

O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NO DIREITO ALEMÃO

Luciano Rolim*

1. INTRODUÇÃO

No Direito alemão, o controle externo da atividade policial é atribuído ao Ministério Público (“Staatsanwaltschaft”), comumente denominado pela doutrina de “Senhor da investigação” (“Herrin des Ermittlungsverfahrens”).

Tal modelo de controle é típico do sistema europeu continental ou romano-germânico,¹ matriz da qual provem, como se sabe, o Direito brasileiro. A propósito, essa tradição conserva raízes profundas no próprio Direito tedesco, uma vez que o Ministério Público foi criado na Alemanha justamente para exercer, ao lado da persecução penal estatal, o controle da polícia. Consoante lembra Kai Ambos:

De acuerdo con el propósito del legislador reformista del siglo XIX, con la creación del ministerio fiscal (*Staatsanwaltschaft*) se persiguieron fundamentalmente tres objetivos: la derogación del tradicional proceso inquisitivo mediante la realización de forma separada de las funciones de acusación y enjuiciamiento por parte de la fiscalía y de los tribunales; la creación de una institución objetiva encargada de la investigación, que al mismo tiempo habría de asumir el papel de guardián de la ley con respecto a la actuación estatal; y finalmente - relacionado con esto último - el control jurídico-estatal de las investigaciones policiales. De este modo, debido a sus amplias competencias en la dirección material, el ministerio fiscal habría de convertirse en „dueño y señor de la instrucción procesal” y también - precisamente con respecto a la policía - en garante de un proceso jurídico-

* Procurador da República em Pernambuco.

¹Tradicionalmente, a relação entre Ministério Público e polícia na Europa apresenta duas variantes básicas, que espelham as peculiaridades dos dois grandes sistemas jurídicos existentes naquele continente, caracterizando-se, de forma geral, pelo controle da atividade policial pelo MP nos países que se filiam à família romano-germânica e pela maior liberdade de atuação da polícia nos países da *Common Law*.

Entretanto, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, na exposição de motivos da Recomendação REC(2000) 19, de 6 de outubro de 2000, que trata do papel do Ministério Público no sistema de justiça penal, conquanto chame a atenção para essas diferentes realidades, ressalta que, independentemente da maior ou menor autonomia da polícia, deve-se sempre permitir ao MP examinar a legalidade das investigações policiais e controlar a forma como a polícia respeita os direitos humanos (Disponível em: <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1465318&SecMode=1&DocId=1524872&Usage=2>>. Acesso em: 17 jun. 2010)

A evolução rumo a um reforço, na Europa, do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público também foi salientada em parecer emitido pela Associação dos Juizes da Alemanha, a pedido do Ministério da Justiça daquele país, sobre as relações entre juiz, MP e polícia na fase investigatória:

“Observa-se ainda que essa relação [entre MP, juiz e polícia] encontra-se em movimento na Europa. Pode-se verificar, a respeito, uma clara tendência de fortalecimento do Ministério Público. [...] Todas as reformas processuais dos últimos anos conduziram à introdução do segundo modelo de Ministério Público acima citado [estruturado nos seguintes pilares: inexistência do juizado de instrução, direção das investigações pelo MP e sujeição da polícia às requisições deste]. Isso vale para vários Cantões Suíços e para a reforma processual penal na Áustria. Mesmo na Confederação Suíça os esforços reformistas apontam para o segundo modelo de Ministério Público, apesar dos consideráveis rearranjos exigidos.” (Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, *Gutachten zum Thema: Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-)Entwicklungen*, jul./ago. 2008, p. 78. Disponível em: <http://www.bmj.bund.de/files/-/3898/Verhältnis_Gericht_StA_Pol_DRB-Gutachten_2008.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2010)

A propósito, deve-se mencionar que as reformas processuais na Suíça e na Áustria sofreram forte influência do modelo investigatório alemão, encampado em suas linhas mestras, mas com significativos avanços em matéria de controle da atividade policial pelo MP (idem, pp. 64-78).

estatal revestido de forma judicial. [...] se puede afirmar sin más que la lucha del ministerio fiscal por el control de la policía ha ido dejando huella a lo largo su historia; es más, es tan antigua como la institución misma.²

O Ministério Público logo ficou conhecido como “o guardião da lei” (“Wächter des Gesetzes”), principalmente diante da atividade policial.³ “Sua atuação deve orientar-se apenas nos valores jurídicos, vale dizer, nos critérios da verdade e da justiça, e não nas necessidades da Administração”.⁴

No curso da história, as atribuições do Ministério Público enquanto fiscal da polícia permaneceram praticamente incólumes. Contudo, na época do nacional-socialismo, a concepção tradicional foi mantida apenas formalmente pela legislação elaborada em 1939. Na realidade, “esta continha elementos de uma mera facha’da, porque ao seu lado estabeleceu-se um Direito Policial de Combate à Criminalidade efetivo, no qual Ministério Público e Justiça não apareciam”.⁵

2. DISCIPLINA LEGAL

De acordo com o § 161 I do Código de Processo Penal alemão, o Ministério Público pode efetuar diretamente as investigações⁶ ou deixá-las a cargo da polícia, que nesse caso é obrigada a

² Kai Ambos, “Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción”, in *Revista Jurídica da ESMP*, São Paulo, n.º 2, vol. 1, p. 98, jul./dez. 2001.

³ A expressão “Wächter des Gesetzes” foi lançada pelo célebre jurista von Savigny, então ministro da Justiça prussiano para revisão da legislação. Em março de 1846, ele defendeu a criação do Ministério Público – que veio a dar-se por uma lei promulgada em 17 de julho daquele ano –, afirmando, segundo Ebehard Schmidt, que incumbe ao membro do Ministério Público, “como guardião da lei”, “providenciar, desde o início, para que no processo contra o acusado a lei seja plenamente satisfeita” (“bei dem Verfahren gegen den Angeklagten von Anfang an dahin zu wirken, daß überall dem Gesetze ein Genüge geschehe”); “cumpra-lhe agir tanto em favor quanto contra o acusado” (“ebenso sehr zum Schutze des Angeklagten als zu einem Auftreten wider denselben verpflichtet”), e impor sua “efetividade como guardião da lei” (“Wirksamkeit als Wächter des Gesetzes”), “não apenas no momento de submeter o acusado ao Judiciário, mas desde as operações preparatórias dos órgãos policiais” (“nicht erst mit der Überweisung eines Angeklagten an die Gerichte, sondern schon bei den vorhergehenden Operationen der Polizeibehörden”) (“Promemoria der Justizminister v. Savigny und Uhden vom 23.3.1846” apud Ebehard Schmidt, *Die rechtstheoretischen und die Rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, 2ª ed., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, p. 78)

⁴ Claus Roxin/Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26ª ed., München: C. H. Beck, 2009, p. 49. É interessante constatar que o membro do Ministério Público goza na Alemanha do status de órgão objetivo e imparcial, mais precisamente, de “órgão da Justiça” (equiparável ao juiz), em que pese estar vinculado, nos termos dos §§ 146 e 147 da Lei de Organização Judiciária (“Gerichtsverfassungsgesetz”), a orientações e ordens não só de seus superiores, mas também do ministro da Justiça.

Ebehard Schmidt relembra a origem dessa concepção:

“O Ministério Público é um órgão da Justiça. Ele faz parte do Ministério da Justiça e é vinculado às determinações deste. Todavia, o Ministério da Justiça, ao contrário do Ministério da Administração Interna [em cuja estrutura se insere a polícia], não possui o poder executivo do Estado, mas representa a vontade jurídica. A partir dessa concepção, baseada em antiga e particular tradição, v. Savigny assentou as funções de administração da Justiça do Ministério Público na ideia de Direito e de estrita legalidade” (“Die Staatsanwaltschaft ist eine Justizbehörde. Sie ressortiert vom Justizministerium und ist an dessen Weisungen gebunden. Aber das Justizministerium hat (anders als das Innenministerium) nicht die vollziehende Macht des Staates, sondern seinen Rechtswillen zu repräsentieren. Von dieser auf alter, vornehmer Tradition beruhenden Auffassung aus hat v. Savigny 1846 die justiziellen Aufgaben der Staatsanwaltschaft an der Rechtsidee und strengen Gesetzlichkeit ausgerichtet”) (Ebehard Schmidt, op. cit., p. 78)

⁵ “In der Zeit des Nationalsozialismus behält auch der im Reichsjustizministerium durch eine amtliche Strafprozesskommission aufgestellte Entwurf 1939 die überkommene Konzeption bei. Freilich enthält er Elemente einer bloßen Fassade, weil sich daneben ein effektives polizeiliches Verbrechensbekämpfungsrecht etablierte, in dem Staatsanwaltschaft und Justiz insgesamt nicht vorkommen.” (Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, *Gutachten zum Thema: Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-)Entwicklungen*, pp. 12-13)

⁶ Naturalmente, a investigação direta pelo Ministério Público é bem menos usual, considerando que a polícia, além

cumprir todas as requisições daquele.⁷ A polícia, por sua vez, não depende de requisição prévia do Ministério Público para investigar um fato criminoso; mas deve encaminhar-lhe, sem demora, os autos do procedimento investigatório (§ 163). Portanto, mesmo quando a investigação é levada a efeito pela polícia, prevalecem as determinações do Ministério Público, a quem incumbe executar permanente controle sobre as apurações do órgão policial.⁸ Diz-se, por isso, que os órgãos policiais e seus integrantes, ao praticarem atos investigatórios nos termos do § 163 do Código de Processo Penal alemão, agem como *longa manus* do Ministério Público.⁹ Em seus prestigiosos comentários ao Código de Processo Penal alemão, Lutz Meyer-Goßner e Jürgen Cierniak, juizes do Supremo Tribunal Federal daquele país (“Bundesgerichtshof”), ensinam:

A direção das investigações é função do Ministério Público (§ 152 I¹⁰, II, § 160¹¹), o senhor desse estágio do processo [...]. Resulta do cotejo entre o § 160 e o § 163 que a polícia atua em favor de uma investigação que é titularizada pelo Ministério Público (com vista à decisão prevista no § 170¹²).

de melhor aparelhada, é especificamente organizada para o exercício dessa atividade.

⁷ Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 10^a ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2008, p. 65. Cf. também Claus Roxin, “Einführung”, in *Strafprozessordnung*, 44^a ed., München: dtv, 2008, p. XI. Segundo Meyer-Goßner e Cierniak, a direção das investigações pelo Ministério Público e o seu poder de requisição não se resumem aos atos de investigação, abrangendo também as medidas coercitivas eventualmente adotadas pela polícia (Lutz Meyer-Goßner/Jürgen Cierniak, *Strafprozessordnung*, 52^a ed., München: C. H. Beck, 2009, p. 753). A respeito, importa notar que o Ministério Público pode determinar a condução coercitiva de testemunhas e peritos, com a finalidade de tomar-lhes o depoimento (Klaus Tiedeman, “O Direito Processual Penal”, in Claus Roxin/Gunther Arzt/Klaus Tiedeman, *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 207). Por outro lado, contudo, o direito de requisição do Ministério Público, na Alemanha, restringe-se às atividades policiais investigativas e de repressão, ficando de fora a ação policial preventiva (Werner Beulke, op. cit., p. 66; Lutz Meyer-Goßner/Jürgen Cierniak, op. cit., p. 754)

⁸ “O Ministério Público é responsável pela legalidade, regularidade, completude e confiabilidade das investigações; e, não menos importante, pela observância do princípio da celeridade, sobretudo na hipótese de investigado preso.” (“Die StA ist verantwortlich für die Rechtmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit, Gründlichkeit, und Zuverlässigkeit des Ermittlungsverfahrens und nicht zuletzt für die Beachtung des Beschleunigungsgrundsatzes, vor allem in Haftsachen.” (Lutz Meyer-Goßner/Jürgen Cierniak, op. cit., p. 740)

⁹ Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, *Gutachten zum Thema: Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen*, p. 132; Lutz Meyer-Goßner/Jürgen Cierniak, op. cit., p. 765.

¹⁰ O § 152 I dispõe que “compete ao Ministério Público o exercício da ação penal pública”. (“Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen.”)

¹¹ Prescreve o § 160:

“I Tão logo o Ministério Público tome conhecimento, por notícia-crime ou qualquer outra via, da suspeita de ocorrência de um crime, deverá investigar os fatos, a fim de decidir se a ação penal pública deve ser exercida.

II O Ministério Público deve investigar não apenas as circunstâncias oneratórias mas também as circunstâncias desoneratórias, bem como velar pela coleta das provas cuja perda se receia.

III As investigações do Ministério Público devem estender-se às circunstâncias relevantes para a definição das consequências jurídicas do fato criminoso. [...]

[...]”

I Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen.

II Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.

III Die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft sollen sich auch auf die Umstände erstrecken, die für die Bestimmung der Rechtsfolgen der Tat von Bedeutung sind. Dazu kann sie sich der Gerichtshilfe bedienen. [...]

[...]”

¹² O preceito legal indicado trata do exercício da *opinio delicti* pelo Ministério Público, disciplinando o oferecimento da denúncia e o arquivamento do procedimento investigatório. Consoante observam os mesmos autores em outra passagem da obra citada (p. 742), “O objetivo da investigação é permitir ao Ministério Público decidir se a ação penal pública deve ser exercida, com que extensão e sob qual classificação penal; ou se o procedimento deve ser arquivado”(§ 170 I, II). (“Ziel der Ermittlungen ist die Entschließung der StA darüber ob, wieweit, und nach welcher

[...] Ele tem o controle jurídico e assume a responsabilidade fundamental pela correta obtenção e confiabilidade do material probatório indispensável ao processo judicial¹³. [...] Somente o Ministério Público, em razão de seus conhecimentos prático-processuais, pode avaliar em casos difíceis o que é necessário ao processo penal. [...] Por essas razões, ele deve intervir ativamente, desde o início, em casos difíceis. Logo, ele também tem poder para avocar a qualquer momento o procedimento investigatório.¹⁴

O próprio *Bundesgerichtshof* já teve oportunidade de assentar que o Ministério Público deve “garantir o correto transcurso das apurações e exercer permanente controle jurídico da investigação policial”, cabendo-lhe ainda a “competência exclusiva de direção material” dessa atividade.¹⁵

O modelo acusatório alemão,¹⁶ em si mesmo, configura importante mecanismo de controle externo da atividade policial, uma vez que, ao atribuir o monopólio da acusação (“Anklagemonopol”) ao Ministério Público, assegura-lhe posição superior na investigação e, ao mesmo tempo, veda o exercício pela polícia da persecução penal em juízo. É por isso que o Código de Processo Penal alemão, de forma bastante coerente, confere ao titular da ação penal a direção das apurações, reservando-lhe ainda, com exclusividade, a legitimação para postular medidas cautelares e investigatórias sujeitas a reserva de jurisdição.

Nesse ponto, evita-se que a polícia interaja diretamente com o juiz, o qual desse modo se relaciona apenas com o Ministério Público, cuja atuação deve pautar-se, consoante a já citada lição

Strafbestimmung die öffentliche Klage geboten erscheint oder ob das Verfahren einzustellen ist (§ 170 I, II)”

¹³ Dita responsabilidade emana do § 160 I, sendo conhecida na doutrina como “dever de objetividade” (“Verpflichtung zur Objektivität”). (Werner Beulke, op. cit., p. 52)

¹⁴ “Die **Lenkung des Ermittlungsverfahrens** ist Aufgabe der StA (§ 152 I, II, § 160), der Herrin des Verfahrens in diesem Stadium [...]. Aus dem Verhältnis zwischen § 160 und § 163 folgt, dass die Polizei auf das StA-Ermittlungsverfahrens hinarbeitet (zur Entscheidung nach § 170). [...] Sie hat die Rechtskontrolle und trägt die Grundverantwortung für die richtige Beschaffung und Zuverlässigkeit des im Justizverfahren benötigten Beweismaterials. [...] Allein die StA kann auf Grund ihrer forensischen Erfahrung in schwierigen Fällen beurteilen, was für das Strafverfahren notwendig ist. [...] Aus diesen Gründen muss sie sich in schwierigen Sachen von Anfang an aktiv einschalten. Daher hat sie auch die Befugnis, das Ermittlungsverfahren jederzeit an sich zu ziehen.” (Lutz Meyer-Goßner/Jürgen Cierniak, op. cit., pp. 765-766.) (grifo do original)

¹⁵ *Bundesgerichtshof Strafsachen*, t. 34, p. 215 (217), apud Kai Ambos, op. cit., p. 119.

¹⁶ A configuração atual desse modelo remonta ao ano de 1975, quando foi abolida a figura do juiz de instrução (“Untersuchungsrichter”), que ao longo do tempo se mostrou contraproducente e cada vez mais inconciliável com o desenvolvimento constitucional operado na Alemanha após o fim da 2ª Guerra Mundial. (Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, *Gutachten zum Thema: Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen*, p. 201)

Roxin e Schünemann fornecem uma síntese perfeita do sistema em vigor: “processo acusatório com audiência de instrução e julgamento inquisitória” (op. cit., p. 88). Seu significado exige a pré-compreensão do termo “processo”. No Direito Processual Penal alemão, dita categoria abarca tanto a etapa investigatória, chamada de “processo investigatório” (“Ermittlungsverfahren”), quanto a fase do processo judicial, que se inicia com o oferecimento da denúncia e se divide em processo intermediário (“Zwischenverfahren”), no qual se aprecia a admissibilidade da denúncia, e audiência de instrução e julgamento (“Hauptverhandlung”).

Em essência, pois, a fórmula indica, de um lado, que o juiz carece de iniciativa probatória na fase de investigação, só podendo atuar por provocação do Ministério Público. Basicamente, exerce a função de um juiz de garantia, sendo denominado de “juiz da investigação” (“Ermittlungsrichter”). Como dizem os autores, “o processo penal alemão apresenta conformidade com o modelo acusatório puro na medida em que as funções de persecução penal e de julgamento são divididas entre dois órgãos (Ministério Público e juiz) independentes entre si, ficando o juiz de conhecimento afastado de qualquer atividade instrutória na fase preparatória do processo”. (“Er [der deutsche Strafprozess] stimmt mit dem reinen Anklageverfahren darin überein, dass Strafverfolgungs- und Urteilstätigkeit auf zwei voneinander unabhängige Behörden (StA und Gericht) verteilt werden, dass das erkennende Gericht von jeder Untersuchungstätigkeit im vorbereitenden Verfahren ferngehalten wird [...]”). (Claus Roxin/Bernd Schünemann, op. cit., p. 87)

De outro lado, após o oferecimento da denúncia, admite-se a iniciativa instrutória do juiz em relação às provas necessárias ao esclarecimento da verdade real (§§ 202 e 244 II).

de Roxin/Schünemann, “apenas nos valores jurídicos, vale dizer, nos critérios da verdade e da justiça, e não nas necessidades da Administração”.¹⁷ Destarte, se a polícia considerar necessária, no curso das investigações, a realização de alguma medida sujeita a reserva de jurisdição, deverá representar ao Ministério Público, para que este a requeira ao órgão judicial.¹⁸

É verdade que a segunda parte do § 163 II possibilita à polícia encaminhar os autos diretamente ao juiz, se vislumbrar a necessidade de pronta execução de ato investigatório ou cautelar sujeito a reserva de jurisdição. No entanto, cabe notar que o dispositivo legal em apreço não outorga, nem mesmo nessa situação excepcional, capacidade postulatória à polícia; não se cuida portanto de pedido – no sentido técnico –, mas apenas de remessa dos autos ao juiz, com a sugestão do órgão policial; só o Ministério Público pode formular pedido ao juiz.¹⁹

O juiz somente poderá apreciar a representação policial ofertada com base no § 163 II se estiverem satisfeitos os pressupostos reclamados pelo § 165.²⁰⁻²¹ São dois os requisitos impostos

¹⁷ A existência desse estatuto qualificado do Ministério Público, correlato ao da magistratura, confere dimensão judicialiforme ao procedimento investigatório. A investigação é dirigida, destarte, por um órgão que, embora não faça parte do Judiciário, compõe a administração da Justiça. Conforme asseveram Roxin e Schünemann “o MP é um órgão da Justiça, que não pertence nem ao Executivo nem ao terceiro poder, mas, enquanto órgão autônomo da administração da Justiça, situa-se entre ambos.” (“Die StA ist eine Justizbehörde, die weder der Executive noch der dritten Gewalt zuzurechnen ist, sondern als selbstständiges Organ der Rechtspflege zwischen beiden steht.”) (op. cit. p. 48-49). A partir dessa perspectiva, os mencionados autores reconhecem que a posição central do Ministério Público na fase apuratória satisfaz a exigência de “direção da investigação por órgão integrante da administração da Justiça” (“justizbehördliche Leitung des Ermittlungsverfahren”). (Claus Roxin/Bernd Schünemann, op. cit., p. 53)

¹⁸ “Caso a polícia considere necessária, no âmbito das investigações, a realização de buscas e apreensões e outras intervenções processuais penais de natureza coercitiva, remeterá os autos ao órgão do Ministério Público, para decisão [nas hipóteses em que a lei autoriza o Ministério Público a deferir a medida coercitiva, o que ocorre em geral quando há *periculum in mora* e não existe juiz acessível para apreciá-la] ou apresentação de requerimento ao juiz competente.” (“Soweit die Polizei im Rahmen der Ermittlungen Durchsuchungen und andere strafprozessuale Zwangseingriffe für erforderlich hält, werden die Akten dem Staatsanwalt zur Entscheidung bzw. zur Antragstellung bei dem zuständigen Richter vorgelegt.”) (Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, *Gutachten zum Thema: Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen*, p. 83; cf. ainda, Roxin/Schünemann, op. cit., p. 53)

¹⁹ Lutz Meyer-Goßner/Jürgen Cierniak, op. cit., p. 770.

²⁰ Idem, p. 770.

²¹ Estatui o § 163 II:

“§ 163 [...]

II [...] Os autos poderão ser remetidos diretamente ao juízo, se vislumbrada a necessidade de pronta execução de ato instrutório judicial.” (“II [...] Erscheint die schleunige Vornahme richterlicher Untersuchungshandlungen erforderlich, so kann die Übersendung unmittelbar an das Amtsgericht erfolgen.”)

A seu turno, o § 165 apresenta o seguinte teor:

“§ 165 No caso de *periculum in mora*, o juiz poderá praticar, independentemente de pedido, se não houver membro do Ministério Público acessível, os atos de instrução que se mostrarem necessários.” (“§ 165 Bei Gefahr im Verzug kann der Richter die erforderlichen Untersuchungshandlungen auch ohne Antrag vornehmen, wenn ein Staatsanwalt nicht erreichbar ist.”)

Verifica-se que os textos legais em questão são equívocos, pois sugerem, em uma leitura isolada, a existência de juiz de instrução; entretanto, salvo a hipótese de produção antecipada de provas – que, a rigor, não configura instrução judicial investigatória –, não é o juiz que pratica os atos de investigação, competindo-lhe apenas autorizar seu exercício. “De acordo com a concepção que veio a tornar-se geral – mesmo diante de um enunciado legal que continua a não ser claro a respeito –, a atividade do juiz da investigação denominada ‘ato de instrução judicial’ compreende dois diferentes âmbitos de atribuição, quais sejam, o da efetivação de medidas individualizadas de investigação consideradas úteis à coleta probatória – como, por exemplo, tomada de depoimentos e inspeções –; e – a título de tutela jurídica preventiva – o da ordenação, **ou melhor, autorização** de medidas coercitivas (intervenções em direitos fundamentais) e sua confirmação.” “Em ambos os casos, sua atividade [do juiz da investigação] está vinculada a um requerimento do Ministério Público, que o juiz só poderá examinar sob o prisma da legalidade, não sob o da oportunidade.” (“Nach inzwischen allgemeiner – wenn auch im Gesetzeswortlaut weiterhin nicht deutlich werdender Auffassung – umfasst die als „richterliche Untersuchungshandlung“ bezeichnete Tätigkeit des Ermittlungsrichters zwei unterschiedliche

pela norma: 1) presença de *periculum in mora*; 2) impossibilidade de oitiva prévia do membro do Ministério Público. Uma vez atendidos, o juiz atuará como “promotor de Justiça de emergência” (“Notstaatsanwalt”); mas não poderá fazê-lo, se tiver conhecimento de que o Ministério Público é contrário à efetivação do ato cogitado.²² Ademais, praticado o ato pelo juiz, caberá ao órgão do Ministério Público o poder de disposição posterior.²³

3. “POLICIALIZAÇÃO” DO PROCESSO PENAL

Nas últimas décadas, em razão da crescente modernização tecnológica dos organismos policiais, que passaram a trabalhar com instrumentos apuratórios cada vez mais invasivos, impôs-se no plano fático o domínio policial da investigação – e por consequência do processo –, com o correspondente debilitamento do controle externo desempenhado pelo MP. Desde então a doutrina passou a alertar sobre o risco de “policialização do processo penal” (“Verpolizeilichung des Verfahrens”), assim retratado por Kai Ambos:

En la práctica, tanto los que actúan dentro de la administración de justicia como los que se dedican a la ciencia jurídica critican en igual medida el dominio policial en la fase de investigación, el cual ha dejado poco a la idea legal de un ministerio fiscal que sea amo y señor del procedimiento de investigación. [...] La expresión „policialización“ (*Verpolizeilichung*) en la fase de instrucción, e incluso en todo el proceso penal – por cierto, también en otros ordenamientos jurídicos de la Europa continental– hace la ronda, entendiéndose por tal, en general, el creciente papel dominante que juega la policía en la investigación de los hechos. En concreto, esto significa que en los ámbitos de la criminalidad menor y media la policía dirige las investigaciones de manera prácticamente autónoma, es decir, averigua los hechos con independencia y solamente informa a la fiscalía – „sin demora“ – cuando obtiene un resultado de la investigación que este listo para ser presentado. [...] Esta situación es objetable debido a la conocida dependencia de la fiscalía del resultado de las investigaciones policiales y la „revaloración“ de la criminalidad por parte de la policía.²⁴

Mais adiante, acrescenta o jurista tedesco:

El cuadro resultante es claro: la lucha preventiva contra la criminalidad se ha separado en gran medida del umbral procesual-penal de la sospecha inicial. De facto, tiene lugar un *procedimiento de diligencias policiales previas*, cuya finalidad principal consiste en darle cuerpo de sospecha concreta a suposiciones criminalísticas de todo punto subjetivas. El procedimiento de diligencias previas común, previsto en el ordenamiento procesal penal, se convierte en maculatura normativa. Las objeciones desde consideraciones del Estado de derecho frente a una *fase policial de obtención de sospechas* previa a la sospecha inicial procesal-penal son obvias: la revaloración policial de la criminalidad demostrada en estudios criminológicos adquiere nueva cualidad, pues la policía sienta „proactivamente“ los puntos básicos de la investigación de forma completamente autónoma y, en ocasiones, hasta origina delincuencia – a través de la *provocación al hecho* – cuando no incluso la „produce“. La actuación policial con estrategias en estadio previo es por ello tan poco transparente

Aufgabenbereiche, nämlich: die Vornahme einzelner der Beweiserhebung dienender Ermittlungsmaßnahmen wie etwa Vernehmungen oder Augenscheinseinnahmen; sowie als Gewährung präventiven Rechtsschutzes die Anordnung (**besser Gestattung**) von Zwangsmaßnahmen (Grundrechtseingriffen) und deren Bestätigung. In beiden Fällen ist seine Tätigkeit an einen staatsanwaltschaftlichen Antrag gebunden, der von ihm nur auf seine Rechtmäßigkeit, nicht auf seine Zweckmäßigkeit überprüfbar ist.“ (Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, *Gutachten zum Thema: Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen*, p. 27) (grifo do original)

Além disso, a tomada de depoimentos pelo juiz da investigação deixou de ser imprescindível, em virtude da instituição, por meio da 1ª Lei de Reforma do Direito Processual Penal, de 9 de dezembro de 1974, de um dever de comparecimento e de declaração perante o Ministério Público (§§ 161 a, 163 a do CPP alemão). (idem, p. 27-28)

²² Lutz Meyer-Goßner/Jürgen Cierniak, op. cit., p. 797.

²³ É o que estabelece o § 167: “Nos casos previstos nos §§ 165 e 166, cabe ao Ministério Público o poder de disposição posterior.” (“§ 167 In den Fällen der §§ 165 und 166 gebührt der Staatsanwaltschaft die weitere Verfügung.”)

²⁴ Kai Ambos, op. cit., pp. 126-127.

como los criterios por razón de los cuales se investiga a determinados círculos o grupos de autores. Ya se habla de una „vuelta a un proceso inquisitivo de una autoridad secreta sin forma judicial“.²⁵

O mesmo tipo de inquietação também leva alguns autores a recorrer ao termo “Vergeheimdienstlichung”, cunhado por derivação do substantivo “Geheimdienst” (“serviço secreto”), para transmitir a ideia de degeneração da investigação em atividade de serviço secreto. De acordo com Schünemann, tal processo de “secretização” seria consequência do exacerbamento, a partir da década de 70 do século passado, da “policialização” da investigação.²⁶ Uma das principais causas desse fenômeno seria, segundo o autor, o entrelaçamento cada vez mais acentuado entre polícia preventiva e polícia judiciária, mormente no campo do combate à criminalidade organizada. Com isso, o controle do Ministério Público ficaria esvaziado, porquanto no Direito alemão o poder de requisição do órgão não alcança a atividade de polícia preventiva. Sendo assim, ficaria sem controle a seleção pela polícia das informações preventivas úteis à investigação penal.²⁷

Paralelamente, intensificaram-se no mesmo período as investidas, sobretudo dos órgãos de segurança pública e da doutrina jurídico-policia, para implementar uma investigação policial autônoma ou pelo menos com ampla liberdade.²⁸

4. A REAÇÃO DA DOCTRINA

A relação entre Ministério Público e polícia não foi negligenciada pela doutrina processual penal alemã, que abordou o tema de forma séria e profunda, encarando-o sob um prisma amplo, que não se deixa circunscrever-se ao limitado quadro de uma simples disputa corporativa. A razão disso é exposta por SCHAEFER:

Os problemas na relação entre Ministério Público e polícia não são meras disputas de competências e atribuições. Eles expressam, na verdade, o modo como vemos e avaliamos, no todo, nosso sistema de persecução penal.

[...] os deslocamentos no nosso sistema processual penal – e portanto na relação Ministério Público-polícia – demonstram que, na sempre necessária ponderação entre efetividade e garantia do Estado de Direito, cada vez mais se confere primazia à mera eficiência, enquanto o Estado de Direito e a função controladora que o garante, confiada à Justiça [em sentido amplo, incluindo o MP²⁹], sofrem fortes perdas – isso para não dizer que são deixados para trás.³⁰

Na literatura jurídica mais recente, merece destaque o texto de Kai Ambos, já citado acima,

²⁵ Idem, p. 135. Sobre a feição judicialiforme da investigação dirigida pelo Ministério Público, cf. nota 17 supra.

²⁶ Claus Roxin/Bernd Schünemann, op. cit., p. 54.

²⁷ Idem, p. 54.

²⁸ Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, *Gutachten zum Thema: Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-)Entwicklungen*, p.14.

²⁹ Cf. nota 4 supra.

³⁰ “Sie [die Problembereiche im Verhältnis Staatsanwaltschaft zur Polizei] sind keine bloße Kompetenz- und Zuständigkeitsauseinandersetzung. Sie bringen vielmehr zum Ausdruck, wie wir unser Strafverfolgungssystem insgesamt sehen und bewerten.

[...]

Zu befürchten ist nur, daß die Probleme oder besser die Verschiebungen im Verhältnis Staatsanwaltschaft-Polizei nicht nur als irgendeine schleichende innenpolitische Auseinandersetzung, also eine Art Machtkampf anzusehen ist, sondern daß die Verschiebungen in unserem Strafverfahrenssystem, auch im Verhältnis Staatsanwaltschaft – Polizei, darauf hinweisen, daß bei der ständig gebotenen Abwägung Effektivität und Rechtsstaatlichkeit mehr und mehr der bloßen Effizienz der Vorrang eingeräumt wird und die Rechtsstaatlichkeit und die sie garantierende Kontrollfunktion der Justiz – um nicht zu sagen auf der Strecke bleibt –, aber doch stark einbüßt.” (Hans Christoph Schaefer, “Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft – Polizei”, in Udo Ebert, Peter Rieß, Claus Roxin (orgs.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin: de Gruyter, 1999, p.202)

intitulado “Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei *versus* Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens” (“Controle da polícia pelo Ministério Público versus policialização da investigação”).³¹ Após percuciente e esmerada análise, o autor conclui que o perigo da policialização do processo deve ser debelado por meio do fortalecimento do controle externo da polícia pelo MP. A abordagem comporta dois ângulos distintos. O primeiro compreende a regularidade da investigação e consequente funcionalidade do processo penal como instrumento garantidor da justa aplicação da lei penal:

A la luz de la creciente importancia del procedimiento de investigación como núcleo fáctico y punto culminante del proceso, habrá que constatar aún más allá que las diligencias previas de investigación modifican la esencia del proceso penal en su conjunto. Estas objeciones, realizadas desde consideraciones del Estado de derecho, sólo pueden ser equilibradas mediante del establecimiento de un *contrapoder jurídico*. En un procedimiento acusatorio de instrucción al estilo alemán sólo entra en consideración como tal la fiscalía.³²

O outro ângulo de visão tem como escopo a proteção dos direitos e garantias individuais face à atuação preventiva da polícia:

[...] en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia prácticamente se desarrolla un *aparato policial autónomo* que lleva a cabo intervenciones o medidas independientes, las cuales potencialmente podrían afectar a cualquier ciudadano, de tal manera que es indispensable un control jurídico-estatal más eficiente. Un control de este tipo en un proceso acusatorio de instrucción al estilo alemán solamente puede ser ejercido a través del ministerio fiscal. Esto hace necesario su reforzamiento frente a la policía; un reforzamiento no sólo normativo, sino fundamentalmente fáctico.³³

Espera-se que propostas dessa natureza ecoem no plano da produção normativa. Em agosto de 2008, a Associação dos Juízes Alemães (“Deutscher Richterbund”) publicou parecer sobre a relação entre polícia, MP e juiz na investigação, elaborado a pedido do Ministério da Justiça da Alemanha.³⁴ O parecer conclui que houve, na prática, um desvirtuamento da relação entre Ministério Público e polícia prescrita em lei, levando ao deslocamento do centro de gravidade da investigação para o órgão policial (votação unânime).³⁵ Isso, segundo entendimento igualmente unânime da comissão, pode conduzir “ao amplo esvaziamento dos padrões fundamentais de controle jurídico-estatal e de persecução penal”; ocorre que, ajunta o parecer, “em um Estado de Direito a segurança interna não pode ser alcançada sem um sistema de justiça penal efetivo”.³⁶ A

³¹ Há tradução em espanhol de Teresa Manso Porto, sob o título “Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción”, publicada na *Revista Jurídica da ESMP*, São Paulo, n.º 2, vol. 1, p. 98, jul./dez. 2001.

³² Kai Ambos, op. cit., p. 136.

³³ Idem, pp. 142-143.

³⁴ O parecer, intitulado “Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen” (disponível em: <http://www.bmj.bund.de/files/-/3898/Verhältnis_Gericht_StA_Pol_DRB-Gutachten_2008.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2010), foi emitido por comissão da Associação de Juízes Alemães composta predominantemente de magistrados – de todas as instâncias, incluindo o Supremo Tribunal Federal alemão (“Bundesgerichtshof”) –, bem como, em menor número, por membros do Ministério Público, advogados e professores.

³⁵ “1. Die Kommission sieht kein Bedürfnis für eine Änderung des im Strafverfahrensrecht verankerten Verhältnisses von Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht im Ermittlungsverfahren. Dagegen sieht sie eine faktische Fehlentwicklung in Richtung einer Verlagerung des Schwerpunktes der Ermittlungen auf die Polizei.

[...]

einstimmig” (Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, *Gutachten zum Thema: Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen*, p. 273)

³⁶ “4. Die Kommission sieht eine sich verschärfende Entwicklung dahingehend, dass der grundlegende Standard rechtsstaatlicher Kontrolle einerseits und Strafverfolgung andererseits in der Praxis weiter ausgehöhlt wird. Innere Sicherheit ist im Rechtsstaat ohne eine effektive Justiz nicht zu erreichen.”

comissão propugna, então, de forma uníssona, que o aludido desvirtuamento seja corrigido através do fortalecimento da posição do Ministério Público na fase investigatória.³⁷⁻³⁸

5. CONCLUSÃO

Em remate, não poderíamos encerrar essa breve análise sem aludir à concepção peculiar e em parte divergente de Schönemann, para quem o controle da atividade policial pelo Ministério Público, “embora permaneça fazendo sentido em um Estado Democrático de Direito, nem de longe basta para resguardar os direitos do investigado”. “Isso só seria possível com a instituição de um sistema de vedações à coleta e ao emprego de provas [ilícitas] – como foi levado a efeito, pelo menos em seus contornos, graças à jurisprudência do Tribunal Constitucional –, bem como mediante o fortalecimento substancial da posição da defesa [na investigação], o que continua sendo um desiderato do futuro”.³⁹⁻⁴⁰

Todavia, as soluções por ele oferecidas apenas tangenciam levemente a problemática do controle externo da atividade policial, cujas preocupações, bem mais amplas, devem ser focadas em dupla perspectiva: 1) universalidade e eficácia das investigações; 2) respeito aos direitos fundamentais – não só dos investigados, mas de todas as pessoas virtualmente afetadas pela atividade policial. Aliás, o próprio autor não ignora a insuficiência de suas propostas, tanto que admite expressamente a importância do controle da polícia pelo Ministério Público em um Estado Democrático de Direito.

einstimmig (idem, p. 274)

³⁷ “1. [...] Diese Fehlentwicklung muss durch eine stärkere Einbindung der Staatsanwaltschaft in das Ermittlungsverfahren korrigiert werden”

einstimmig.” (idem, p. 273)

³⁸ A comissão demonstra, ao final, que as soluções propostas atendem à Recomendação REC(2000) 19, de 6 de outubro de 2000, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (cf. nota 1 supra). (idem, pp. 279 e ss)

³⁹ “[...] bleibt [die Kontrolle der Polizei durch die StA] zwar auch in einem demokratischen Rechtsstaat sinnvoll, ist aber zur Sicherstellung der Rechte des Beschuldigten bei weitem nicht ausreichend: Hierfür ist ein System von Beweiserhebungs- und -verwertungsverboten unverzichtbar, wie es dank der Rechtsprechung des BVerfG wenigstens in Umrissen verwirklicht ist, sowie eine wesentliche Verstärkung der Verteidigungsposition, die ein Desiderat der Zukunft bleibt.” (Claus Roxin/Bernd Schönemann, op. cit., p.55)

⁴⁰ Schönemann retoma a tese no texto “Risse im Fundament, Flammen im Gebäck: Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren”, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ano 4, n.º 10, 2009, pp. 484-494.