia da investigação).

(PC-ES/Delegado/2022/CESPE) Ainda que haja motivo de interesse público, o chefe de polícia civil não pode avocar nem redistribuir o inquérito policial, uma vez que a regra dos atos administrativos não se aplica no âmbito da investigação policial.

A assertiva foi considerada falsa.

3. O DELEGADO DE POLÍCIA NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL

3.1. A Constituição Federal de 1988 como fundamento de legitimidade da conduta policial: poder discricionário ou poder vinculado?

É comum, na doutrina brasileira, sustentar que o Delegado de Polícia possui um poder de atuação discricionário, em razão, principalmente, da inexistência de um rigor procedimental preestabelecido em lei. Inclusive, esse poder é apontado pela doutrina como característica do inquérito policial.

Como afirma Renato Brasileiro,⁷ a discricionariedade é vista como uma liberdade de atuação para que a Autoridade Policial escolha o caminho mais conveniente para um caso concreto, desde que cada ato desse procedimento respeite os limites traçados pela lei. A atuação fora dos limites da lei, ainda de acordo com o citado autor, é hipótese de arbitrariedade.

Desse modo, de acordo com a doutrina brasileira, o limite é a lei, ou melhor, o limite é a interpretação conferida pelo hermenêuta à lei. Durante o inquérito policial, as regras procedimentais conferem à Autoridade Policial a escolha do trâmite mais conveniente e oportuno para determinado caso concreto. Para essa linha doutrinária, existe somente um caso em que o Delegado de Polícia estaria vinculado a agir: o Delegado de Polícia deve determinar a realização do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio, tal como preceitua o art. 158 do CPP.

A discricionariedade, como método de aplicação do poder estatal, é fruto do Estado Social, um paradigma moderno que foi superado pelo Estado Democrático de Direito. Faz-se necessário o estudo desses dois períodos históricos citados com o objetivo de entender as consequências práticas de se defender, ainda hoje, a atuação discricionária por um agente que possui parcela de poder estatal.

7. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2011, p. 134.

O estudo demonstrado abaixo, como se observará, é direcionado ao Poder Judiciário, mas a sua essência possui aplicação em qualquer outro órgão ou cargo estatal que exerça alguma parcela do poder, como o Delegado de Polícia e o Ministério Público.

Com o advento do Estado Social (ou Estado de Bem-Estar Social), causado pela Revolução Industrial e pela Primeira Guerra Mundial, a **interpretação se incorporou à função dos magistrados**. No entanto, a interpretação do juiz era limitada, apesar de representar um importante passo na evolução da hermenêutica jurídica.

Como expõe Carvalho Netto,⁸ **os métodos hermenêuticos, como a interpretação sistêmica, teleológica e histórica, concediam ao juiz uma multiplicidade discricionária interpretativa, desde que todos estivessem dentro da moldura proposta por Kelsen. Nesse sentido, afirma Dworkin⁹ que “o positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra”.**

Esse modelo fechado e hierarquizado de regras, idealizado por Kelsen, não permitia que o Direito fosse impregnado pelos princípios. De um lado, cabia aos cientistas do direito traçar, dentro da moldura, as possíveis interpretações, e, do outro lado, cabia ao magistrado fixar a interpretação que mais entendia adequada. **A interpretação, nesse paradigma moderno, era uma escolha discricionária (decorre, desse entendimento, a expressão “poder discricionário”), entre as interpretações possíveis.**

A legitimidade de uma decisão, no Estado Social, **recai sobre a autoridade, ou seja, pelo simples fato de ser investido da atividade jurisdicional, bastando a simples – e discricionária – escolha, pela autoridade judicial, de uma das interpretações possíveis.** Guardando as devidas proporções, de acordo com o paradigma em questão, a atividade jurídica de um magistrado, de um Delegado de Polícia ou de um Promotor de Justiça teria sua legitimidade como decorrência única da aprovação no respectivo concurso público (investidura na atividade), bastando uma escolha discricionária entre as interpretações possíveis.

No entanto, o paradigma do Estado Democrático de Direito rompeu com o paradigma anterior ao impor um novo modelo de justiça social, focado

8. CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista brasileira de Direito Comparado**. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 573-586, 1999, p. 481.

9. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 128.

nos direitos difusos. A superação do Estado Social se mostra visível também dentro da hermenêutica jurídica, estabelecendo-se novos mecanismos para a interpretação.

Os equívocos do Estado Social são solucionados dentro do Estado Democrático de Direito, à luz de um procedimento democrático. A **teoria do discurso focaliza o debate**, tendo lugar antes da decisão final, a qual é consequência da discussão e da inclusão de todos os afetados. Em outras palavras, **não se buscam unicamente alguns atos específicos, como a decisão judicial ou o relatório ao final do inquérito policial, mas busca-se todo o debate que antecede a sua conclusão, a ser feito por todos aqueles que serão influenciados pela decisão final.**

Essa nova visão do direito vai influenciar todos os atos de poder, abandonando a interpretação e aplicação do Direito como uma escolha discricionária. Do mesmo modo que **a Jurisdição, no Estado Democrático de Direito, analisada como verdadeira garantia fundamental, não se presta a uma atuação desgarrada da Constituição Federal, todos os órgãos e cargos que exercem parcela do poder estatal (v.g., Delegado de Polícia e Ministério Público) devem ter como limites e possibilidades hermenêuticas a Constituição e os direitos e garantias fundamentais.**

A partir de tais premissas, em que pese a determinação do art. 102, *caput*, da Constituição Federal, não se pode concluir que a atribuição da guarda da Constituição Federal se dá única e exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal. A leitura mais adequada do referido artigo ao paradigma do Estado Democrático de Direito **atribui ao povo – e não a um órgão estatal – a proteção da Constituição.** Como afirma Galuppo,¹⁰ “o intérprete (e guardião) último da Constituição não é, como se supõe, um órgão do Estado, como o próprio Supremo Tribunal Federal, mas o próprio povo. Ao povo, em um Estado Democrático de Direito, compete guardar a Constituição e o pluralismo que ela manifesta”.

O povo, dentro desse contexto, deve ser o principal fiscal de todos os atos realizados pelo poder público. Por isso, sustenta Peter Häberle¹¹ a necessidade de uma mudança paradigmática, evoluindo de uma sociedade fechada (Estado Social) para uma sociedade aberta (Estado Democrático de Direito), de modo a possibilitar uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição, ou seja, deve-se integrar toda pessoa que será afetada pela decisão final ao procedimento de tomada dessa decisão, qualquer que seja o procedimento.

10. GALUPPO, Marcelo Santos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Org.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 63 e 64.

11. HÄBERLE, 1997, p. 13.

Como consequência desse novo paradigma, *v.g.*, diferentemente do que sustentam alguns julgados do STJ,¹² passa a ser obrigatória a oitiva do indiciado no curso do inquérito policial, uma vez que ele será afetado pela decisão de indiciamento ou mesmo pelo início da ação penal, salvo se estiver foragido ou em local desconhecido pela Autoridade Policial.

No atual paradigma, a **legitimidade das decisões judiciais (e de todas as decisões que importem em exercício de poder), não mais parte da autoridade de quem as profere, mas, sim, da fundamentação a ser arquitetada a partir da inclusão procedimental de todos os afetados, cujo filtro necessariamente passa pelas normas constitucionais e pelos direitos fundamentais.** Ganha corpo, dentro desse contexto, o movimento neoconstitucionalista, que abandona os limites rígidos do positivismo e se abre a uma interpretação pluralista e democrática da Constituição, que coloca esse diploma no centro do ordenamento jurídico. Toda decisão tomada pelos órgãos que exercem poder estatal, importa, necessariamente, na adequação do fundamento à Constituição Federal.

Nesse contexto, o poder discricionário, como fundamento de legitimidade da decisão, não se sustenta no Estado Democrático de Direito. Consoante Dworkin,¹³ cada caso concreto é único e irrepetível, existindo somente uma resposta adequada, que deve ser racionalmente construída dentro de um sistema aberto de regras e princípios, que parte da Constituição e dos direitos fundamentais.

A construção da interpretação mais adequada ao caso concreto é um processo complexo, que não pode ser feito em abstrato (sem um caso posto), uma vez que o ideal é que o direito deve ser visualizado como um sistema íntegro. Para tanto, Dworkin¹⁴ cria a figura do “juiz Hércules”, um personagem mítico com as qualidades necessárias para que o magistrado (e qualquer aplicador do direito) reconstrua com coerência e integridade o direito vigente, a partir de um sistema aberto de regras e princípios.

Dworkin,¹⁵ ao propor o princípio da integridade, entende que o magistrado (bem como qualquer aplicador do direito) deve se voltar ao passado e se

12. “O inquérito policial e o procedimento investigatório efetuado pelo Ministério Público são meramente informativos, logo, não se submetem ao crivo do contraditório e não garantem ao indiciado o exercício da ampla defesa. Desse modo, não se vislumbra nulidade pela ausência de oitiva do investigado na fase indiciária, sobretudo porque ele teve oportunidade de se defender de todas as acusações antes do recebimento da denúncia pelo Tribunal a quo, em virtude das prerrogativas de seu cargo de Promotor de Justiça” (HC 142.089/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010).

13. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 377-415.

14. DWORKIN, 2007, p. 377-415.

15. DWORKIN, 2007, p. 271.

debruçar sobre o futuro a fim de verificar a norma, que, ao mesmo tempo, seja decorrência de um romance em cadeia, sem esquecer que a decisão final não é um ato isolado no tempo e que terá sua repercussão no futuro. O princípio da integridade “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada”.¹⁶

Ao analisarem o passado e se projetarem sobre o futuro, cabe aos Juízes, Delegados de Polícia e Promotores de Justiça aplicar o direito de forma coerente por meio do que Dworkin¹⁷ chama de “romance em cadeia”:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração [...]; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.

A construção da decisão do órgão estatal deve ser feita de tal modo que a obra final seja de um autor (a comunidade personificada) e não de diversas pessoas com pensamentos e premissas diferentes. A melhor interpretação, portanto, não decorre de uma escolha discricionária, mas da construção racional a partir do caso concreto com somente uma resposta adequada.

Em razão do exposto, o Delegado de Polícia, bem como qualquer autoridade que exerça parcela do poder estatal, não possui poder discricionário (conveniência e oportunidade ao decidir), mas poder “vinculado”, no sentido de que sua ação somente pode ter um resultado: o resultado que se mostre mais adequado ao caso concreto, construído a partir de um sistema aberto de regras e princípios, que tem como premissa a Constituição e os direitos fundamentais e que inclua, no seu procedimento, a oitiva de todos os afetados pela decisão final. Esse é o fundamento de legitimidade da Autoridade Policial, que deve ter a sensibilidade para perceber que nenhum dos seus atos é isolado no tempo, uma vez que deve analisar o passado e projetar a repercussão de cada ato no futuro.

Por exemplo, um cidadão é conduzido à Autoridade Policial por furto de alimentos, tendo ficado caracterizada, na hipótese em tela, a incidência do prin-

16. DWORKIN, 2007, p. 271.

17. DWORKIN, 2007, p. 276.

cípio da insignificância, uma vez que todos os seus requisitos caracterizadores¹⁸ foram preenchidos. Diante do exposto, questiona-se: deve a autoridade lavrar o auto de prisão em flagrante delito? A resposta pode ser analisada por dois prismas: com base no poder discricionário ou com base no poder vinculado. O poder discricionário concede ao Delegado de Polícia a conveniência e oportunidade de escolher uma das seguintes interpretações: lavrar o auto de prisão em flagrante delito (com base no disposto no CPP) ou deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante delito (com base na doutrina moderna e na aplicação do princípio da insignificância). Já o poder vinculado impõe ao Delegado de Polícia o dever de não lavrar o auto de prisão em flagrante delito, por ser esta a resposta mais adequada ao caso concreto, capaz de conferir legitimidade à decisão a partir de um sistema aberto de regras e princípios que se fundamenta na Constituição e nos direitos fundamentais.¹⁹

Ainda sobre o tema do parágrafo anterior, no RHC 126272²⁰, em um típico caso de insignificância que chegou ao STJ, o Ministro Relator destacou que o Delegado de Polícia foi o único a agir corretamente dentre os demais agentes estatais (MP e Poder Judiciário), de modo a aplicar precedentes da Corte ao não ratificar a prisão em flagrante, reconhecendo o valor irrisório do produto furtado, dentre outros requisitos. Nas palavras do Ministro Relator, “está-se utilizando o sistema de Justiça Criminal para perseguir quem furtou R\$4,00 de alimentos, que representam 0,5% do salário mínimo à época, sendo que a jurisprudência do STJ indica que é possível aplicar a insignificância quando o valor do bem furtado não ultrapassar 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos”.

Por fim, como mencionado no exemplo, é importante salientar que o poder vinculado da Autoridade Policial não está ligado a uma conduta específica, como a obrigatoriedade de sempre se lavrar o flagrante ou mesmo de sempre agir de um determinado modo; pelo contrário, o poder vinculado confere ao Delegado de Polícia o dever de verificar, no caso concreto, a solução mais adequada, a partir das premissas expostas ao longo deste capítulo.

18. “A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva” (HC 113327, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/11/2012).

19. O tema do auto de prisão em flagrante será mais bem analisado dentro do respectivo capítulo. Confira, ainda, o próximo tópico deste capítulo sobre o tema.

20. RHC 126272, Rel. Rogerio Schiatti, julgado em 01/06/2021.

3.2. Possibilidade da atuação do delegado de polícia no controle de convencionalidade das leis, na aplicação da teoria da recepção e no controle difuso de constitucionalidade das leis

3.2.1. Controle difuso de constitucionalidade das leis

O controle difuso de constitucionalidade possibilita, no exercício da Jurisdição, que todos os juízes e tribunais verifiquem, no caso concreto, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Em outras palavras, juízes e tribunais possuem a competência para afastar a aplicação da lei, na hipótese de a lei se mostrar inconstitucional *in concreto*.

Em regra, a atribuição pertence ao Poder Judiciário; no entanto, excepcionalmente, outros poderes também possuem legitimidade para exercer esse controle de constitucionalidade, como é o caso do Poder Executivo.

No Poder Executivo, existem duas hipóteses que devem ser analisadas quando se questiona sua possibilidade do controle de constitucionalidade posterior ou repressivo. A primeira diz respeito à possibilidade do controle de constitucionalidade pelo Chefe do Executivo (Presidente da República, Governador do Estado e Prefeito), ao passo que a segunda guarda relação com a atuação do Delegado de Polícia (federal ou estadual), cujos detalhes seguem abaixo.

Antes da Constituição Federal de 1988, como o Chefe do Executivo não possuía legitimidade para utilizar a Representação de Inconstitucionalidade (monopólio do Procurador-Geral da República), era praticamente unânime a ideia de que poderia negar a aplicação de lei que julgasse inconstitucional, com base no princípio da supremacia da Constituição. Após 1988, os Chefes do Executivo Federal e Estadual (não foi contemplada ao Chefe do Executivo Municipal essa legitimidade) passaram a compor o rol dos legitimados à Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que resultou no seguinte questionamento: subsiste, na Carta de 1988, a possibilidade de o Chefe do Executivo negar a aplicação de lei que julgar inconstitucional, se agora ele possui um instrumento específico para tal finalidade?

Em que pese à divergência doutrinária, prevalece o entendimento de que **é possível o Chefe do Executivo** (Presidente da República, Governador do Estado ou Prefeito) **negar a aplicação de lei que julgar inconstitucional**. O principal fundamento continua sendo o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. Nesse sentido é a posição

do STF²¹ e do STJ.²² Deve-se salientar que tal atribuição do Chefe do Executivo somente pode ser exercida enquanto a questão não é decidida com força vinculante pelo Poder Judiciário, seja via controle de constitucionalidade, seja via súmula vinculante. Do mesmo modo, não mais poderá legitimamente fazer uso da citada atribuição quando, no controle difuso de constitucionalidade, a obrigatoriedade para o cumprimento da lei decorrer de decisão judicial imposta ao Chefe do Executivo que deixou de cumprir a citada lei.

O cargo de Delegado de Polícia, seja civil, seja federal, compõe a estrutura do Poder Executivo, não lhe sendo reconhecido negar a aplicação de lei que julgar inconstitucional, uma vez que, consoante posição dos Tribunais Superiores, tal faculdade é exclusiva do Chefe do Executivo.

Contudo, o Delegado de Polícia, ao analisar o caso concreto que lhe é submetido, por exemplo, uma prisão em flagrante, tem o dever de fazer uma leitura constitucional do fato, a fim de confirmar ou não a prisão do conduzido. Toda decisão tomada pelos órgãos e cargos que exercem poder estatal (como é o caso do Delegado de Polícia), importa, necessariamente, na adequação do seu fundamento à Constituição Federal.

Imagine a hipótese em que a polícia militar conduza à Autoridade Policial um elemento pelo furto de sabonetes e alimentos, totalizando um valor aproximado de R\$ 30,00. Com base no princípio da fragmentariedade, o direito penal só intervirá quando se tratar de fato indesejado que cause lesão ou perigo de lesão relevante ao bem jurídico tutelado. Por esse motivo, o princípio da insignificância encontra respaldo no desdobramento lógico da fragmentariedade e condiciona a intervenção do Estado de acordo com a relevância à lesão ou ameaça de lesão. Essa teoria foi incorporada à análise da estrutura do crime, dentro do fato típico, quando se analisa a tipicidade penal, que, atualmente, além do seu aspecto formal, também é composta pela tipicidade conglobante (aspecto material).²³

Essa nova estrutura do crime decorre de um novo paradigma de Estado adotado, centrado no respeito aos direitos e garantias fundamentais, cujas normas jurídicas obrigatoriamente se abrem a uma leitura principiológica pelo direito constitucional. A Constituição Federal, portanto, passa a traçar

21. ADI-MC 221, julgada em 29/3/1990, Rel. Ministro Moreira Alves.

22. REsp 23121, julgado em 6/10/1993, Rel. Humberto Gomes de Barro.

23. **“Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto” (HC 102080, julgado em 5/10/2010, Rel. Ministra Ellen Gracie).**

os limites de atuação do Direito Penal. Com fundamento na necessidade de se respeitar a proporcionalidade entre as consequências do fato e a repressão criminal, o Direito Penal só atua quando se tratar de fato indesejado que cause lesão ou perigo de lesão relevante ao bem jurídico tutelado (princípio da insignificância).²⁴

Há quem sustente que o Delegado de Polícia não pode proceder a análise do princípio da insignificância e não pode deixar de proceder a instauração do inquérito policial, ao argumento de que tal análise estaria restrita ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.²⁵ Essa posição nega a realidade já presente em todo o país, na qual é corriqueira a aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia com fundamentos nos motivos apresentados nesta obra.

Posicionamentos ultrapassados devem ser superados. Desse modo, o Delegado de Polícia, fundamentado numa teoria constitucionalista do delito, não deve lavrar o auto de prisão em flagrante delito, desde que os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância tenham sido preenchidos.²⁶ A Autoridade policial, como órgão que exerce poder estatal, deve adequar o fundamento de sua decisão às normas constitucionais e aos direitos e garantias fundamentais.

Numa sociedade aberta de intérpretes da Constituição, todos os cidadãos e órgãos estatais são potenciais intérpretes das normas constitucionais.²⁷ O Delegado de Polícia, portanto, integra o rol de uma sociedade aberta, no sentido de que sua decisão somente é legítima se proferida consoante as disposições constitucionais. **Dentro do contexto e do exemplo apresentado, a aplicação do princípio da insignificância é um dos instrumentos que possibilita essa abertura da decisão às normas constitucionais, com base na tipicidade.**²⁸

24. GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito**. Disponível em www.lfg.com.br. Acesso em 23 mar. 2012.

25. TÁVORA, ALENCAR, 2016, p. 161.

26. “A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige a ocorrência de conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade do agente, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva. Convém distinguir, ainda, a figura do furto insignificante daquele de pequeno valor. O primeiro, como é cediço, autoriza o reconhecimento da atipicidade da conduta, ante a aplicação do princípio da insignificância. Já no que tange à coisa de pequeno valor, criou o legislador a causa de diminuição referente ao furto privilegiado, prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal” (HC 104117, julgado em 26/10/2010, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski).

27. HÄBERLE, 1997, p. 20-22.

28. SANTOS, Cleopas Isaías. Instauração de inquérito policial: notas críticas. **RDPJ**. Brasília, nº 4, p. 161-163.

Afirma Rogério Greco²⁹ que, ao contrário de fomentar a prática de crimes, como defendem certos autores, a aplicação do princípio da insignificância tem a finalidade de ajustar a aplicação da lei penal aos casos que são apresentados ao aplicador, evitando a proteção de bens cuja inexpressividade, efetivamente, não mereceram a atenção do legislador penal. Os atos do Delegado de Polícia, da mesma forma que as decisões judiciais e as leis, somente são legítimos se visualizados como instrumentos de concretização da Democracia, cujo cerne, agora, não parte da autoridade que os profere, mas, sim, da fundamentação a ser arquitetada a partir dos direitos fundamentais e das normas constitucionais.

Haveria nítido desrespeito aos direitos fundamentais, por parte do Delegado de Polícia, se ele efetuasse, no exemplo citado, a prisão do cidadão. Como colocado no início da exposição, não constitui a citada hipótese, propriamente, um exemplo de controle de constitucionalidade; constitui, mais precisamente, um controle de tipicidade com reflexos na constitucionalidade da conduta do indivíduo, a ser analisada incidentalmente a um caso concreto. **Assim, não se trata de hipótese em que o Delegado de Polícia nega a aplicação de uma lei, mas de um caso no qual a Autoridade Policial adapta a sua decisão às normas constitucionais.**

3.2.2. Controle de convencionalidade das leis

Antes de se analisar a possibilidade de o Delegado de Polícia efetuar o controle de convencionalidade das leis, faz-se necessário verificar em que consiste essa hipótese de controle.

O controle de convencionalidade foi criado após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, pela qual foi inserido o parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição Federal. De acordo com esse dispositivo constitucional, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Esse dispositivo reabriu o debate em torno da polêmica questão envolvendo a natureza jurídica dos tratados sobre direitos humanos, que, até então, de acordo com a jurisprudência do STF, possuíam natureza jurídica de lei ordinária.

No julgamento do RE 466343³⁰, o Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto, que, ao final, foi o vencedor, adotou a **tese da supralegalidade**:

29. GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 12. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 59-61.

30. RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, conforme noticiado no inf. 499.

[...] o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.

Em outras palavras, segundo essa tese, os tratados que versam sobre direitos humanos possuem *status* de norma supralegal, ou seja, estão abaixo da Constituição e acima das leis pátrias. Desse modo, mesmo que a Constituição preveja em seu corpo a possibilidade da prisão do depositário infiel (art. 5º, LXVII), sua regulação pelas leis pátrias não será possível, uma vez que o Pacto de São José da Costa Rica possui natureza supralegal, **suspendendo (eficácia paralisante)** disposições legais em contrário e **impedindo** a criação de normas de forma diversa do conteúdo presente em seu corpo. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, o tratado com natureza supralegal é capaz de “paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”. Por isso, de nada adianta a disposição constitucional sem existir norma legal para sustentar sua aplicação.

Em virtude de tal fenômeno, Luiz Flávio Gomes³¹, citando tese de doutorado de Valerio Mazzuoli, explica que o controle que o Poder Judiciário fará a partir das normas supralegais não é o controle de constitucionalidade, tampouco o de legalidade; mas, sim, o **controle de convencionalidade**.

Em razão do exposto, é possível sintetizar a natureza jurídica dos tratados da seguinte forma: **(a) de forma geral possuem *status* de lei ordinária federal, (b) salvo se versarem sobre direitos humanos, hipótese em que terão natureza supralegal se passarem pelo rito normal de incorporação dos tratados ou (c) natureza constitucional se passarem pelo rito de incorporação em que o *quorum* para votação seja o mesmo das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição Federal)**.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade³² ocorre quando se analisa a compatibilidade de uma lei com algum tratado internacional que verse sobre direitos humanos, tenham eles natureza supralegal ou natureza constitucional.

31. GOMES, Luiz Flávio Gomes. Controle de legalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acessado em: 28 de maio de 2012.

32. Sobre uma análise completa do tema, recomendamos a leitura do nosso livro “Controle de Constitucionalidade para Concurso”, publicado pela Editora Juspodivm.

Fixada essa premissa, questiona-se: cabe ao Delegado de Polícia efetuar o controle de convencionalidade das leis?

Para responder esse questionamento, é importante notar uma singular, mas relevante, diferença entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade das leis. No controle de constitucionalidade, analisa-se o plano de validade da norma, ou seja, se ela foi produzida de acordo com as regras procedimentais e materiais da Constituição Federal. No controle de convencionalidade, como afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes, a natureza supralegal dos tratados sobre direitos humanos faz com que os mesmos incidam no plano da eficácia da norma, de modo a **suspender (eficácia paralisante)** disposições legais em contrário.

Como colocado no tópico anterior, não cabe ao Delegado de Polícia efetuar o controle de constitucionalidade das leis, uma vez que essa análise constitui, como regra, reserva de Jurisdição. Afinal, mesmo que supostamente inconstitucional, a lei está em vigência e possui eficácia ampla.

Não obstante, situação diferente é a questão do controle de convencionalidade das leis. Uma lei pátria que seja contrária a um tratado sobre direitos humanos com natureza supralegal é, para todos os fins, uma lei sem eficácia, ou seja, impossível de produzir qualquer tipo de efeito e incidir nos casos concretos.

É nesse contexto que se possibilita ao Delegado de Polícia efetuar o controle de convencionalidade, uma vez que entendimento em sentido contrário autorizaria o mesmo a aplicar uma lei desprovida de efeitos sociais. Em síntese, ao aplicar um tratado de direitos humanos em detrimento de uma lei pátria, o Delegado de Polícia somente está aplicando a norma que está apta a produzir efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, a posição aqui defendida segue o Enunciado nº 4, aprovado, em 2014, no 1º Encontro Nacional de Delegados de Polícia sobre Aperfeiçoamento da Democracia e Direitos Humanos em Foz do Iguaçu: “Os Delegados de Polícia, como autoridade de garantias, devem ser os primeiros a dar efetividade aos mandamentos constitucionais, bem como as sentenças e suas interpretações e os relatórios proferidos, respectivamente, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgãos do sistema regional de proteção aos direitos humanos, complementado pelo mesmo sistema no âmbito global.”

3.2.3. Teoria da recepção das normas

O fenômeno da recepção importa na verificação, em cada lei, da compatibilidade dos seus **aspectos formais e materiais** com a nova Constituição.

As leis formalmente incompatíveis com a nova Constituição ganham nova roupagem, ou seja, ocorre a **transmutação da natureza jurídica da norma**. Nessa hipótese, por exemplo, a Constituição anterior determinava que certa matéria deveria ser veiculada por lei ordinária, ao passo que a nova Constituição estabelece a forma da lei complementar. Havendo compatibilidade material, a lei ordinária será recebida, pelo novo ordenamento jurídico, como lei complementar. Cita-se, como exemplo, o Código Tributário Nacional:

O Código Tributário Nacional – CTN (Lei 5.172/66), promulgado como lei ordinária, foi recebido, como lei complementar, tanto pela CF/67 quanto pela CF/88, as quais exigiram o uso de lei complementar para as normas gerais de Direito Tributário,[...]³³

Assim, o Código Tributário Nacional foi criado por meio de lei ordinária, mas foi recepcionado, pela atual Constituição Federal, como lei complementar. Houve a transmutação da natureza jurídica da lei ordinária para lei complementar.

Já as leis que são materialmente (conteúdo) contrárias à atual Constituição Federal, possuem vício insanável. Norma não recepcionada por vício material é **norma revogada**.

Ademais, o **fenômeno da recepção além de se verificar ao ser promulgada uma nova Constituição, também tem lugar na publicação de cada Emenda Constitucional**. O STF se pronunciou sobre o tema na ADI 3833³⁴, caso que teve por objeto o Decreto Legislativo 444/03 em face da posterior publicação da EC 41/03, e não conheceu a ADI por ter reconhecido a revogação e, portanto, a não recepção do Decreto Legislativo.

Observe que o fenômeno da recepção é distinto do fenômeno do controle de constitucionalidade. Enquanto o controle de constitucionalidade opera no plano da validade da norma, o fenômeno da recepção opera no plano da existência da norma. Por isso, no âmbito da teoria da recepção, uma lei anterior a 1988 incompatível materialmente com a atual Constituição Federal é, para todos os fins, uma lei revogada, ou seja, impossível de produzir qualquer tipo de efeito e inexistente no mundo jurídico.

Por isso, possibilita-se ao Delegado de Polícia aplicar a teoria da recepção, uma vez que entendimento em sentido contrário autorizaria o mesmo a aplicar uma lei inexistente e, em tese, inapta a produzir qualquer tipo de efeito, subvertendo a lógica de possível aplicabilidade das normas que somente estejam em vigência. Em síntese, ao declarar a não recepção de uma lei pátria,

33. RE 560626, julgado em 12/6/2008, Rel. Min. Gilmar Mendes.

34. Verificar acórdão inteiro teor da ADI-MC 3833, julgada em 19/12/2006, Rel. para acórdão Ministro Marco Aurélio.

o Delegado de Polícia somente está aplicando a norma que está vigente no ordenamento jurídico brasileiro e deixando de aplicar uma norma revogada.

Entendimento em sentido contrário possibilitaria ao Delegado de Polícia aplicar o art. 21 do CPP, que trata da incomunicabilidade do preso. Como se sustentará no capítulo do inquérito policial, o art. 21 do CPP não foi recepcionado pela atual Constituição, cabendo ao Delegado de Polícia adotar a teoria da recepção como função decorrente de sua atribuição e concluir pela revogação do citado dispositivo legal.

3.3. Carreira jurídica

O cargo de Delegado de Polícia é uma das poucas carreiras que consegue aglutinar a necessidade de o seu titular ser, ao mesmo tempo, administrador, policial e operador do Direito.

Com a Constituição Federal de 1988, essa carreira passou por uma grande alteração paradigmática, uma vez que deixou de ser atrelada a um regime totalitário, tendo como consequências a necessidade de proteção aos direitos e garantias fundamentais de todas as pessoas e o notório processo de qualificação de seus respectivos profissionais.

A função da Autoridade Policial não se restringe a coletar as informações para que o Ministério Público analise e, se cabível, apresente a denúncia. O inquérito policial é o primeiro instrumento de justiça social e é essencial para a ação penal, tanto que a quase totalidade das ações penais são precedidas do inquérito.

A qualidade das investigações criminais está diretamente ligada à atuação do Delegado de Polícia no curso do inquérito policial. Uma investigação mal-feita, além de poder acarretar diversas nulidades, contribui diretamente para a falta de elementos de informação para a denúncia e a consequente irresponsabilidade penal do autor do fato.

É nesse contexto que se insere a necessidade de reconhecer o cargo de Delegado de Polícia como integrante de uma carreira jurídica. Com efeito, a definição de atividade jurídica é estabelecida pelo artigo 59, da Resolução nº 75, do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 59. Considera-se atividade jurídica, para os efeitos do art. 58, § 1º, alínea “I”:

I – aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito;

II – o efetivo exercício de advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (Lei nº 8.906, 4 de julho de 1994, art. 1º) em causas ou questões distintas;

- III – o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico;
- IV – o exercício da função de conciliador junto a tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou de varas judiciais, no mínimo por 16 (dezesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano;
- V – o exercício da atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios.

O cargo de Delegado de Polícia se insere em dois incisos do art. 59 da citada Resolução, o que serve como importante vetor interpretativo do que pode ser qualificado como “carreira jurídica”. Os Delegados de Polícia, todos bacharéis em Direito, no exercício de suas atribuições constitucionais, auxiliam o Poder Judiciário, formalizando o fato criminoso e interpretando o Direito no caso concreto.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a natureza jurídica da atividade exercida pelo Delegado de Polícia. No julgamento da ADI 3460,³⁵ o Ministro Carlos Ayres Brito assim se manifestou:

Há exceções, reconheço, nesse plano do preparo técnico para a solução de controvérsias. E elas estão, assim penso, justamente nas atividades policiais e nas de natureza cartorária. É que a Constituição mesma já distingue as coisas. Quero dizer: se a atividade policial diz respeito ao cargo de Delegado, ela se define como de caráter jurídico. (...) Isto porque: a) desde o primitivo § 4º, do artigo 144, da Constituição, que o cargo de Delegado de Polícia é tido como equiparável àqueles integrantes das chamadas carreiras jurídicas (...).

Em face do que foi apresentado, o trabalho desenvolvido pelos Delegados de Polícia é considerado como atividade pertencente à área do Direito, não por uma construção doutrinária ou ficção legislativa, mas, sim, com fundamento na natureza e essência de sua atividade.

Retomando a análise do tema propriamente dito, não só a nível constitucional, mas também na Lei nº 12.830/13, que dispõe sobre a investigação policial conduzida pelo Delegado de Polícia, existe o reconhecimento do cargo como carreira jurídica:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

Art. 3º O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar dos magistrados, membros da Defensoria Pública, do Ministério Público e advogados.

35. ADI 3460, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2006.

Na mesma linha, foi publicada a Lei nº 13.047/14, que alterou a Lei nº 9.266/96 e acrescentou os seguintes dispositivos legais:

Art. 2º-A, parágrafo único. Os ocupantes do cargo de Delegado de Polícia Federal, autoridades policiais no âmbito da polícia judiciária da União, são responsáveis pela direção das atividades do órgão e exercem função de natureza jurídica e policial, essencial e exclusiva de Estado.

Art. 2º-B. O ingresso no cargo de Delegado de Polícia Federal, realizado mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, é privativo de bacharel em Direito e exige 3 (três) anos de atividade jurídica ou policial, comprovados no ato de posse.

Contudo, o STF julgou a ADI 5517³⁶ em novembro de 2022 e declarou inconstitucional dispositivo da Constituição do Estado do Espírito Santo³⁷ que qualificavam os Delegados de Polícia como carreira jurídica. O argumento central se extrai do inteiro teor do acórdão:

Por outro lado, ao cuidar do tema segurança pública, não garantiu autonomia de qualquer espécie, quer às polícias e aos corpos de bombeiros militares, quer às polícias civis. Antes, explicitou a subordinação e a vinculação hierárquico-administrativa ao Chefe do Executivo. **Assim, o estabelecimento das funções do delegado de polícia como essenciais do Estado e dotadas de natureza jurídica discrepa, a mais não poder, do modelo concebido pelo constituinte originário.**

Do mesmo modo, aos delegados de polícia não foi conferida a garantia da independência funcional como ocorreu com os integrantes do Judiciário (CF, art. 95), do Parquet (CF, art. 127, § 1º) e da Defensoria Pública (CF, art. 134, § 4º).

A autonomia administrativa e financeira e a independência funcional não se compatibilizam com a submissão hierárquica da polícia judiciária ao Chefe do Poder Executivo.

A falta de previsão constitucional não deve ser entendida como omissão a ser suprida ou lacuna a ser integrada. Trata-se, antes, de legítima opção político-normativa de não estender determinada disciplina jurídica a outras situações, revelando-se incabível a aplicação por analogia. **Não há espaço, portanto, para inovação pelo constituinte derivado decorrente, o qual deve observar o tratamento federal, forte no princípio da simetria.**

36. ADI 5517, Relator(a): NUNES MARQUES, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2022.

37. Segue a normativa declarada inconstitucional: “§ 3º No desempenho da atividade de polícia judiciária, instrumental à propositura das ações penais, a Polícia Civil exerce atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica. § 4º Os Delegados de Polícia integram as carreiras jurídicas do Estado, dispensando-lhes o mesmo tratamento legal e protocolar, motivo pelo qual se exige para o ingresso na carreira o bacharelado em Direito e assegura-se a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases do concurso público.”

Essa decisão tomada pelo STF em face da Constituição do Estado do Espírito Santo é um reflexo de uma jurisprudência, atualmente já pacífica, que tem incidido sob inúmeras outras Constituições Estaduais, como de Tocantins e Minas Gerais. De todo modo, ainda se encontram plenamente vigentes as legislações federais regentes da matéria, quais sejam, a Lei nº 12.830/13 e a Lei nº 13.047/14.

4. O CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA

4.1. Provimento originário precedido por concurso público

No direito administrativo, a Constituição Federal de 1988 representou um verdadeiro marco paradigmático, em razão da necessidade de todo cargo público ser precedido por concurso público. Essa determinação constitucional está prevista no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, o qual prevê que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”.

Com base nessa previsão constitucional, o provimento originário (entrada na carreira de um cargo) do cargo de Delegado de Polícia passou a ser precedido por concurso público, com a posterior nomeação do aprovado para tomar a posse do cargo e, em seguida, entrar em exercício. O servidor público, ao tomar a posse do cargo, é nele investido, iniciando, desse modo, a relação jurídica com a administração pública.

Diversas leis e editais exigem, corretamente, que o Delegado de Polícia seja bacharel em Direito. Nesses termos, cita-se a Lei nº 12.830/13:

Art. 3º O cargo de delegado de polícia é **privativo de bacharel em Direito**, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

Na mesma linha, foi publicada a Lei nº 13.047/14, que alterou a Lei nº 9.266/96 e acrescentou o seguinte art. 2º-B nos seguintes termos: “o ingresso no cargo de Delegado de Polícia Federal, realizado mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, é privativo de bacharel em Direito e exige 3 (três) anos de atividade jurídica ou policial, comprovados no ato de posse.”

4.2. Capacidade postulatória e representação da autoridade policial por medidas cautelares

É comum, no curso de um inquérito policial, a Autoridade Policial se dirigir ao Poder Judiciário a fim de postular medidas cautelares como mandado de