

**Theodósio Ferreira de Freitas**

**“O Ministério Público e o controle externo das atividades policiais: uma abordagem jurídica.”**

**Theodósio Ferreira de Freitas**

**“O Ministério Público e o controle externo das atividades policiais: uma abordagem jurídica.”**

## **SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO .....	6
1.0 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SEU PAPEL CONSTITUCIONAL.CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DE DIREITO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	08
2.0 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE EXTERNO DAS ATIVIDADES POLICIAIS.....	14
3.0 A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL-CONSTITUCIONAL DAS ATIVIDADES POLICIAIS, E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.....	37
3.1. As Atividades Policiais e o Poder de Polícia. Identificação de violações a Direitos, em Operações e Abordagens Policiais. ....	49
4.0 O ABUSO DE AUTORIDADE NAS OPERAÇÕES E ATIVIDADES POLICIAS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NESTA HIPÓTESE .....	54
4.1 Responsabilidade Civil e Administrativa e o Abuso de Autoridade .....	60
5.0 CONCLUSÕES .....	69
6.0 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	73

## **INTRODUÇÃO**

Visa este trabalho realizar um enfoque jurídico a respeito das prerrogativas e finalidades institucionais, conferidas, legal e constitucionalmente, ao Ministério Público, principalmente, em face dos Princípios e Preceitos do Estado Democrático de Direito, de modo a deslocar a discussão no sentido de se estabelecer a abrangência e forma de se exercer o denominado controle externo das atividades policiais, enquanto prerrogativa institucional do Ministério Público.

Hodiernamente, o cidadão vem sendo, diária e quotidianamente, submetido a averiguações e abordagens policiais, e as estatísticas indicam a produção, por vezes, de resultados danosos para a sua integridade física e moral, e até mesmo, para sua própria vida.

Procurarei estabelecer, como tema central desta discussão, o modo e a forma pelos quais o Ministério Público, por meio de seus membros, deverá exercer o denominado controle externo da atividade policial, principalmente, em face do conhecido Princípio do Promotor Natural; intentando fixar a abrangência de atuação (atribuições) do Ministério Público.

Ressaltarei, como núcleo de discussão, a proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, conforme previsão e fundamentação constitucionais, pelo Ministério Público, na fiscalização e controle externo das atividades policiais, mormente, quanto à legalidade e licitude da atuação policial.

Efetivarei uma breve incursão sobre as modalidades de decretação de estado de exceção, conforme preconiza a Carta Magna, analisando os aspectos referentes às consequências advindas para os direitos e garantias fundamentais.

Ademais, e além de buscar estabelecer a abrangência de atuação do Ministério Público, precípuamente, em razão dos ditames constitucionais, e em face do Estado Democrático de Direito, pretendo enfocar a fundamentação legal-constitucional da atuação policial, frente o denominado “Poder de Polícia” e o Princípio da Legalidade, conceituando e classificando a instituição “Polícia”, inclusive quanto às suas características e espécies; buscando identificar as

espécies de violações a direitos, quando da realização de operações e abordagens policiais. Intencionarei ainda, portanto, buscar colaborar com o aprimoramento da atuação da polícia e do sistema de justiça criminal, em face do Ministério Público.

Na seqüência, analisarei os aspectos, efeitos e consequências civis para o Estado e para o serventuário público, responsável pelo ilícito, além dos efeitos administrativos e penais na prática de ato caracterizador de abuso de autoridade, em correlação com o papel a ser exercido pelo Ministério Público, mormente, considerando-se o Princípio do Promotor Natural.

Será realizado um enfoque jurídico, distingüindo-se as diferentes modalidades de responsabilidade (civil, administrativa e criminal), em face do preconizado pela Constituição da República, a Lei nº 4.898/65, e o Código Civil (inclusive o novo Código Civil), resultantes para o Estado e o serventuário público civil, ou, militar.

Esta problemática apresenta vultosa relevância social e jurídica, pois, interessa não só ao cidadão, à população, e à Sociedade, como um todo, mas, também, ao Estado, enquanto considerado como “ente ético-político”.

Ademais, o Estado de Direito, no Brasil, ainda se apresenta, penso, não totalmente assimilado pelos órgãos policiais incumbidos da repressão ostensiva, no que tange, precípuamente, ao Princípio Constitucional da Legalidade, nota essencial daquele (Estado de Direito).

Outrossim, em se configurando o controle externo da atividade policial como tarefa institucional do *Parquet*, cabe-lhe interesse direto nesta questão; bem como, ao cidadão, que por obra e construção da jurisprudência e da doutrina nos últimos anos, tem expressado sua revolta e indignação, ante os prejuízos causados pelos excessos e desvios de agentes públicos, com respostas positivas de reparação de danos e indenizações monetárias, por parte da justiça e das decisões judiciais.

Ao final, estabelecerei, em conclusão, alguns tópicos, em síntese ao exposto durante o desenvolvimento destes trabalhos.

## **1.0 - O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SEU PAPEL CONSTITUCIONAL.**

### **CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DE DIREITO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Com o advento da Carta Política promulgada em 05 de outubro de 1.988, reservou-se a seção I, do capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça), do seu Título IV – Da Organização dos Poderes – para a definição das linhas gerais, das garantias primordiais da instituição ministerial e de seus membros, e também da conceituação e exposição das finalidades do *Parquet*. Logo no *caput*, do primeiro artigo referente ao Ministério Público, ou seja, no seu artigo 127, preconizou-se: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”.

Além de definir o Ministério Público como instituição<sup>1</sup> perene e essencial à função jurisdicional, eis que fiscaliza a atuação dos órgãos jurisdicionais, incumbiu-se-lhe da defesa do regime democrático. Ou seja, cabe, destarte, aos membros do Ministério Público desempenhar as suas funções, visando, além das demais finalidades institucionais, a defesa do Estado Democrático de Direito, entendendo-se este como exteriorização de regime democrático.

Outrossim, penso que cabe ao Ministério Público buscar a efetivação dos objetivos da democracia, subentendendo-se aí a igualdade de oportunidades, na busca de diminuir ou extirpar as desigualdades, para todos e independentemente de origem, condição social, econômica etc.; consecução da justiça social; a efetiva fiscalização e controle dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como, das demais forças estatais, e que atuam com igual, ou, maior coercibilidade (no sentido de coerção) social do que estes poderes, como a máquina policial; efetiva e

---

<sup>1</sup> “Instituição é definida pelo *Dicionário Houaiss da língua portuguesa* à p. 1627 como: ‘[...]4 estrutura material e humana que serve à realização de ações de interesse social ou coletivo; organização, estabelecimento [...] 6 organismo público ou privado, estabelecido por meio de leis ou estatutos que visa atender a uma necessidade de dada sociedade ou da comunidade mundial [...] 7 estabelecimento destinado ao ensino, à educação; escola, instituto, educandário [...] 10 formas ou estruturas sociais constituídas pelas leis fundamentais que regem um país ou por seus costumes nacionais, esp. as que derivam do direito público [...]’ Houaiss, Antônio e Villar, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.”

real participação popular nos poderes constituídos<sup>2</sup>; além de procurar materializar um Estado de Direito real, efetivo, garantidor de uma sociedade mais justa, menos desigual, mais segura, sem a influência proeminente e, eventualmente, nociva do Poder Econômico, e, hodiernamente, que se faz sentir com mais coerção, do próprio crime organizado.

Aliás, refiro-me aqui não só à criminalidade organizada, propriamente dita, mas também, àquela criminalidade incrustada no Estado, responsável pelo desvio e sonegação de tributos e outras modalidades de crimes lesivos ao erário público, à Nação e ao Estado brasileiro, eternizadora do tráfico de influência, da advocacia administrativa, e perpetuadora das “castas” políticas e dos grupos de pressão, nocivos à democracia e ao País. O Ministério Público, suponho, deve estar situado em posição, diametralmente, oposta a estes “grupos”, especialmente, considerando-se a sua missão institucional, preconizada pela Constituição da República.

Abordando esta questão, Hugo Nigro Mazzilli, expoente do Ministério Público brasileiro, no artigo *Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático*, anotou:

Supõe-se, naturalmente, a necessidade de um sistema constitucional legítimo, que assegure: a) a divisão do poder (quem faz a lei não é quem julga nem a aplica; quem a aplica não a faz nem julga; quem julga não é quem a faz nem a aplica administrativamente); b) o controle da separação do poder (não basta a Constituição dizer que o poder é repartido; é necessário que *existam* mecanismos de freios e contrapesos, e que estes mecanismos *funcionem efetivamente*); c) o reconhecimento de direitos e garantias individuais e coletivos; d) o respeito à liberdade e à igualdade das pessoas, bem como à dignidade da pessoa humana; e) a existência de decisões tomadas direta ou indiretamente pela maioria, respeitados sempre os direitos da minoria; f) a total liberdade na tomada de decisões pelo povo (decisões tomadas em ‘seu entender livre’, como dizia Ataliba Nogueira, e não decisões conduzidas pelos governantes, nem fruto de manifestação de uma opinião pública forjada pelos meios de comunicação; g) um sistema eleitoral livre e apto para recolher a vontade expressa pelos cidadãos; h) o efetivo acesso à alimentação, saúde, educação, trabalho, Justiça e demais condições básicas de vida por parte de todos.<sup>3</sup>

Sob outro aspecto, concebo o Estado de Direito como a situação jurídica de um País, em que deve predominar o respeito e a observância à lei, sobretudo a supremacia desta, em todos os níveis e segmentos sociais e econômicos, ou seja, representa a supremacia e prevalência da legalidade e legitimidade (entendida num sentido abstruído de considerações ideológica-partidárias), enquanto condicionante da atuação social-estatal.

---

<sup>2</sup> “O parágrafo único, do art. 1º, da Constituição da República dispõe: ‘Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.’”

<sup>3</sup> “Hugo Nigro Mazzilli et al.. *Ministério Público II Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999. P. 97 e 98.”

Dentro desta ótica de análise, concebo também o Estado Democrático de Direito como uma espécie de Estado de Direito, voltada para a realização das finalidades e objetivos da democracia, como já se fez frisar alhures, ou, como o Estado de Direito vocacionado e direcionado para a realização de valores democráticos.

A própria Constituição da República, no *caput* do art. 1º, preconizou: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...].” Este dispositivo constitucional, como se verifica, consagrou o denominado Princípio do Estado de Direito, no ordenamento positivo nacional.

O doutrinador José Afonso da Silva, citando J. J. Gomes Canotilho, deduz os princípios do Estado Democrático de Direito, a saber:

a) *princípio da constitucionalidade*, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional; b) *princípio democrático*, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º); c) *sistema de direitos fundamentais*, que comprehende os individuais, coletivos, sociais e culturais (tít. II, VII e VIII); d) *princípio da justiça social*, referido no art. 170, *caput*, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social; como dissemos, a Constituição não prometeu a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o faz a Constituição portuguesa, mas com certeza ela se abre também, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica; e) *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*, e I); f) *princípio da divisão de poderes* (art. 2º) e da independência do juiz (art. 95); g) *princípio da legalidade* (art. 5º, II); h) *princípio da segurança jurídica* (art. 5º, XXXVI a LXXIII).

A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.<sup>4</sup><sup>5</sup>

Sob estas considerações, constata-se a relevância do papel desempenhado pelo Ministério Público, no contexto atual, mormente, levando-se em conta a função precípua de fiscalização que o *Parquet* deve exercer sobre toda a

<sup>4</sup> José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed.. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1994. P. 110 e 111.

<sup>5</sup> “Doutrinando a respeito do ‘princípio democrático como princípio de organização’, J. J. Gomes Canotilho assevera: ‘O princípio democrático não elimina a existência das estruturas de domínio mas implica uma forma de organização desse domínio. Daí o caracterizar-se o princípio democrático como *princípio de organização* da titularidade e exercício do poder. Como não existe uma identidade entre governantes e governados e como não é possível legitimar um domínio com base em simples doutrinas fundamentais (cfr. *supra*, Parte I, Cap. 4º) é o princípio democrático que permite organizar o domínio público segundo o programa de autodeterminação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma e Estado e de governo.’ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 1995. P. 417 e 418”.

estrutura administrativa do Estado, inclusive, sobre o atuar dos Poderes da República.

Com efeito, o Ministério Público não é mais um dos órgãos, componentes da estrutura estatal, mas sim, **o órgão**, munido de atribuições, garantias e prerrogativas equiparáveis aos demais poderes, inclusive, com independência funcional, que vai fiscalizar toda aquela estrutura estatal e o seu funcionamento. Insere-se, portanto, o Ministério Público no continente Estado, embora, esteja posicionado de forma desvinculada e autônoma em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como indicam os parágrafos 1º e 2º, do artigo 127, da Constituição da República, ao disporem:

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

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

O Ministério Público apresenta-se, destarte, funcional e estruturalmente organizado como Poder, embora, não tenha esta designação constitucional, a qual o conceitua como instituição, como já se fez frisar alhures.

Basta voltar a atenção para a legislação complementar e ordinária, para se verificar o campo de atuação do Ministério Público nas questões da improbidade, administrativa, consumidor, proteção dos direitos e garantias fundamentais, segurança pública etc., e que comprovam o logo acima referido, além da atuação na persecução a delitos, e que corresponde à postura tradicional e já centenária do Ministério Público no Brasil.

Diz-se, ademais, que os membros do Ministério Público figuram como **agentes políticos**, atuando com autonomia funcional para desempenharem seu mister, deliberando, tomando iniciativas, oficiando perante o juízo, a administração pública em geral, e demais pessoas físicas e jurídicas, instaurando inquéritos civis públicos, notificando, requisitando a instauração de inquéritos policiais etc..

A respeito da independência funcional, alhures aventada, Hely Lopes Meirelles<sup>6</sup>, doutrina:

*Órgãos independentes* são os originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário -, colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados *órgãos primários* do Estado. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções *políticas, judiciais e quase-judiciais* outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (*agentes políticos*, distintos de seus servidores, que são *agentes administrativos*), segundo normas especiais e regimentais.

Nessa categoria encontram-se as *Corporações Legislativas* (Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembléias Legislativas, Câmaras de Vereadores), as *Chefias de Executivo* (Presidência da República, Governadorias dos Estados e do Distrito Federal, Prefeituras Municipais), os *Tribunais Judiciários e os Juizes singulares* (Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores Federais, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados-membros, Tribunais do Júri e Varas das Justiças Comum e Especial). De se incluir, ainda, nesta classe o Ministério Público federal e estadual e os *Tribunais de Contas* da União, dos Estados-membros e Municípios, os quais são órgãos funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria dos *agentes políticos*, inconfundíveis com os *servidores* das respectivas instituições. (Sem grifo no original).

Ainda na seção I, do Capítulo IV, do Título IV, da Magna Carta, mais precisamente, no artigo 129, elencam-se oito hipóteses tituladas como funções institucionais do Ministério Público, como: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; e exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada respectiva.

Destarte, e no inciso IX, deste aludido artigo, o constituinte - Poder Constituinte Originário -, possibilitou o exercício de outras funções, por parte do Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade, ressalvando a vedação da representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Com este inciso, a Constituição abre a possibilidade para que o legislador ordinário, ou/e, complementar, dentro de novas realidades sócio-econômicas e a partir de outras situações jurídicas, preconize outras hipóteses legais de atuação do Ministério Público, respeitando-se sempre as ressalvas e reservas feitas pela Constituição.

Esta delegação legislativa ensejou a elaboração da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público [Lei nº 8.625, de 12/02/1993], e diversas normas estaduais, de

---

<sup>6</sup> Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteri Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2.002. 790 p..

mesmo caráter, como a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso [Lei Complementar nº 27, de 19/11/1993]<sup>7</sup>.

Penso que, sem sendo, a Lei Orgânica Nacional alhures referida, lei federal de aplicação nacional, deva ter proeminência de aplicabilidade sobre as demais normas de âmbito estadual e municipal. Nesta linha de raciocínio, e como fundamento, aplicam-se os ditames constitucionais específicos e as disposições pertinentes da Lei de Introdução ao Código Civil. A própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público estabeleceu a sua superioridade jurídica hierárquica sobre as leis orgânicas de órbita estadual, quando preconizou no seu artigo 81, do capítulo X (Das Disposições Finais e Transitórias): “[...]Os Estados adaptarão a organização de seu Ministério Público aos preceitos desta Lei, no prazo de cento e vinte dias ^ contar de sua publicação.[...].”.

---

<sup>7</sup> ”A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, no seu artigo 25, prescreveu diversas hipóteses não contidas no texto constitucional, como a possibilidade de: propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face à Constituição Estadual; interpor recursos ao Supremo Tribunal

## **2.0 - O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE EXTERNO DAS ATIVIDADES POLICIAIS.**

A Lei Fundamental de 1.988 preconizou, como função institucional do Ministério Público, no inciso VII, do seu artigo 129<sup>8</sup>, o controle externo das atividades policiais; norma constitucional esta que remeteu à legislação complementar específica do Ministério Público, ou seja, às leis orgânicas federal, ou, estadual, a tarefa de discriminar e especificar a sua forma de efetivação e realização.

Este dispositivo estabeleceu uma regra de competência “residual”, visto que, no que tange a normas processuais penais, ou não, deve ser observada a disposição preconizada pela Constituição da República, ao dispor no inciso I, do seu artigo 22: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I-direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;[...].”.

Ou seja, quanto à vicissitude das atuais regras e normas processuais, referentes, especificamente, à persecução criminal, como formalidades aplicáveis ao rito processual, modificação de regras pertinentes ao inquérito policial e à investigação criminal, etc., cabe, via de regra, ao Congresso Nacional (União), legislar.

Portanto, no que tange ao efetivo controle externo das atividades policiais, no sentido de visar a uma maior celeridade de investigações, eficiência das apurações, etc., cabe à União, por meio do Poder Legislativo (Congresso Nacional), legislar, especificando e detalhando as regras e normas a serem aplicáveis.

Em decorrência do mandamento constitucional alhures mencionado, instituiu-se a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, norma federal de aplicabilidade nacional, ou seja, de aplicabilidade a todos os entes municipais, estaduais e federais do País, e que apesar de não especificar diretamente as

---

Federal e ao Superior Tribunal de Justiça; e ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas.”

<sup>8</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:[...]

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;”

hipóteses de forma de controle externo da atividade policial, no inciso IV, do seu artigo 26, previu a possibilidade da requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais e de inquéritos policiais militares, nos termos do disposto pelo inciso VIII, do artigo 129, da Constituição da República, podendo acompanhá-los, e no inciso II, do seu artigo 27, preconizou que cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de lhe garantir o respeito pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta, ou, indireta.

De plano, constata-se que esta norma complementar nacional foi lacônica a respeito do controle externo das atividades policiais, quando poderia ter sido mais detalhista e específica a este respeito.

Esta norma poderia ter discriminado e estabelecido regras mais específicas e detalhadas, a serem obedecidas pelo *Parquet* da União, em seus diversos segmentos, e dos Estados, independentemente, de outras normas e regras dispostas nas leis orgânicas da União e dos Estados.

Aliás, vale ressaltar a observação realizada por Luiz Henrique Manoel da Costa<sup>9</sup>, em excelente artigo, neste particular:

“A Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) que dispõe sobre as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, teve vetados os incs. X e XI do art. 25, justamente aqueles que dispunham quanto aos meios de controle externo da atividade policial; já a LC 75/93, que dispõe sobre a organização do Ministério Público da União, permaneceu íntegra no tocante aos dispositivos concernentes ao controle externo (art. 9º) até mesmo porque não cuidou da *vexata quaestio* relativa à remessa direta do inquérito policial ao Ministério Público, exatamente o ponto de discordia, portanto vetado, na Lei 8.625/93; no entanto, considerando que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93, art. 80) adotou com normas subsidiárias aquelas constantes da LC 75/93, temos que no nível de normas gerais relativas ao controle externo, vige o que dispõe a Lei do Ministério Público da União. Em Minas Gerais, a LC 34/94 estabeleceu sabiamente que o controle externo da atividade policial será exercido observado o disposto no inc. II do art. 125 da Constituição Estadual (art. Art. 67, IV), assim posto que a Constituição do Estado de Minas Gerais detalhou de forma arrojada o controle externo, inclusive dispondo quanto à remessa do inquérito policial **diretamente** ao Ministério Público, atribuindo a este, inclusive, fixar prazo para sua conclusão. Entretanto, subsistem as razões do veto presidencial à Lei Orgânica Nacional, sob entender que a matéria relativa à remessa do inquérito policial e sua tramitação é de natureza processual, não sendo pertinente portanto sua inserção na lei que cuida da organização do Ministério Público, daí certamente porque, embora constando da Constituição Estadual, tais formas de controle permanecem como letras mortas e sem aplicabilidade prática. Pelo que se verifica por conseguinte, a questão do controle externo ainda se encontra longe de ser equacionada e acredito, especialmente em virtude de disputas corporativas: de um lado o Poder Judiciário, defendendo sua permanência no inquérito policial, aliás com evidente quebra do modelo acusatório, e de outro a instituição policial civil, que vê o controle exercido pelo Ministério Público como

---

<sup>9</sup> Luiz Henrique Manoel da Costa. *Introdução ao Estudo do Controle Externo da Atividade Policial Militar*. 2ª seção do fascículo 2 – matéria penal da RT v. 756, outubro de 1998. P. 458 e 459.

indevida ingerência em tema que julga ser de sua atribuição exclusiva.[...]Colocando ao lado eventuais vaidades feridas, certo é que o mecanismo de controle instituído pela Constituição Federal pode e deve ser operado com o instrumento legal mínimo existente e que, diga-se, não esgota o âmbito de atuação do Ministério Público, até mesmo porque a LC/75 (Ministério Público da União) e, no Estado de Minas Gerais, a LC/34 não estabeleceram nos dispositivos específicos *numeris clausus*, senão dispondo de forma aberta e portanto exemplificativa, daí que a discussão doutrinária além de atual é absolutamente necessária à solidificação do instrumento constitucional, especialmente por se tratar de enorme conquista destinada à preservação dos direitos humanos.[...]"

Por sua vez, no âmbito dos Estados da Federação esta questão tem tido a atenção da Sociedade e do Ministério Público, apesar de inexistirem informações quanto a grandes avanços práticos.

No Estado de Mato Grosso, a norma estadual que rege o Ministério Público - Lei Complementar nº 27, de 19 de novembro de 1993 -, reproduz o expressado pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, com a diferença de que no seu artigo 24, dispõe que o Ministério Público exercerá, na forma da lei, o controle externo da atividade policial, velando, em especial, pela indisponibilidade, moralidade e legalidade da persecução criminal; em clara alusão ao Princípio da Obrigatoriedade e Indisponibilidade da Ação e Persecução Criminal, e ao Princípio da Legalidade, pedra de toque da Administração Pública brasileira.

Além deste dispositivo, incidível à espécie, o seu artigo 25, no seu inciso II, prescreve o dever de defender os direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, em relação aos órgãos da Administração Pública Estadual e Municipal, direta ou indireta, e no seu parágrafo único, nos três primeiros incisos, elenca diversas hipóteses de atuação aplicáveis ao controle externo das atividades policiais, tais como: receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis e dar-lhes as soluções adequadas, zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos e policiais, e dar andamento, no prazo de trinta dias, a notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no primeiro inciso.

Por oportuno, vale frisar que uma das unidades da Federação que tem desenvolvido uma legislação moderna a respeito do controle externo das atividades policiais, inclusive, detalhista, é o Estado do Ceará, onde se normatizou este assunto, na seara do Ministério Público daquele Estado, por meio da Lei Complementar Estadual nº 9, de 23 de julho de 1998.

Este dispositivo legal estadual, preconiza, dentre outras hipóteses, que o Ministério Público do Estado do Ceará exercerá o controle externo da atividade policial, tendo em vista o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios, direitos e garantias individuais, assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil, Constituição Estadual do Ceará e nas leis vigentes; a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; e a competência dos Órgãos incumbidos da Segurança Pública.

Adiante, esta norma estadual preconiza que o controle externo da atividade policial, pelo Ministério Público, será efetivado por meio de medidas judiciais e extrajudiciais, podendo, seus órgãos, dentre outras situações, representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou, para prevenir, ou, corrigir ilegalidade, ou, abuso de poder; assim como, fiscalizar a legalidade da prisão de qualquer pessoa.

De seu turno, a Lei Orgânica do Ministério Público da União – a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 – tem também redação mais detalhista, inclusive, reservando ao controle externo da atividade policial o seu capítulo terceiro, onde preconiza que este controle será efetuado por meio de medidas judiciais e extrajudiciais, podendo ter livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais, ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial, representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder, requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial, e promover a ação penal por abuso de poder.

Ademais, este diploma federal também prevê que a prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.

Do texto constitucional alhures referido também depreende-se que a natureza jurídica desta função institucional corresponde a um **dever jurídico**, e não a simples atribuição, de aplicação facultativa. Isto implica em se dizer que toda vez

que os direitos e interesses da Sociedade, difusos, coletivos e individuais indisponíveis, e do cidadão, principalmente, os direitos e garantias fundamentais, forem objeto de violação, supressão, ou, ameaça plausível, por parte da máquina policial, ou, de qualquer órgão estatal, tem o Ministério Público o **dever** de atuar, quer seja de ofício, ou, mediante requerimento de qualquer cidadão.<sup>10</sup>

Não pode ser olvidado que o controle externo das atividades policiais espelha, em última análise, o sistema constitucional adotado pelo legislador constituinte originário, de freios e contrapesos (arts. 2º, *caput* do art. 18, e *caput* do art. 127, da Constituição da República), e de independência dos poderes.

Estabelece, expressamente, o artigo 2º, da Constituição da República: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

Outrossim, se vigora, no hodierno sistema constitucional, a aplicação das regras principiológicas acima ventiladas, aos Poderes da República, com muita mais razão, há de se aplicá-las aos demais órgãos e instituições componentes da estrutura estatal, como a polícia.

Tecendo considerações acerca da independência e harmonia entre os poderes, José Afonso da Silva, *idem, ibidem*, assevera:

A *independência dos poderes* significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais;[...]

A *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freio e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

---

<sup>10</sup> “Waldo Fazaio Júnior *apud* MARQUES, Carlos Alexandre, à p. 2, do excelente artigo *Controle Externo da Atividade Policial: natureza e mecanismos de exercício*, doutrina: ‘Quando o constituinte de 1988 atribuiu ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (art. 129, inc. VII), não lhe conferiu uma autorização ou poder (*Kann – Formulierung*) mas uma determinação de dever (*Muss – Bestimmungen*). [...]Por derradeiro, ao imperativo constitucional de controlar a atividade policial, imposto ao Ministério Público, corresponde o direito subjetivo pessoal, cujo titular é qualquer cidadão, de exigir que o ‘parquet’ o faça’ (Carlos Alexandre Marques. *Controle externo da atividade policial: natureza e mecanismos de exercício*. In: *jus navigandi*, 2001. (<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1598>).’”

Aspecto que deve ser ressaltado, corresponde ao fato de que o controle externo das atividades policiais deve ser exercido sobre a instauração, o desenvolvimento, e/ou, o resultado dos trabalhos persecutórios da polícia judiciária, bem como, sobre as atividades repressivas-preventivas exercidas pela polícia ostensiva, e toda função atinente ao trato com o cidadão e a população em geral, mas, nunca sobre a estrutura hierárquica, ou, os assuntos referentes ao âmbito administrativo da polícia.

Na situação em que o membro do Ministério Público tiver por dever e obrigação requisitar a instauração de um procedimento administrativo qualquer contra uma autoridade policial, agente policial, ou, membro da polícia militar, cabe-lhe acompanhar o andamento do feito respectivo, no máximo pugnando pelo afastamento, ou, desligamento do representado, mas jamais, interferir nos assuntos *interna corporis* da administração pública “polícia”.

Vale citar o posicionamento de Francisco Taumaturgo de Araújo Júnior, quando assevera no seu artigo “Controle Externo da Atividade Policial, O Outro Lado da Face”, publicado no Boletim IBCCRIM, ano 8, nº 89, abril/2000, à f. 15: “Como expresso no ordenamento constitucional, o Ministério Público exercerá o controle externo da atividade policial e **não dos policiais**, pois estes estão sujeitos a um controle interno, desenvolvido pelos órgãos hierarquicamente superiores. Controla-se, assim, a atividade-fim da polícia, onde há **interesse do Ministério Público.**”

Ademais, indubitavelmente, o bom policial não se preocupa com o controle externo das atividades policiais, por parte do Ministério Público, ou, de quem quer que seja, mas, ao contrário, iniludivelmente, aplaude este mister do Ministério Público, porque tem conhecimento de que o policial relapso, corrupto, ficará sujeito a sofrer as devidas conseqüências penais, em benefício da imagem da própria Instituição “Polícia”.

Outrossim, o próprio Ministério Público também se submete ao controle externo de suas atividades, pois, a teor do disposto pelo artigo 29, do Código de Processo Penal, e pela Constituição da República, como garantia e direito fundamental, pelo contido no inciso LIX, do seu artigo 5º, não havendo o ajuizamento da pertinente ação penal pública, no prazo legal, cabe aos

legitimados a apresentação de ação privada subsidiária, ou, suplementar, por meio de uma denúncia substitutiva.

Em consonância com o expressado logo acima, verifica-se que a mesma razão que faz com que o Ministério Público detenha o controle externo das atividades policiais, e que corresponde ao interesse em acompanhar o andamento das investigações e os seus resultados, e ainda por ser destinatário destas apurações, mormente, em face de sua condição de *dominus litis* da ação penal pública, também fundamenta (esta razão), em última análise, a propositura de denúncia-crime, lastreada em representação, devidamente, instruída, ou/e, peças de informação, desacompanhadas de inquérito policial.

Em outros termos, por ser destinatário, via de regra, das informações colhidas e buscadas durante as investigações policiais, assim como, de todo o material cognitivo apurado e produzido na seara indiciária, os quais servirão de lastro probatório e formador da *opinio delicti*, nada mais justo e legítimo do que capacitar e municiar o Ministério Público de meios e instrumentos para exercer o controle externo das atividades policiais, facilitando o acesso aos inquéritos policiais e investigações.

Destarte, na maioria das investigações, e ainda na fase policial, serão produzidas e colhidas as provas e informações lastreadoras da eventual condenação criminal do autor do delito, e pertinentes aos respectivos fatos típicos imputados aos acusados; e que se constituirão em ônus ao Ministério Público provar, como se verifica do preconizado pelo artigo 156, do Código de Processo Penal: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Claramente indicando o asseverado, o Código de Processo Penal dispensa o inquérito policial se as peças de informação, e/ou, representação apresentadas, não deixam margem de dúvidas, quanto à materialidade (se for o caso) e a autoria, à luz do disposto por diversos dispositivos processuais, mas, principalmente, pelo preconizado no parágrafo 5º, do artigo 39, e no parágrafo 1º, do artigo 46.

A jurisprudência também acena neste sentido:

"Criminal. HC. Estelionato. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Falhas não-vislumbradas. Possibilidade de denúncia genérica. Inquérito policial. Prescindibilidade. Inexistência de provas da morte do segurado. Impropriedade do meio eleito. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Ordem denegada.

Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra in casu.

Tratando-se de crimes societários, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do CPP.

#### Precedentes.

O inquérito policial não é imprescindível para o início da ação penal por denúncia ou queixa, se tais peças vierem embasadas em outros elementos que demonstrem a materialidade e indiquem a autoria.

O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a apontada ausência de elementos que comprovem a morte do segurado, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da exordial acusatória.

A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas *in casu*.

Ordem denegada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus*. Quinta turma. HC 19558/RJ, j. 04.06.2002, publicado no *DJ* na data de 01.07.2002, p. 363, rel. Ministro Gílson Dipp. Convergentemente: STF *in RTJ* 76/741.

Feitas as observações logo acima expressadas, deve-se estabelecer o âmbito de atribuições do Ministério Público, no exercício do controle externo das atividades policiais.

Dessarte, não só a proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, como preconizados pela Constituição da República, devem ser objeto da atenção do Ministério Público, no controle externo das atividades policiais, mas também, o respeito da legalidade e licitude dos trabalhos investigativos-probatórios desenvolvidos pela polícia judiciária, e a celeridade da prestação dos resultados destes trabalhos investigativos.

Especial atenção, penso eu, deva haver na licitude e legalidade das provas produzidas no trato do cidadão, quase sempre mais fraco diante do aparato policial. Isto não significa que a polícia deva afrouxar a repressão e o combate à criminalidade, deixando de realizar as chamadas batidas policiais e operações ostensivas, ou, omitindo-se frente ao crescimento das ocorrências criminosas; mas sim, atentar para a quase sagrada preservação dos direitos fundamentais do

cidadão e da população em geral, e atuar sempre escudado em motivação legal justificadora, dentro dos parâmetros legais-constitucionais.

Qualquer intervenção, abordagem, ou, operação policial, acredito, realizada ao arrepio de direitos e garantias fundamentais do cidadão, ou, colidente com a licitude e legalidade de meios de produção de provas, deve ser considerada inconstitucional e ilegal, para não dizer-se ilícita.<sup>11</sup>

Ocorre que, em havendo a colisão entre o direito e o interesse da Sociedade e da Justiça de se buscar a verdade e a ordem e paz públicas (Princípio da Ordem Pública), e os direitos e as garantias fundamentais, assegurados e tutelados, constitucionalmente, em favor do cidadão, devem prevalecer estes sobre aqueles, em face da sua supremacia axiológica, supremacia esta operada pelos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Supremacia da Constituição. Trata-se, portanto, de se preservar o núcleo essencial e intangível correspondente aos direitos e garantias fundamentais, conquista indiscutível da humanidade e da civilização, após uma história milenar de lutas e sacrifícios de várias gerações de povos diferentes de diversos países e continentes.

Sob outro aspecto, em se tratando de aplicação, hipoteticamente, colidente de dois ou mais direitos fundamentais, as regras a serem aplicadas correspondem, da mesma forma, àquelas definidas e dispostas pelo Princípio da Proporcionalidade. Ocorre que, embora o sistema normativo seja uno e disposto de forma, ficticiamente, harmônica, a realidade fática faz surgir a possibilidade, em múltiplas ocasiões, do operador do direito se deparar com a situação de ter que nomear uma norma, e/ou, princípio, em detrimento de outro, ou, outros, sem que com isto quebre a harmonia alhures expressada, ainda que o princípio, ou, norma a ser sacrificada e colocada em segundo plano, seja também um direito fundamental, pois, no sistema jurídico atual não há direitos absolutos.

Com este posicionamento, transcrevo, parcialmente, a ementa do seguinte julgado da excelsa suprema corte nacional:

---

<sup>11</sup> “A respeito deste aspecto, abordei a constitucionalidade de determinadas batidas policiais, quando realizadas sem amparo legal, no artigo *O controle das operações policiais denominadas ‘Blitz’ e o Estado de Direito*, in Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 479-484. Mensal. ISSN 0034-9275. Quanto à licitude de meios de prova, e a pertinência e adequação da atuação da polícia, vale estudar o relatório apresentado pelo Exmo. Sr. Des. Marco Nahum, nos autos de Apelação-Detenção nº 1270.983/9 – Santos; Apelante: Ministério Público, Apelado: S. S. C. ou S. S. C.; Voto nº 3463; Relator: Exmo. Sr. Marco Nahum; in Boletim IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 9, n. 108, p. 562-563, novembro 2001. Mensal.”

[...]OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercida em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.[...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 23452/RJ. Tribunal Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 16.09.99, DJU 12.05.00, p. 20).

Em outras palavras, acredito que toda e qualquer atuação estatal, quer se trate do aparelho de segurança pública (polícias), ou, não, deve gravitar em torno de um núcleo central e essencial, correspondente à preservação da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais.

Esta esfera fictícia de direitos e garantias intangíveis, representa o limite, estabelecido pela vontade da soberania popular, à atuação não só do aparelho policial, em todas os seus segmentos, mas também, dos Poderes Públicos; imprimindo uma espécie de gatilho de segurança jurídica ao indivíduo e à Sociedade, em face de uma esporádica atuação opressiva estatal.

O próprio poder constituinte originário, ou, de primeiro grau, procurou, por meio das cláusulas pétreas insculpidas nos incisos do parágrafo 4º, do artigo 60, da Constituição da República, vedar e impossibilitar a abolição e supressão do núcleo central e essencial alhures expressado, e correspondente aos direitos e garantias fundamentais, mesmo em sede de uma eventual reforma e revisão constitucionais, via proposta de emenda, pelo poder constituinte derivado.

Neste aspecto, estabeleceu o parágrafo 4º, do artigo 60, da C. da República: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I-a forma federativa de Estado; II-o voto direto, secreto, universal e periódico; III-a separação de poderes; IV-os direitos e garantias individuais.” (Sem grifo no original).

Noutro passo, o sistema jurídico nacional detém outro mecanismo de proteção ao núcleo essencial correspondente aos direitos e garantias fundamentais, assim como, viabilizador de seu pleno e incondicional exercício, conforme extrai-se do disposto pelo parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição da República, o qual

preconiza: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Estes dispositivos garantidores da aplicabilidade imediata e incondicional de um núcleo essencial constitucional, representante, em última análise, da segurança jurídica do cidadão frente o Estado, tem incidência internacional, senão vejamos o lecionado pelo preclaro doutrinador Márcio Iorio Aranha<sup>1</sup>

A aplicação direta desses direitos somente pôde ser justificada mediante a aceitação de seu conteúdo objetivo. Assim, na Lei Fundamental de Bonn de 1949, introduziu-se o art. 1º, § 3º, que determina sejam os direitos fundamentais auto-aplicáveis. A Lei Fundamental de Bonn ainda deixou expressa a determinação em se deixar *intacta a substância dos direitos fundamentais*, isto é, a proteção especial dada, no art. 19, a seu conteúdo essencial (*Wesensgehalt*). A preocupação dos alemães com a proteção objetiva da essência dos direitos fundamentais os fez declarar expressamente a intangibilidade dos *núcleos essenciais*, entretanto, a ausência de tal referência não é obstáculo a consideração séria do tema em sistemas jurídicos que não detenham um dispositivo explícito a respeito. A presença, na Constituição alemã, de uma proteção especial aos direitos fundamentais do art. 79 da Lei Fundamental de Bonn é entendida como suficiente à cogitação dos núcleos essenciais. Tal dispositivo encontra seu correspondente na inclusão dos direitos fundamentais, pela Constituição brasileira de 1988, entre as chamadas *cláusulas pétreas*.

De sua parte, o festejado doutrinador e ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes<sup>2</sup>, refere-se à proteção do núcleo essencial acima expressado, nos seguintes termos:

Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do *núcleo essencial*, como se lê no art. 19, II da Lei Fundamental alemã de 1949 e na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18, III). Cuida-se, talvez, de preocupação exagerada do constituinte, pois, é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas. Se se admitisse que a lei poderia restringir ilimitadamente direitos fundamentais, ter-se-ia a completa supressão do efeito vinculante desses direitos em relação ao legislador.

De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o *princípio da proteção do núcleo essencial (Wesensgehaltsgarantie)* destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecimento de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

Os direitos fundamentais constituem-se, por conseguinte, num núcleo essencial e intangível, em que é titular o indivíduo, um ente, e/ou, a sociedade, oponível aos poderes e atuação estatais, em face de limitação imposta e

---

<sup>1</sup> Márcio Iorio Aranha, à p. 211 e 212 da obra *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 1.999. 236 p.

<sup>2</sup> Gilmar Ferreira Mendes à p. 34 e 35 da obra *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos, 1.998. 478 p.

preconizada pela soberania popular. Têm fundamento, destarte, no Princípio da Soberania Popular e no Princípio da Supremacia da Constituição.

A melhor doutrina, capitaneada pelo magnífico mestre Paulo Bonavides<sup>14</sup>, trata da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, entabulando quatro gerações de direitos fundamentais, em genial construção, ao lecionar:

Enfim, se nos deparam direitos da primeira, da Segunda e da terceira geração, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas. Haja vista a esse respeito a lição de Karal Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.[...]

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural dos constitucionalismo do Ocidente.[...]

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.[...]

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século.[...]

A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.[...]

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.[...]

Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.

Mesmo em situações de extrema excepcionalidade, como aquelas reguladas pelo capítulo I, do Título V, da Constituição da República, e que equivalem à decretação de estado de defesa e de sítio, não há de se admitir a supressão dos direitos e garantias fundamentais.

Quando muito, cabe, conforme previsão constitucional, a decretação de legalidade extraordinária, com a consequente suspensão de determinados direitos e

---

<sup>14</sup> Paulo Bonavides, em *Curso de Direito Constitucional*, à p. 514 usque 531, 11. ed., rev. atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2.001.

garantias fundamentais. Estas medidas excepcionais correspondem àquelas preconizadas pelas letras “a” a “c”, do inciso I, do parágrafo 1º, do artigo 136, e pelos incisos do *caput* do artigo 139, da Constituição da República.

Vale anotar que o parágrafo 1º, acima ventilado, e o *caput* do artigo 138, da C. R., referem-se, respectivamente, às expressões “restrições aos direitos”, e “garantias constitucionais que ficarão suspensas”(**sic**), mas nunca à supressão, ou, extinção de tais direitos e garantias.

Especificamente, no que tange a eventuais operações ostensivas do aparelho repressivo policial, vale ressaltar que, conforme disciplina o inciso V, do artigo 139, da C. R., e, portanto, especificamente, quanto à decretação do estado de sítio, torna-se, plenamente, possível a realização de abordagens, e ações visando à realização de buscas pessoais, quer sejam efetivadas no trânsito, e/ou, em transeuntes na via pública. Aliás, não pode ser olvidado que esta situação extraordinária só teria cabimento na hipótese de: “ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa”(**sic**).

Portanto, por raciocínio lógico, conclui-se pela inviabilidade e vedação constitucional de realização de buscas e apreensões em domicílio, e/ou, buscas pessoais, durante a vigência de decretação de estado de defesa, sem ordem judicial específica, e/ou, fora das situações preconizadas no ordenamento adjetivo e na Constituição da República (fundada suspeita, flagrante delito, fundada suspeita etc.), mormente, considerando-se ser esta medida menos severa do que aquela.

Verifica-se, por conseguinte, uma escala de patamar de gravidade e abrangência entre o estado de defesa, mais brando, e o estado de sítio, mais severo e com maiores implicações legais e práticas.

Ocorre que, tratando-se a decretação do estado de sítio de medida extrema e excepcional, a efetiva realização das medidas coercitivas elencadas pelos incisos I (obrigação de permanência em localidade determinada), IV (suspensão da liberdade de reunião) e V (busca e apreensão em domicílio), do artigo 139, da C. R., ficariam impossibilitadas e inviabilizadas, se não houvesse a consequente restrição ao direito de locomoção, previsto constitucionalmente pelo inciso XV, do artigo 5º, e de inviolabilidade do domicílio, elencada pelo inciso XI, também do artigo 5º.

De outra banda, cabe observar que a própria constituição, no seu bojo, preconiza dois mecanismos de segurança jurídica, quanto a estas situações legais excepcionais.

O primeiro corresponde à previsão de lei, especificadora das medidas coercitivas a vigorarem num eventual decreto de estado de defesa, e os limites destas medidas excepcionais (parágrafo 1º, do artigo 136).

Vê-se a intenção do constituinte em realçar a preocupação em estabelecer limites às medidas coercitivas a serem decretadas durante o estado de defesa, e ainda em remeter à lei, e portanto, ao legislador, representante da vontade popular *a priori*, a tarefa e incumbência de discriminar e expressar quais medidas coercitivas podem ser tomadas e a esfera e amplitude destas mesmas medidas.

Sob outro aspecto, verifica-se, em segundo lugar, que os executores, ou, agentes do estado de defesa, ou, sítio, ficarão sujeitos a responder civil, administrativa e criminalmente, pelos ilícitos cometidos durante a vigência destas situações emergenciais, cessada sua decretação e seus respectivos efeitos (artigo 141 da C. R.).

Além das medidas penais previstas no Código Penal e leis especiais, incide na espécie o disposto pela Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Conclui-se, portanto, que o poder estatal de limitar e restringir esbarra na órbita de proteção definida pelos direitos e garantias fundamentais, mesmo em situações de exceção.

Tecendo considerações acerca dos procedimentos investigatórios e inquéritos policiais, inclusive, acerca da possibilidade do Ministério Público de realizar investigações, presidindo e conduzindo estas investigações, assim como, sobre o controle externo da atividade policial, a Ilustrada Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha, referida por Sua Exa. o Ministro Costa Lima, relator nos autos de Conflito de Atribuições nº 23-RJ, Suscitante: Ministério Pùblico Federal e Suscitado: Juízo Federal da 13ª Vara – RJ, manifestamente, expressou-se:

A instrução criminal, tem o objetivo não só de **preparar os elementos mediatos** da instrução definitiva, como também o de fixar um **juízo de acusação** preliminar, quer para a garantia da inocência contra a acusação leviana ou mesmo a calúnia, quer para a proteção do uso indevido do organismo jurisdicional.

Vê-se, pois que a instrução criminal deve ser preservadora (da inocência e da justiça) e preparatória (dos meios de prova). Assim, os atos do inquérito policial possuem

dupla função – a primeira, a de formar o **corpo de delito** – isto é, coligir os elementos corpóreos que dizem respeito ao delito – e a Segunda, através de dados sensíveis captados do corpo de delito, apontar a responsabilidade criminal pelo evento, por uma operação intelectual aferidora da intenção do agente ao infringir o preceito legal. Conclui-se, assim, que a instrução criminal visa à **formação do corpo de delito e à formação da culpa**.

Por esse motivo, correta a assertiva de que, ‘**iniciada uma investigação, através da instauração de inquérito, estabelece-se entre o Estado e o indiciado** (ou suspeito) **uma situação de litigiosidade**’ (J. Frederico Marques). Passa o indivíduo a ser considerado **objeto de investigação**, detendo a autoridade policial, liberdade discricionária de investigação, sob pena de se mutilar a função da polícia. A liberdade investigatória só encontra limites quando a atividade policial possa representar injusta lesão a direitos individuais.

Assim, como **objeto de investigação**, o indivíduo sofre, necessariamente, um abalo em sua cidadania, podendo ser submetido a certos constrangimentos que a lei autoriza, ser molestado pela autoridade policial para prestar depoimentos, acompanhar perícias, reconstituições, ver quebrado o sigilo de suas contas bancárias; ser identificado criminalmente (se já não o foi civilmente), ver sua vida privada arrostada para os autos, e para a própria crônica policial.

Por esse motivo, em todas as nações democráticas, a figura do **juízo de instrução** encontra-se presente já na fase das investigações preliminares, a fim de assegurar, ao indivíduo, que as atividades investigatórias permanecem subordinadas à ordem jurídica.

Esse também o motivo porque a polícia, ao atuar como órgão da persecução penal – coligindo os elementos ‘para a restauração da ordem jurídica violada pelo crime, em função do interesse punitivo do Estado’, passa a ser conceituada como órgão Auxiliar do Poder Judiciário – a polícia judiciária ou repressiva, embora o produto dessa atividade seja dirigido ao Ministério Público, titular da ação penal.[...]

O fato de ter a CF/88 entregue ao Ministério Público o **controle externo** da atividade policial não faz da Polícia uma instituição **subordinada ao parquet**, mas apenas explicitou, o Constituinte, o que se encontra inserido nas funções da instituição, pois incumbida de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos Serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias.

O texto constitucional demonstra, na realidade, que a ação policial, acha-se submetida a **duplo controle – o externo**, pelo Ministério Público, na forma que lei complementar irá definir – e o **jurisdicional**, que poderá ocorrer **a priori** (ex: prisão preventiva) ou **a posteriori** (ex: **habeas corpus** (inclusive de ofício) e prestação de fiança).<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> “Admitindo o controle externo das atividades policiais, inclusive, em situações específicas, localizei os seguintes julgados recentes:

1. A função institucional do Ministério Público de controle externo da atividade policial encontra-se prevista na Constituição Federal e devidamente regulamentada pela Lei Complementar nº 75/93.
2. Recurso Ordinário a que se nega previamente. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. RHC 10111/DF. Recorrente: Marcelo Rodrigues Portela Nunes. Recorrido: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Paciente: Marcelo Rodrigues Portela Nunes. Relator: Ministro Edson Vidigal. 06 de setembro de 2001.

Deve ter incidência nestas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, o **Princípio da Proporcionalidade**, também conhecido como **Princípio da Proibição do Excesso**, ou, da **Razoabilidade**, o qual, tem como principal destinação obstar, impedir, ou/e, tentar impedir, ou, fazer cessar qualquer ação do Estado que venha a ferir, ou, ameaçar de lesionar, agredir, ou, ofender a preservação da dignidade humana.

Este Princípio (Princípio da Proporcionalidade, ou, da Proibição do Excesso, ou, da Razoabilidade) atua de forma a vincular a atuação estatal, ou seja, aos poderes estatais, aos limites estabelecidos pela esfera protetiva dos direitos e garantias fundamentais, especialmente, considerando-se o disposto pelo parágrafo primeiro, incisos LIV (Princípio do Devido Processo Legal), e LVI (inadmissibilidade das provas ilícitas), do artigo 5º, da Constituição da República, em contraposição com o preconizado, a título de cláusula pétrea, pelo inciso IV, do parágrafo 4º, do artigo 60, de nossa Magna Carta.

Com efeito, relaciona-se, intimamente, com os valores consagrados no Título I da Carta Política Nacional, mais precisamente, com aqueles tutelados pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (inciso III, do artigo 1º), e com o Princípio do Estado Democrático de Direito, fundamento maior da estrutura estatal brasileira atual, e um dos pilares básicos do nosso Estado.

Como bem ressaltado por José Laurindo de Souza Netto<sup>16</sup>, em excelente trabalho, o Princípio da Proporcionalidade, ou, da Razoabilidade, não se encontra, expressa e taxativamente, previsto pela Constituição da República, como faz a

Segundo a moldura do art. 129, da Carta Magna, dentre as diversas funções institucionais do Ministério Público destaca-se aquela de promover, privativamente, a ação penal e exercer o controle externo da atividade policial, podendo, para tanto, expedir notificações, desde que compatíveis com sua finalidade.

Não constitui constrangimento ilegal a expedição de notificação pelo Ministério Público para ser o paciente ouvido em procedimento investigatório onde se apura conduta que, em tese, configura abuso de autoridade.

Recurso ordinário desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. RHC 10225/DF. Recorrente: Manuel Santos Ferraz. Recorrido: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Paciente: Manuel Santos Ferraz. Relator: Ministro Vicente Leal. 03 de abril de 2001.)

<sup>16</sup> José Laurindo de Souza Netto, à p. 422 a 428 da obra *O Princípio da Proporcionalidade como Fundamento Constitucional das Medidas Substitutivas da Prisão Cautelar*, in Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2002. P. 422-428. Mensal. ISSN 0034-9275.

A propósito, Gilmar Ferreira Mendes, *opus citatum*, mais precisamente à p. 38, tece considerações acerca do Princípio da Proporcionalidade, ou, da Razoabilidade, ou, da Proibição do Excesso, estipulando três requisitos, ou, pressupostos, para a sua caracterização, quais sejam: adequação, necessidade, e razoabilidade.

Constituição Lusitana no seu artigo 18,2, ao prever que a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo estas restrições limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos, ou, interesses, constitucionalmente, protegidos; e tem origem no Direito Administrativo, especificamente, como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada, de onde alastrou-se e se expandiu para o Direito Público, ou seja, para o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Deve ter aplicação para evitar, ou, cercear excessos e abusos do Estado, quanto aos efeitos e consequências de sua atuação, e está ligado, umbilicalmente, com os ditames do Estado de Direito, pois, limita a atuação estatal, frente as regras e normas legais-constitucionais, mormente, os princípios e direitos fundamentais. Por isto, pode-se afirmar que o Princípio da Proporcionalidade condiciona os órgãos estatais a se utilizarem dos meios de que dispõem, aos desideratos e fins visados e objetivados, e suas consequências, compativelmente, de maneira adequada e moderadamente, ou seja, sem excessos.

Embora este Princípio tenha aplicação quase que total e pacífica pelos tribunais pátrios, principalmente, no que se refere à declaração judicial de inconstitucionalidades de leis que contenham limitações e restrições inadequadas, ou, impertinentes, desnecessárias, ou, desproporcionais (não razoáveis), penso que deva e possa ser aplicável a qualquer providência legislativa que vise restringir direitos fundamentais, ou, a qualquer providência, ou, ato estatal violadores de um espaço vital para o cidadão e o indivíduo, correspondente aos direitos e garantias fundamentais.

A própria Emenda nº 08 da Constituição Norte-Americana prevê este Princípio ao proibir a exigência de fianças excessivas, as penas de multa demasiadamente elevadas e a imposição de penas cruéis e fora do comum, ou, de medida (*cruel and unusual punishment*).

Desta feita, como se percebe, o Princípio da Proporcionalidade procede à aferição da legitimidade de normas legais, mas também, do atuar do Estado, podando eventuais excessos.

Pode-se verificar a incidência deste Princípio em diversos dispositivos constitucionais, como o estabelecido pelo inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição da República (Devido Processo Legal), porém, avulta com mais referência no preconizado pelo parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição da República.

Na própria legislação constitucional, verifica-se o fundamento deste Princípio. No parágrafo único, do artigo 944, do novo Código Civil (em vigor em 11/01/2003), há a seguinte disposição: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”

À guisa de ilustração, vale transcrever trecho de excelente estudo de Luiz Otávio de Oliveira Rocha<sup>17</sup>, referente ao Princípio ora analisado:

“Vejamos. Ainda que o *princípio da proporcionalidade* não integre o texto de muitas das Constituições democráticas, já se fazia referência a ele na Carta Magna de 1215, que nos seus arts. 20 e 21 aludia à necessária proporção entre pena e transgressão: *poena debet proportionari delicto*. Também Beccaria, ‘máximo representante do pensamento ilustrado no âmbito penal’, expressou-se em diversas passagens de sua obra-prima (*Dos Delitos e das penas*) quanto à exigência da proporcionalidade na aplicação das medidas legais; de forma clara professou que ‘para que uma pena seja justa não deve ter intensidade em grau maior do que o que baste para separar os homens dos delitos’, inclusive fazendo referência a Montesquieu,<sup>23</sup> para que ‘é essencial que as penas estejam proporcionadas entre si, porque é mais essencial que se evitem os grandes crimes que os pequenos, o que ataca mais a sociedade que o que a ofende menos’.

A emenda oitava à Constituição norte-americana (“não serão exigidas fianças excessivas, nem serão impostas multas excessivas ou se infligirão penas cruéis ou excepcionais”), em vigor desde 1791, que consagrava o *princípio da proporcionalidade* apenas implicitamente, foi aclarada já no ano de 1892, tendo a Suprema Corte dos Estados Unidos (doravante USSC), no julgamento do caso O’Neil v. Vermont (144 U. S. 323, 339-40, 1892), afirmado que a cláusula contida na emenda implicava também na proibição de ‘todas as punições que por sua duração ou severidade são extremamente desproporcionais em relação às ofensas imputadas’ (‘all punishments which by their excessive length or severity are greatly disproportionate to the offenses charged’).” (ROCHA, 2.000, p. 467 e 468).

Em decisão também recente, e datada de 30/10/2001, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de sua primeira turma, apreciou e julgou o *Habeas Corpus* nº 80.949/RJ, tendo como relator o Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence;

---

<sup>17</sup> Luiz Otávio de Oliveira Rocha, à p. 463 a 479 da obra *O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento de Controle Constitucional da Normas Penais*, in Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro de 2000. P. 463-479. Mensal. ISSN 0034-9275.

julgamento este que apresentou decisão unânime, para o deferimento, em parte, do pleito originalmente apresentado pelo paciente e impetrantes, e que promoveu, como premissa de julgamento e apreciação, a incidência do Princípio da Proporcionalidade.

A ementa deste julgado ficou disposta da seguinte maneira:

“EMENTA: I. *Habeas Corpus*: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de ‘conversa informal’ do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita ‘conversa informal’, modalidade de ‘interrogatório’ sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C. Pr. Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C. Pr. Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em ‘conversa informal’ gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se comprehende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessário à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.”

Revolvendo-se o corpo deste julgado da constitucional máxima, constata-se a incidência direta de três princípios constitucionais, erigidos à categoria de normas de direitos fundamentais, mas, principalmente, do Princípio da Proporcionalidade.

A primeira norma de direito fundamental, a meu ver, corresponde ao disposto pelo inciso X, do artigo 5º, da Constituição da República, com a seguinte redação: “[...]são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;[...]"

As demais são aquelas normas fundamentais estipuladas pelos incisos XII e LVI, também do artigo 5º, da Constituição da República, a saber:

“[...]é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;[...]"

“[...]são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;[...]"

Trata-se de julgado correspondente a *habeas corpus* impetrado com a finalidade de buscar o desentranhamento de provas, supostamente, ilícitas, colhidas ao longo e no bojo de procedimento penal, e, por via oblíqua, impugnar a sua inserção.

O Ministério Públco Federal, por meio do Ilustre Subprocurador-Geral da República, opinou pelo indeferimento do pedido.

Destarte, a premissa fática atinente ao julgado refere-se à escuta e gravação, por terceiro policial, de comunicação telefônica alheia, estando um dos interlocutores, preso ilegalmente, ciente de tal detalhe, e com a ausência de qualquer autorização judicial.

O ponto central da discussão, posta sob o crivo do Supremo Tribunal Federal, corresponde à admissibilidade, como prova idônea e aplicável ao paciente, e dentro das circunstâncias alhures expressadas, da gravação em fitas K-7, e da escuta telefônica, indicativas da existência de uma quadrilha.

Em voto ilustrado com diversas citações doutrinárias e jurisprudenciais, incursionando pelas diversas correntes, sustentadoras de posicionamentos díspares, e inclusive, referindo-se à doutrina alienígena, o Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence considerou como admissível o cabimento do remédio jurídico *habeas corpus*, em tese, para impugnar a inserção da prova ilícita em procedimento penal e postular o seu desentranhamento. Ao final, concluiu pelo deferimento parcial do pleito inicial, nos termos da ementa acima transcrita.

Em síntese, este julgado trata da colisão de direitos e princípios constitucionais.

Observa-se, indubitavelmente, a incidência do Princípio da Proporcionalidade, ou, da Razoabilidade, embora, não tenha tido prevalência neste feito, aquilatando-se, de um lado, a aplicabilidade de direitos fundamentais, e de outro lado, em sentido contrário, o direito da sociedade e da coletividade na repressão a crimes graves, ou, de elevado potencial ofensivo, ou, do direito do Estado em fazer prevalecer o interesse público, sobre aqueles direitos fundamentais. Prevaleceu o Princípio da Exclusão da Prova Ilícita, sobre o Princípio da Ordem Pública, preconizado pela Constituição da República como dever do Estado e direito de todos.

Não obstante, entendeu-se, em face da escuta e da gravação telefônica terem sido realizadas pela polícia, e não diretamente pelo paciente, e ainda em razão da inexistência de qualquer autorização judicial neste sentido, serem estas provas, patentemente, ilícitas, em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado, bem como, ao paciente que, estando, ilegalmente, preso na ocasião da colheita da prova impugnada, assim assentiu, embora de forma viciosa.

Asseverou, o venerando julgado, que o fato apreciado correspondeu a verdadeiro interrogatório, diferenciando-o de situações consideradas lícitas e legítimas pela jurisprudência, como a gravação ambiental e aquela realizada pelo próprio interessado e um dos interlocutores, em defesa de direitos próprios, ou/e em legítima defesa, diferentemente deste, colhido e produzido de forma sub-reptícia, eis que realizado à revelia do procedimento e das formalidades estabelecidas e preconizadas tanto pelo ordenamento adjetivo, quanto, pela própria carta magna, impingindo-a, ainda, de prova ilegítima.

Portanto, observa-se a prevalência e supremacia de entendimento da corte máxima nacional, em rejeitar e refutar, via de regra, em suas apreciações, toda e qualquer prova advinda de operações e procedimentos ilícitos e ilegais, tanto formal quanto materialmente, sem distinções, ou, considerações quanto à natureza do crime, objeto do respectivo processo, ou, da investigação; em clara e iniludível alusão ao Princípio da Proporcionalidade, pois, obstou o excesso, o abuso, e o desvio da atuação do Estado, no caso da Polícia, e seus efeitos, frente os ditames do Estado de Direito, e portanto, aos Preceitos e Princípios fundamentais.

Em situações excepcionais e extraordinárias, e mesmo mediante a caracterização da ocorrência de provas ilícitas, ilegítimas, ou, ilícitas por derivação, entendidas estas como aquelas que embora sejam produzidas, licitamente, ou seja, dentro dos parâmetros estabelecidos tanto material quanto formalmente (processualmente), originaram-se e derivaram-se de um meio de prova, ou, fato, inicialmente, ilícito, poder-se-ia admitir a incidência do Princípio da Proporcionalidade *pro societate*, na medida em que valores sociais e comunitários também tutelados, constitucionalmente, estivessem considerados e postados num patamar axiológico superior em relação a direitos e garantias fundamentais de um indivíduo.

A hipótese ventilada pela doutrina, como exemplo, corresponde à quebra da inviolabilidade da correspondência de indivíduo reeducando, e/ou, preso que faça uso desta garantia constitucional para disseminar e atuar no crime organizado, ou, no narcotráfico.

Identificam-se situações fáticas que justificariam a incidência do Princípio da Proporcionalidade *pro societate*, na hipótese de existência de fundada suspeita de ocorrência de infração criminal de natureza permanente e de elevado e graduado potencial ofensivo, como o tráfico de substância entorpecente, ou, o narcotráfico, com a subsequente, bem exitosa, ação policial, independentemente, da exibição de mandado judicial autorizativo da busca e apreensão, e flagrante delito, propriamente dito.

Autorizativa desta conclusão, os tribunais têm deliberado:

“Processual penal – Tráfico internacional de entorpecente – Crime permanente – Flagrante – Nulidade – Impossibilidade – Lei 6.368/76, art. 12 – Recurso de *habeas corpus* – Flagrante preparado ou provocado – Pretendida nulidade – Art. 12 da Lei 6.368/76 – Crime permanente – Preso na posse de cocaína não há falar em nulidade do

flagrante sob a alegação de haver sido preparado ou provocado. “O crime de tráfico, dado seu caráter permanente, consuma-se com a só guarda e transporte da substância entorpecente, autorizador, por si só, da entrada dos policiais na residência do réu, quando de cumprimento de mandado de busca e apreensão” (STJ – RHC 6704-0 – Rel. Cid Fláquer Scartezzini – j. 09.09.97 – Bol. STJ 19.12.97, p. 45-46)

“As diligências que se iniciaram na rua e se complementaram na residência do réu, havendo séria suspeita de que substância entorpecente nela estaria guardada para fim de traficância, justificaram a invasão do domicílio, o que não ofende o art. 5º, XI, da CF” (TJSP – AP – Rel. Celso Limongi – RT 683/295)

“Se o flagrante subseqüente a busca efetivada sem mandado ou sem a presença de autoridade, desenganadamente apurou ocorrência de infração de natureza permanente, quando da sentença não há sacrificar-se a verdade apurada por escrúpulos formais quanto à regularidade inicial da diligência que provocou a ação penal depois instaurada. Irregularidade que tais, quando existam, deverão acarretar punição dos executores, mas não constituem motivo para exarar-se, a final, decreto absolutório, desde que devidamente comprovado o fato delituoso e a autoria” (TACRIM-SP – AP – Rel. Azevedo Franceschini – RT 453/421 – JUTACRIM-SP 30/257).

Ocorre que, como já se fez frisar alhures, na atual sistemática normativa não há direitos absolutos, sejam fundamentais, ou não, nem tampouco, hierarquia entre normas constitucionais, pois, o hermeneuta pode lançar mão de uma norma constitucional de caráter fundamental, em detrimento de outra norma constitucional, fundamental ou não, e que axiologicamente, mostre-se, em determinado caso concreto, em patamar inferior àquela. Nestas ocasiões, o instrumento, via de regra, utilizado pelo intérprete, será o sistema e mecanismo hermenêutico construído pelo denominado Princípio da Proporcionalidade, mais especificamente, *Pro Societate*.

### **3.0 - A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL-CONSTITUCIONAL DAS ATIVIDADES POLICIAIS, E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.**

A Constituição da República reservou o capítulo terceiro, do seu Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), à abordagem do tema referente à segurança pública. No *caput* deste dispositivo normativo, a Magna Carta conceitua a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e destina-lhe à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Destarte, verifica-se que o Princípio da Ordem Pública fundamenta a atividade policial.

Na seqüência, elencou a Constituição da República, em cinco incisos, os órgãos encarregados de prestar segurança pública, sendo a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis, e as polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Observa-se que a ordem de disposição destes órgãos não significa qualquer forma de hierarquia, ou, subordinação, eis que, expressamente, no parágrafo sexto, houve a assertiva de que as polícias militares e corpos de bombeiros militares, e as polícias civis subordinam-se aos Governadores das respectivas unidades da Federação, incluindo-se aí o Distrito Federal e os Territórios, bem como, não deve ser olvidado que a Magna Carta também preconizou, no seu artigo 18, que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil comprehende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo todos **autônomos**, nos termos da Constituição.

Ademais, os parágrafos subseqüentes definem as destinações destes órgãos, e por conseguinte, as respectivas atribuições e finalidades.

Neste diapasão, e analisando-se os parágrafos referentes às incumbências definidas nos parágrafos primeiro a sexto, pode-se classificar, de modo geral, a estrutura dos órgãos encarregados de prestar segurança pública, em

polícias ostensivas, ou, preventivas, e polícias judiciárias, persecutórias, ou, de investigação. Àquelas cabe o policiamento ostensivo das vias públicas e dos órgãos públicos, visando prevenir, evitar, impedir a prática de crimes e delitos, além de, ocasionalmente, regular e controlar grandes concentrações e aglomerações de pessoas, sempre no sentido, ao menos, de garantir a ordem pública. No âmbito interno, a polícia militar detém autonomia e prerrogativa para investigar infrações penais, exclusivamente, militares, bem como, as infrações de caráter administrativo.

Quanto às polícias judiciárias compete a investigação e apuração de notícias-crime, representações, queixas-crime etc., visando e objetivando a elucidação da autoria delitiva e da materialidade criminosa, em sendo o caso, e excepcionalmente, prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, segundo a expressa previsão normativa do inciso segundo, do parágrafo primeiro, do aludido artigo 144.

Do texto constitucional também extrai-se a conclusão, sob outro aspecto, de que a polícia federal pode apurar delitos, ou, infrações penais de caráter comum, e estranhos às infrações penais contra a ordem política e social, ou, em detrimento de bens, serviços e interesses da União, ou, de suas entidades autárquicas e empresas públicas, ou, cuja prática tenha repercussão interestadual, ou, internacional e exija repressão uniforme, visto que, quando a Constituição da República, no parágrafo quarto, do seu artigo 144, definiu as atribuições das polícias civis, não repetiu a expressão “com exclusividade”, como fê-lo no inciso quarto, do seu parágrafo primeiro, quando atribuiu à polícia federal a incumbência de exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Também pode-se classificar as polícias em terrestre, aérea, ou, aeroportuária e marítima (inc. III, do parágrafo 1º, do artigo 144, da Constituição da República); ou, meramente administrativa (parágrafo 8º, do artigo 144, da Constituição da República).

O quadro de profissionais que realizam tarefas técnico-profissionais-especializadas, como grafotécnicos, médicos legistas, técnicos em balística etc., podem ser classificados como componentes da polícia judiciária, pois, realizam trabalho de investigação, mesmo que, meramente, técnico-profissional, ou,

integrantes do poder executivo, nas secretarias de segurança pública, de justiça, de defesa social, etc..

A denominada **Polícia Comunitária** deve ser classificada como uma sub-espécie de polícia preventiva-ostensiva, pois, realiza tarefas próprias e pertinentes àquelas modalidades de polícias, embora, possuam uma organização de relacionamento específico com a comunidade e a população onde se situam, geograficamente. É uma modalidade de policiamento que exige uma ação policial específica (“policial de área”). Aliás, este detalhe deve ser apontado como a grande vantagem desta maneira de atuação e organização policiais, pois, cria um vínculo de relacionamento, aproximando a polícia e os seus membros da população, e por via de consequência, aumentando a confiança e credibilidade desta (comunidade e população) naquela (polícia).

A denominada “polícia comunitária” apresenta, a meu vislumbrar, as seguintes vantagens:

- \*reduz custos e despesas;
- \*aproxima a sociedade e a comunidade da polícia;
- \*aumenta a eficácia da atuação da polícia, e, portanto, reduz as taxas de criminalidade e o número de ocorrências criminais, inibindo-as (segurança objetiva);
- \*aumenta o sentimento e a sensação de segurança do cidadão e da população (segurança subjetiva);
- \*facilita o acesso do cidadão aos serviços policiais, descentralizando o acesso a estes órgãos;
- \*facilita a colheita e produção de provas, além de imprimir maior velocidade às investigações.

Logicamente, a efetivação da ordem pública depende da participação próxima e real da comunidade, dos segmentos civis organizados e dos diversos órgãos componentes da estrutura do Estado.

Destarte, a violência também é produto da crise social e econômica, e a atuação isolada da polícia não garante eficácia na contenção da violência e da criminalidade, como se tem constatado atualmente pela estatística, daí a importância, a meu ver, da implementação da chamada polícia comunitária.

Há também na doutrina quem faça a distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>18</sup>, com a corrente precisão e rigor, assevera: “O que efetivamente aparta Polícia Administrativa de Polícia Judiciária é que a **primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais** enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica.”

Portanto, e feitas estas breves considerações preliminares, pode-se definir “polícia” como sendo o órgão do Estado, ou seja, órgão componente da Administração Pública, voltado para a manutenção e preservação perenes da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público, ou, particular, e para a investigação e deslinde de ocorrências criminosas.

Neste passo, cabe à polícia garantir e preservar o bem comum, fazendo prevalecer o interesse público, legalmente, preconizado, sobre os interesses individuais e particulares, limitando-os, ou/e, condicionando-os.

A legislação ordinária e complementar, de outra banda, é lacônica a respeito da delimitação e definição das atribuições e competências (sentido não-estritamente técnico) da estrutura policial no Brasil. Ao tratar do inquérito policial, o Código de Processo Penal, no seu Título II, do Livro I, mais precisamente, no seu artigo 4º, resume-se a expressar que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições, destinando-se a apurar as infrações penais e da sua autoria. Adiante, no seu artigo 13º, a lei adjetiva nacional expressa diversas atividades de incumbência da autoridade policial, gritantemente, portanto, da polícia judiciária.

Aliás, inusitadamente, é o Código Tributário Nacional quem, no seu artigo 78, *caput* e parágrafo único, ao menos, definiu o que seria poder de polícia, e o seu exercício regular, como será exposto mais adiante.

Sob outra ótica, nota-se que, em sendo parte do Estado, ou seja, em sendo órgão componente da Administração Pública, evidente o é, que o funcionamento e atuação da polícia estão vinculados e condicionados ao Princípio

<sup>18</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 4. Ed. rev. ampl., e atual. do livro *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1.993. 469 p.. P. 359.

De sua parte, Maria Sylvia Zanella Di Prieto, em *Direito Administrativo*, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2.001. 682 p., à p. 111, distingui polícia administrativa e polícia judiciária como: “A primeira se rege pelo

Constitucional da Legalidade, insculpido no inciso II<sup>19</sup>, do artigo 5º, da Constituição da República, e premissa primeira do Estado de Direito.

Entremes, o *caput* do artigo 37, da Constituição da República, por sua vez, preconiza que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, dentre outros Princípios, ao Princípio da Legalidade, sendo, por conseguinte, premissa aplicável, obrigatoriamente, a todos os segmentos policiais no Brasil, inclusive, àqueles serventuários públicos civis, e/ou, militares, como os fiscais de aduana, de alfândega, de rendas etc..

Neste passo, o Princípio da Legalidade traduz-se em diversos Princípios e Preceitos constitucionais, deitando raízes sobre, e inclusive, a legislação *infra-constitucional*, quando a conduta comissiva, ou, omissiva viola uma norma de natureza administrativa, civil, ou, penal.

A Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1.965, nos seus artigos 3º e 4º, preconiza vários tipos penais especiais, pertinentes à espécie.

Por conseguinte, toda vez e sempre que a atuação policial violar a liberdade de locomoção de alguém, e/ou, a incolumidade física do indivíduo, bem como, resultar em medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais, ou, com abuso de autoridade, como é o caso das prisões para averiguação, ou, realizadas sem flagrante delito, ou, desprovidas de ordem judicial, deve ter incidência a aludida norma especial.

A este respeito, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas<sup>20</sup> doutrinam:

Aspecto que não pode passar sem menção é o relacionado com as chamadas prisões correcionais ou para averiguações e as grandes ‘batidas policiais’, conhecidas como ‘arrastão’, ‘operação pente fino’ e outros nomes assemelhados.

Todas se entrelaçam e nada mais são do que soluções surgidas à margem da lei, visando a resolver o intrincado problema de segurança pública.[...]

O problema é de dificílima solução. A Administração não possui meios de solucionar o caso. Se, de um lado, é preciso salvaguardar-se os interesses da sociedade, por outro não é lícito olvidar-se os direitos do cidadão, muitas vezes detido injustamente, de forma mais comum nos grandes centros.

Direito Administrativo, incidindo sobre **bens**, **direitos** ou **atividades**; a segunda, pelo direito processual penal, incidindo sobre **pessoas**.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> “[...]III-ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;[...].”

<sup>20</sup> Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas, à p. 68 e 69 da obra *Abuso de Autoridade*. 9. Ed. ver., atual e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001. 199 p..

É mais ou menos o que ocorre nos casos das grandes batidas policiais. Se possuem o mérito de recolher inúmeros foragidos da Justiça, também levam à triste situação de recolherem ao cárcere inúmeros homens de bem, via de regra, por não portarem documentos. Estes, na maioria por sua má aparência, muitas vezes conseqüência da pobreza.

Por outro lado, enquanto o cidadão, ou, qualquer pessoa do povo, não está obrigado a obedecer (obrigação de fazer, ou, não fazer), ou, proceder conforme uma ordem qualquer, ou, determinação qualquer, mas única e tão-somente, à uma ordem legal, quanto à competência de quem a promane, e quanto à legalidade na sua essência e formalidade, de sua parte, o serventuário público civil, ou, militar, não só pode, como também, deve (poder-dever) atuar nas situações e ocorrências, expressamente, preconizadas pela lei como de sua alçada e função, mas sempre, dentro e nos limites do previsto legalmente.

Neste particular, Hely Lopes Meirelles<sup>21</sup> pondera: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’. As leis administrativas são, normalmente, de *ordem pública* e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros *poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos.*”

Adiante, mais precisamente às p. 126, este preclaro doutrinador pátrio considera que o ato de polícia é um simples ato administrativo, apenas com algumas peculiaridades, e que subordina-se ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da Administração, inclusive, ao controle jurisdicional de legalidade.

Neste diapasão, cabe registrar o ensino de José Afonso da Silva<sup>22</sup>, *idem, ibidem*, à p. 367, acerca do Princípio da Legalidade:

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos,<sup>2</sup>, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na

---

<sup>21</sup> Hely Lopes Meirelles à p. 86 e 87 da sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 27. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balester Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2.002. 790 p.,

<sup>22</sup> José Afonso da Silva à p. 367 da obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição, 4. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1.994. 768 p..

legalidade democrática. Sujeita-se ao *império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à *lei*, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.

É nesse sentido que o princípio está consagrado no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. [Sem grifo no original].

O doutrinador Paulo Bonavides<sup>23</sup>, assevera: “A legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido. Ou em outras palavras traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação do poder que se exerce ao direito que o regula.”

Cabe anotar que o parágrafo único do artigo 78, do Código Tributário Nacional, alhures referido, considera regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente ***nos limites da lei aplicável***, com observância do processo legal, e tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso, ou, desvio de poder.

Observa-se, portanto, a incidência do Princípio da Legalidade nesta norma tributária, e que deve, indiscutivelmente, e mesmo que por analogia, eis que se trata de regra normativa garantidora de direitos e interesses individuais fundamentais, ter aplicação a todas as formas de expressão do poder de polícia.

O Código de Processo Penal, no capítulo intitulado “Da Busca e da Apreensão”, mais especificamente, nos artigos 240 a 250, previu e regulamentou, juridicamente, as abordagens e revistas realizadas por serventuários públicos civis, ou, militares, em qualquer indivíduo transeunte, ou, mesmo em veículo automotor, no trânsito, em situações fáticas diversas daquelas correspondentes ao flagrante delito, ou, de prisão por força de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e portanto, mediante exibição de mandado judicial para tal finalidade.

---

<sup>23</sup> Paulo Bonavides, à p. 111 da obra *Ciência Política*, 10. ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2.001. 498 p..

Acredito residir nestes dispositivos processuais e nos mandamentos constitucionais pertinentes, o fundamento para a realização, por parte da polícia, e no exercício do poder de polícia, de buscas pessoais, como revistas, abordagens, etc..

Por sua vez, Júlio Fabbrini Mirabete<sup>24</sup> conceituou busca pessoal como: “A *busca pessoal* consiste na inspeção do corpo e das vestes de alguém para apreensão dessas coisas, incluindo toda a esfera de custódia da pessoa, como bolsas, malas, pastas, embrulhos e os veículos em sua posse (automóveis, motocicletas, barcos etc.).”

Acredito, destarte, que, em se tratando de veículo automotor utilizado não só para o exercício profissional, como os caminhões, carretas etc., mas também, como verdadeira residência, haveria a incidência das vedações e escusas repousantes na Constituição da República e no ordenamento adjetivo penal, referentes à realização de busca domiciliar.

Penso que, por ficção jurídica, estes veículos automotores, em função de se constituírem em verdadeiras residências ambulantes daqueles profissionais que se ausentam de suas residências por várias semanas e às vezes meses, devam ser equiparadas, juridicamente, às casas e domicílios, em todas as suas consequências legais.

De outro lado, estas disposições adjetivas, além de preverem o fundamento da realização de buscas pessoais, também preconizaram os requisitos, motivos e pressupostos para tal.

No que se refere à busca pessoal, a qual está relacionada, diretamente, com as abordagens policiais, nas situações logo acima mencionadas, verifica-se que o artigo 244, do aludido diploma processual penal, estabelece como requisito e pressuposto para sua realização, a existência de *fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar*.

De plano, e procedendo-se a uma reflexão acerca da expressão “fundada suspeita”, constata-se que o legislador deixou uma considerável margem de apreciação subjetiva ao policial, nestas situações. Não obstante, esta margem de

consideração subjetiva não pode prescindir de uma análise da existência de elementos concretos e sensíveis, autorizadores da real e efetiva necessidade da medida, em face do risco de causarem um constrangimento ao indivíduo e cidadão, com ofensas a direitos e garantias fundamentais, tais como: a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, conforme o preconizado pelo inciso X, do artigo 5º, da Constituição da República, e por via de consequência, provocarem, inclusive, a eventual responsabilidade penal do serventuário público civil ou militar, autor do ato criminoso, em face do disposto pela Lei nº 4.898/65, e a própria obrigação do Estado em indenizar o ofendido pelos danos causados.

Os tribunais têm acenado neste sentido, como se observa das seguintes ementas:

“A ‘fundada suspeita’, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajaça, o paciente, um ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder.” (Supremo Tribunal Federal, HC nº 81.305-4/GO, 1ª Turma, rel. min. Ilmar Galvão, j. 13.11.01, v.u., DJU 22.02.02, p. 35).

“A busca é autorizada nos casos previstos no art. 240 e ss. do CPP, como exceção às garantias normais de liberdade individual. Mas, como exceção, para que não degenera a medida, sem dúvida violenta, em abusivo constrangimento, a lei estabelece normas para a sua execução, normas que devem ser executadas com muito critério e circunspeção pela autoridade” (TJSP – AP – Rel. Dalmo Nogueira – RT 439/360).

“O excesso desnecessário na busca e apreensão, a pretexto de se colher material para a formação do corpo de delito, constitui ilegalidade. Lesa o direito líquido e certo do impetrante, autorizando a concessão do mandado de segurança” (TACRIM-SP – MS – 6ª C. – Rel. Fernandes Rama – j. 29.12.81 – RT 565/341).

Mesmo no ordenamento jurídico alienígena, observa-se a vinculação de realização de buscas e apreensões a motivos justificadores, como ressaltado por Hélio Tornaghi<sup>25</sup>:

Igualmente, nos países de *Common Law* sempre se admitiu a busca (*search*), tanto na pessoa quanto na casa. Nos Estados Unidos isso é permitido pela Emenda n. 4 à Constituição que assegura a inviolabilidade da pessoa ‘contra buscas e apreensões sem motivo justificado’ [não há grifo no original]. Ali se diz que:

‘Garantia de pessoas e casas contra buscas e apreensões sem motivo justificado.

<sup>24</sup> Júlio Fabbrini Mirabete à p. 320 da obra *Código de Processo Penal Interpretado – Referências Doutrinárias, Indicações Legais, Resenha Jurisprudencial*, 5. ed., São Paulo: Atlas, 1.997.

<sup>25</sup> Hélio Tornaghi à p. 461, da obra *Curso de Processo Penal*, 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1995. V. I. 519 p.

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser violado; e nenhum mandado será expedido a não ser à vista de indícios de culpa confirmados por juramento ou declaração, e com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.'."

Ademais, o artigo 244, logo acima ventilado, preconizou, por outro lado, que a busca pessoal não dependerá de ordem judicial, materializada em mandado judicial, além da existência de elementos fáticos indicadores da denominada "fundada suspeita" de que a pessoa a ser revistada, ou/e, abordada esteja na posse de arma proibida, ou, de objetos, ou, papéis que constituam corpo de delito, na hipótese em que a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Desta feita, como a efetivação de busca domiciliar exige o respeito às regras e normas processuais-constitucionais pertinentes (inciso XI, do artigo 5º, da Constituição da República), tais como: situação de flagrante delito, desastre, para prestar socorro, e/ou, em cumprimento de ordem judicial (durante o dia), e/ou, com o consentimento do morador, se houver a necessidade de realização de busca pessoal no transcorrer daquela medida (busca domiciliar), os seus pressupostos também devem estar presentes e respeitados.

Portanto, além das hipóteses expressadas pelo artigo 244, c./c. o disposto pelas letras "b" a "f" e letra "h", do parágrafo 1º, do artigo 240, ambos do Código de Processo Penal, somente é cabível a realização de buscas pessoais, mediante prévia expedição de ordem judicial específica a este respeito, materializada em mandado judicial.

Deve ser ressaltado que, excepcionalmente, eis que não se ofende o Postulado Constitucional da Reserva da Jurisdição (incisos XI, XII, LXI e outros, do artigo 5º da Constituição da República), há de se admitir a realização de buscas domiciliares, ou/e, pessoais, mediante prévia deliberação e ordem proveniente de Comissões Parlamentares de Inquérito, e independentemente, portanto, de ordem judicial, consoante o preconizado pelo parágrafo 3º, do artigo 58, da Constituição da República, o qual dispõe: "As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas[...]para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso,

encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.” (Sem grifo no original).

A jurisprudência, lastreada em diversos julgados provenientes do Excelso Supremo Tribunal Federal, tem firmado o posicionamento de que Comissões Parlamentares de Inquérito, ou, as denominadas CPIs, tem poder para determinar a busca e apreensão domiciliar, como se verifica da seguinte ementa:

Nos poderes de investigação, próprios das autoridades judiciais, conferidos às Comissões Parlamentares de Inquérito, pelo art. 58, § 3º, da CF, compreendem-se, ao primeiro exame, os necessários à apuração dos fatos, mediante realização e preservação das provas, neles incluídas a determinação de busca e apreensão de documentos, inclusive domiciliar. (MS 21.872-0-DF – Sessão Plenária – j. 18.05.1995 – rel. Min. Néri da Silveira – *DJU* 17.03.2000, *in RT* 779/159).

Destarte, se é, praticamente, pacífico este entendimento, não é menos verdade que a jurisprudência também tem se inclinado no sentido de sustentar que as eventuais ordens provenientes de CPIs, no regular exercício de poder de investigação, devem ser, devidamente, fundamentadas e motivadas, sob pena de serem consideradas nulas, à exemplo das exigências existentes para as decisões judiciais (inciso IX, do artigo 93, da Constituição da República).

Ademais, e apesar de possuírem competência e autonomia para tal, as Comissões Parlamentares de Inquérito incidindo em atos arbitrários, e/ou, violadores de direitos e garantias fundamentais, sujeitam-se ao controle jurisdicional, sem que isto configure em invasão indevida da esfera própria de cada Poder da República.

Por unanimidade, em 16.09.1999, o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu:

[...]O CONTROLE JURISDICIAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. – O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENIAL AO REGIME

**DEMOCRÁTICO.** – O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. **OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS.** – Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). As Comissões Parlamentares de Inquérito não têm mais poderes do que aqueles que lhes são outorgados pela Constituição e pelas leis da República. É essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito – precisamente porque não são absolutos – sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer. **Doutrina.** Precedentes. **LIMITAÇÕES AOS PODERES INVESTIGATÓRIOS DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO.** – A Constituição da República, ao outorgar às Comissões Parlamentares de Inquérito ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’ (art. 58, § 3º), claramente delimitou a natureza de suas atribuições institucionais, restringindo-as, unicamente, ao campo da indagação probatória, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais, inclusive aquelas que decorrem do poder geral de cautela conferido aos juízes, como o poder de decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes a pessoas sujeitas à investigação parlamentar. A circunstância de os poderes investigatórios de uma CPI serem essencialmente limitados levou a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal a advertir que as Comissões Parlamentares de Inquérito não podem formular acusações e nem punir delitos (RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD), nem desrespeitar o privilégio contra a auto-incriminação que assiste a qualquer indiciado ou testemunha (RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 79.244-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), nem decretar a prisão de qualquer pessoa, exceto nas hipóteses de flagrância (RDA 196/195, Rel. Min. CELOSO DE MELLO – RDA 199/205, Rel. Min. Paulo Brossard). [...] **A QUEBRA DO SIGILO CONSTITUI PODER INERENTE À COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.** – O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política – não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). – As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal. [...] (STF – MS nº 23452/RJ, Tribunal Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, DJU 12.05.2000, p. 20).

### **3.1 As Atividades Policiais e o Poder de Polícia. Identificação de violações a Direitos, em Operações e Abordagens Policiais.**

Primeiramente, acredito pertinente realizar algumas considerações acerca do conceito de “polícia”, em complementação ao alhures expressado, assim como acerca do denominado “poder de polícia”, e de algumas de suas características.

“Polícia” pode ser conceituado como o órgão oficial estruturado em organização própria que tem a incumbência e desiderato legal de utilizar e fazer uso da força (coerção), com o fito de restabelecer, e/ou, preservar a ordem e o interesse públicos. Representa, ademais, a exteriorização, ou, expressão da coerção estatal (uso da força) comedida, ou seja, é marcada pelo uso da força (coerção) com critérios técnicos. É instituição pública com autonomia (poder efetivo) para atuar em nome do Estado, visando resguardar a ordem e o interesse públicos.

Sua atuação tem limites nas disposições pertinentes à organização estatal, ou seja, às regras e procedimentos de ação, e à lei; e sua justificativa primordial, além dos fundamentos legais, centra-se na necessidade de segurança, e sua atuação está vinculada às políticas de Segurança Pública e às táticas e estratégias policiais.

Noutra banda, além das normas legais-constitucionais brasileiras, a polícia também deve atentar para os padrões internacionais, como referência, sobre conduta policial e ética, direitos humanos e atuação em regimes democráticos (uso da força). Em outros termos, no contexto político-social atual, os órgãos policiais devem atuar no sentido de proteger e resguardar os direitos e garantias fundamentais, velando pela preservação dos direitos humanos.

**Poder de Polícia** pode ser conceituado como toda atividade do Estado que vise restringir, limitar, ou, impedir o exercício de bens, direitos e interesses individuais, potenciais, ou, efetivamente, propiciadores de lesão, ou, dano ao interesse público e ao bem comum.

Celso Antônio Bandeira de Mello, *idem, ibidem*, mais precisamente à p. 352, conceitua Poder de Polícia como: “A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se ‘Poder de Polícia’ [...] Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.”

Entrementes, já Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *idem ibidem*, à p. 110, distinguiu o conceito clássico, do conceito moderno de Poder de Polícia ao

doutrinar: “Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a **atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.**”

Hely Lopes Meirelles, em *idem, ibidem*, à p. 127, definiu o conceito de Poder de Polícia como: “**Poder de polícia** é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o *poder de polícia* é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.”

Segundo COOLEY, citado por HELY LOPES MEIRELLES<sup>26</sup>, poder de polícia compreende:

“O poder de polícia (**police power**), em seu sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública senão também estabelecer para a vida de relações dos cidadãos aquelas regras de boa conduta e de boa vizinhança que se supõem necessárias para evitar conflito de direitos e para garantir a cada um o gozo ininterrupto de seu próprio direito, até onde for razoavelmente compatível com o direito dos demais”.

Dependendo da seara estatal em que o Poder de Polícia será exercido, poderá haver a caracterização das chamadas polícias administrativa, ou, judiciária. Enquanto aquela (polícia administrativa) objetiva restringir o uso, gozo e o exercício de bens, atividades, ou, direitos individuais, ou, até mesmo de uma Pessoa Jurídica de Direito Público, empresa pública, ou, autarquia, que causem um dano ao interesse público, ou, ao bem comum da Sociedade; a polícia judiciária visa e objetiva reprimir a ação (comissiva, ou, omissiva) de uma pessoa, causadora de ameaça, ou, dano, ou, ofensa ao interesse público (objeto jurídico tutelado), e que abalou a ordem e paz públicas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *idem, ibidem*, à p. 111 e 112, posiciona-se: “A primeira se rege pelo Direito Administrativo, incidindo sobre **bens, direitos** ou **atividades**; a segunda, pelo direito processual penal, incidindo sobre **pessoas**. [...]a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da

Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister[...]"

Celso Antônio Bandeira de Mello, *Idem, Ibidem*, à p. 359, diferencia polícia administrativa de polícia judiciária como: "O que efetivamente aparta Polícia Administrativa de Polícia Judiciária é que a *primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais* enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem pública. [...]A importância da distinção entre Polícia Administrativa e Polícia Judiciária está em que a segunda rege-se na conformidade da legislação processual penal e a primeira pelas normas administrativas."

Hely Lopes Meirelles, *Idem, Ibidem*, à p. 127, afirma: "Advirta-se, porém, que a *policia administrativa* incide sobre os *bens, direitos e atividades*, ao passo que as outras atuam sobre as *pessoas*, individualmente ou indiscriminadamente. A *policia administrativa* é inerente e se difunde por toda a Administração Pública, enquanto que as demais são privativas de determinados órgãos (Polícias Civis) ou corporações (Polícias Militares)."

Convencionou-se atribuir ao poder de polícia as características da **discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade**. Ademais, e embora a doutrina administrativista relate estas particularidades ao poder de polícia de maneira, puramente, administrativa, penso que estas características também revestem os atos de polícia de segurança.

A **discricionariedade** corresponde à certa margem de decisão e apreciação de que é dotado o operador do poder de polícia, quanto ao melhor momento e o meio mais adequado de ação, assim como, quanto à forma mais eficaz de agir. De qualquer modo, cabe repetir que estes atos devem obediência e adequação ao Princípio Constitucional da Legalidade, mormente, considerando-se que o limite à esfera de livre apreciação e decisão do operador do poder de polícia, corresponde ao mandamento legal. Da mesma forma que o cidadão tem o exercício de seus direitos e liberdades públicas condicionados ao interesse público e bem-estar da Sociedade, o Estado, por meio do Poder de Policia, está autorizado a cercear, e/ou, limitar o exercício destes direitos, conforme e dentro das disposições legais-constitucionais.

---

<sup>26</sup> Hely Lopes Meirelles, à p. 128, *idem, ibidem*.

Diz-se que o poder de polícia tem caráter de **auto-executoriedade**, em função da autonomia de que é dotado o operador do poder de polícia para viabilizar a supremacia do interesse público e da lei, sobre as condutas violadoras desta ordem, independentemente, de qualquer autorização judicial, e/ou, de seara estranha à estrutura policial. Ou seja, o operador do poder de polícia possui autonomia para executar e realizar seu desiderato funcional.

Por fim, a **coercibilidade** do poder de polícia relaciona-se à prerrogativa do seu operador de fazer valer a sua auto-executoriedade, ou, pelo uso da força pública, legalmente, prevista, ou, por meio da imposição de aplicação de sanções de natureza, eminentemente, administrativa, como a aplicação da multa de trânsito. Esta característica nada mais representa do que a coação prevista legalmente, e institucionalizada, a que fica sujeito o cidadão que viole um dispositivo legal-constitucional.<sup>27</sup>

Conforme o Primeiro Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos<sup>28</sup> no Brasil, realizado pelo NEV (Núcleo de Estudos da Violência), da Universidade de São Paulo (USP), de 1999, realizado a pedido do Ministério da Justiça, há freqüentemente execuções de civis por policiais, além do uso excessivo da violência. Ainda consoante este estudo e relatório, concorrem para esta situação, a falta e ausência de integração entre a Polícia Civil e a Militar, a violência policial e a corrupção, além da falta de informação e colaboração, decorrentes do distanciamento entre a polícia e a comunidade. Sendo que, a mesma tendência foi verificada em uma pesquisa realizada em 1.999 pela Ouvidoria de Polícia e pela Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo sobre o uso da força letal por policiais. Desta pesquisa, resultou que do total das vítimas analisadas, 51% (cinquenta e um por cento) foram atingidas por tiros nas costas e em outras partes do corpo, 36% (trinta e seis por cento) por disparos na cabeça e 19% (dezenove por cento) apenas por tiros nas costas, a indicar que o indivíduo alvejado estaria em fuga e não constituiria ameaça aos policiais. Esta pesquisa concluiu que, em média, cada vítima foi alvejada por 3,17 disparos, sendo que, mais da metade

<sup>27</sup> “Neste sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27 ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002. 790 p.; DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2.001. 682 p; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1.993. 469 p.”

<sup>28</sup> ALMANAQUE ABRIL 2003. 29 ed. São Paulo: Abril, 2.003. Anual. ISSN 0104-4788., citado à p. 92.

destas vítimas não tinham antecedentes criminais, nem haviam cometido infrações. Em conclusão, a publicação citada concluiu que, além da impunidade, contribuem para a persistência da violência policial, o baixo salário, a falta de condições adequadas de trabalho e a falta de perspectiva de ascensão profissional, fatores que levariam grande número de policiais militares e civis a se descuidar do treinamento e a trabalhar, no horário de folga, em empresas de segurança privada, o que seria tolerado, apesar de vedado legalmente; aumentando o desgaste profissional, o estresse e o risco de violência em ações em que se envolvem policiais.

Ademais, a jurisprudência, hodiernamente, tem apontado e registrado a ocorrência de crimes de abuso de autoridade, como se observa dos seguintes julgados:

“Levando a prova dos autos a concluir que os policiais acusados, ao se aproximarem da vítima, atentaram contra a sua incolumidade física, lesando-a a socos, sua condenação impõe-se de acordo com a Lei 4.898, de 1965” (TARS – AC – Rel. Wolney Santos – *RT* 446/483).

“Responde por abuso de autoridade o miliciano que, desobedecido por motorista em ordem de parar o veículo, vem, posteriormente, a agredir fisicamente o piloto” (TACRIM-SP – AC – Rel. Camargo Aranha – *JUTACRIM* 45/196 E 197)

“Sempre que se tolhe a liberdade de locomoção de alguém, sem que este seja preso em flagrante delito ou sem mandado regular de autoridade competente (o que equivale a um seqüestro), fica configurado o delito de abuso de autoridade” (TACRIM-SP – AC – Rel. Nélon Schiesari – *JUTACRIM* 71/301)

“Sempre que se tolhe a liberdade de locomoção de alguém, sem que este seja preso em flagrante delito ou sem mandado regular de autoridade competente (o que equivale a um seqüestro), fica configurado o delito de abuso de autoridade” (TACRIM-SP – AC – Rel. França de Carvalho – *RT* 721/442) Extraído à p. 09, 10 e 11, da obra *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, 7. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001. Vol. I. 2.089 p., de autoria de Rui Stoco et al..

---

#### **4.0 - O ABUSO DE AUTORIDADE NAS OPERAÇÕES E ATIVIDADES POLICIAS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NESTA HIPÓTESE.**

Inicialmente cabe averiguar o postulado conhecido como **Princípio do Promotor Natural**, à luz da doutrina e da jurisprudência atuais.

O Postulado, ou, Princípio do Promotor Natural, à exemplo do Princípio do Juiz Natural, representa importante conquista da Instituição Ministério Público, e por consequência, de seus membros, bem como, inarredável garantia do cidadão e da Sociedade. Visa, este postulado, cercar de garantias o membro do *Parquet*, na consecução das finalidades institucionais, insculpidas pelo artigo 127, da Constituição da República, a saber: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O fundamento do Princípio do Promotor Natural encontra guarida no Princípio Constitucional da Independência Funcional (§1º, do artigo 127, da Constituição da República), e nas garantias preconizadas pelas letras “a” a “c”, do inciso I, do artigo 128, da Constituição da República, ou seja, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, em especial da inamovibilidade; assim como, no disposto pelo inciso LIII, do artigo 5º, da Carta Magna, ou seja, de que ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente. Em outras palavras, assegura, este Princípio, uma atuação independente e livre de quaisquer pressões, ou, influências ao membro do Ministério Público, o qual, está compromissado com a lei, e sua consciência jurídica.

Assim, não está, o membro do Ministério Público, subordinado a quem quer que seja, quando das manifestações funcionais, apresentando denúncias-crime, atuando junto ao Tribunal Popular do Júri, recorrendo e apresentando razões de recurso, etc.. Nesta esteira, a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1.993, no inciso V, do seu artigo 41, preconizou que constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei

Orgânica respectiva: “gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentais, nos limites de sua independência funcional”.

Este diploma legal especial também contém em seu bojo disposições legais, fundamentadoras do denominado “Princípio do Promotor Natural”, mesmo que implicitamente. Na letra “g”, do inciso IX, do seu artigo 10, e no seu artigo 24, está preconizado, respectivamente:

“[...]Art. 10 Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

[...]**IX**-designar membros do Ministério Público para:

[...]**g**)por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público:[...]

“[...]Art. 24 O Procurador-Geral de Justiça poderá, com a concordância do Promotor de Justiça titular, designar outro Promotor para funcionar em feito determinado, de atribuição daquele.[...]"

Desta feita, fica clara a intenção do legislador em vincular o ato de designação de um Promotor de Justiça, às regras normativas precedentes, e às atribuições naturais daquele membro do Ministério Público, no mínimo, de forma motivada e dependente da apreciação e aprovação do Conselho Superior respectivo, ou/e, mediante a concordância do Promotor de Justiça Natural. No âmbito do Estado de Mato Grosso, a Lei Orgânica Estadual (Lei Complementar nº 27, de 19 de novembro de 1.993), também trata de regras semelhantes àquelas logo acima expressadas, pois, nas letras “e” e “f”, do inciso IX, do seu artigo 9º, vincula a escolha de membros do Ministério Público, àqueles Promotores com atribuições para, em tese, oficiar no feito “segundo as regras ordinárias de distribuição de serviços; ou, em determinadas situações, ao expresso consentimento do titular do respectivo cargo.

De outra banda, esta premissa constitucional corresponde a uma garantia do cidadão e da Sociedade, na medida em que sabe-se que, em determinado feito, atuará aquele membro do Ministério Público, previamente investido, determinado e fixado, consoante regras e critérios legais, abstratamente, reguladas e dispostas.

De outra sorte, a jurisprudência nacional, lastreada em abalizadas e respeitáveis decisões do Supremo Tribunal Federal, já sedimentou:

O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma

garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei.

A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável.<sup>29</sup>

O precursor desta premissa institucional, no Brasil, Hugo Nigro Mazzilli<sup>30</sup>, doutrina<sup>31</sup>:

Há muito nos termos posicionado contra os chamados *promotores de encomenda*, escolhidos livremente pelo procurador-geral de Justiça, que discricionariamente os designava e afastava – já o fazíamos sob época de ditadura militar, quando não eram comuns tais críticas. Na verdade, a verdadeira *inamovibilidade* não teria sentido se dissesse respeito apenas à impossibilidade de se remover o promotor do cargo: era mister agregar-lhe as respectivas funções.

Como temos sustentado, avulta em importância a necessidade de *cargo certo* para o exercício das funções de Ministério Público, abolidas as designações discricionárias do procurador-geral.

A mera *designação* para qualquer função de Ministério Público, é um dos instrumentos pelos quais se acentua ainda mais a concentração de poderes manejados pelo procurador-geral de Justiça, o que submete os membros da instituição e aniquila de fato e em última análise as garantias constitucionais de independência funcional e inamovibilidade.

As prerrogativas do Ministério Público não são apenas da instituição, mas, de forma reflexa, atingem seus membros, e sempre visam ao interesse público primário, sendo, portanto, indeclináveis. Assim, tanto a autonomia e a independência funcional, como a inamovibilidade, são inconciliáveis com a hierarquia funcional, porque gozam os órgãos ministeriais de independência e liberdade no exercício de suas funções. Assim erigido o Ministério Público a elevado papel constitucional – e justamente e apenas por isso tendo-lhe sido deferidas as garantias de que só gozam os magistrados –, não se pode permitir a literal burla dessas mesmas garantias com designações discricionárias pelo procurador-geral. A autonomia e a independência seriam meramente nominais se o membro do Ministério Público e os juízes estivessem sujeitos a designações discricionárias, efetuadas e cessadas *ad nutum*, para cumprirem em casos concretos a vontade do procurador-geral ou do presidente do tribunal. (MAZZILLI, 1.998, p. 163 e 164).

<sup>29</sup> “Ementa parcialmente transcrita. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 67.759/RJ, j. 06.08.1992, publicado no *DJ* na data de 1º.07.1993, p. 13.142, ementa, v. 01710-01, p. 121, rel. Min. Celso de Mello. Convergentemente, os julgados: HC 74.052/RJ, j. 20.08.1996, publicado no *DJ* na data de 13.12.1996, p. 50.163, ementa, v. 018540-04, p. 702, rel. Min. Marco Aurélio; Pleno, HC 69.599, publicado no *DJ* na data de 27.08.1997, p. 17020, rel. Min. Sepúlveda Pertence; e HC 71.429/SC, J. 25.10.1994, publicado no *DJ* na data de 25.08.1995, p. 26.023, ementa, v. 017.797, p. 387. Rel. Min. Celso de Mello. No Superior Tribunal de Justiça, neste sentido: 6ª Turma, RMS 5.867-0/SP, publicado no *DJ* na data de 16.09.1996, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v. u.”

<sup>30</sup> Hugo Nigro Mazzilli à p. 163 e 164 da obra *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*, 3. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 1.998. 207 p.

<sup>31</sup> “Semelhantemente, Fernando Capez, à p. 25 e 26, na sua excelente obra *Curso de Processo Penal*, leciona: ‘Este princípio também deflui da regra constante do art. 5º, LIII, da Constituição, e significa que ninguém será processado senão pelo órgão do Ministério Público, dotado de amplas garantias pessoais e institucionais, de absoluta independência e liberdade de convicção e com atribuições previamente fixadas e conhecidas. [...]Fica, portanto, afastada a possibilidade de nomeação de um promotor para exercer as funções de outro, já regularmente investido no respectivo cargo’ (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2.001. 662 p.)”

Sob outro aspecto, a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1.965, tutela penalmente os direitos e garantias individuais preconizados pelos setenta e sete incisos, do artigo 5º, da Constituição da República, no tocante à responsabilização criminal na hipótese de prática de crime catalogado como abuso de autoridade.

Este dispositivo legal, tipifica nos seus artigos 3º e 4º, as condutas descritas como comportamentos criminosos correspondentes a abuso de autoridade; e no seu artigo 5º, preconiza que considera-se autoridade, para os seus efeitos, quem exerce cargo, emprego, ou, função pública, de natureza civil, ou, militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Claramente, esta norma penal especial pode ser aplicada a qualquer serventuário público militar, ou, civil, eventualmente, responsável pela prática de crime de abuso de autoridade à liberdade de locomoção do cidadão, à incolumidade física do indivíduo (melhor seria se referir a cidadão), à liberdade individual, cerceada mediante ordem, ou, execução realizadas sem as formalidades legais, ou, com abuso de poder, ou, à honra do patrimônio de pessoa natural, ou, jurídica, quando praticado com abuso, ou, desvio de poder, ou, sem competência legal. Ademais, o parágrafo 5º, do artigo 6º, desta norma especial, refere-se, expressamente, a agentes da autoridade policial, civil, ou, militar, como autores de crime de abuso de autoridade; e o seu artigo 8º, dispõe que a sanção aplicada deverá ser anotada na ficha funcional da autoridade civil, ou, militar.

Comentando a Lei nº 4.898/65, o preclaro doutrinador Rui Stoco<sup>32</sup>, aponta:

Os delitos previstos na lei em estudo possuem dupla objetividade jurídica:

*1º) Objetividade jurídica mediata:* é o interesse concernente ao normal funcionamento da Administração Pública em sentido amplo, no que se refere à conveniência da garantia do exercício da função pública sem abusos da autoridade;

*2º) Objetividade jurídica imediata:* proteger as garantias individuais estatuídas pela Constituição Federal.

Neste campo, a Constituição Federal de 5.10.88, nos incisos de seu art. 5º, determina garantias concernentes à liberdade de locomoção (incs. XV e LXVIII), inviolabilidade de domicílio (inc. XI), sigilo de correspondência (inc. XII), liberdade de consciência e de crença (inc. VI), livre exercício de culto religioso (inc. VI), liberdade de associação (inc. XVII), direito de reunião (inc. XVI), incolumidade física do indivíduo (art. 5º, *caput*, e inc. III) e ao exercício profissional (inc. XIII). Estas garantias estão protegidas penalmente pelas normas incriminadoras da Lei 4.898, em seus arts. 3º e 4º. (STOCO et al., 2.001, p. 08).

---

<sup>32</sup> Rui Stoco à p. 08 da obra *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, 7. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001. V. I. 2.089 p..

Por sua vez, a Constituição da República, na letra “a”, do inciso XXXIV, do seu artigo 5º, expressamente, garantiu a todos, e independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito, ou, contra ilegalidade, ou, abuso de poder.

A propósito, cabe anotar que ressalta evidente a intenção do constituinte em tutelar e resguardar o acesso de qualquer do povo, via exercício do direito de petição, aos Poderes Públicos, quando da prática de ilícito de abuso de poder. Aliás, e muito embora o dispositivo constitucional alhures mencionado não tenha feito referência expressa ao abuso de autoridade, penso que, em sendo este ilícito ligado diretamente ao serventuário público civil, ou, militar, ou, ao agente político (membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, ou do Legislativo), e, por sua vez, o ilícito referente ao abuso de poder, relacionado aos entes e Poderes Públicos, enquanto pessoa jurídica, e havendo relação direta entre ambos, deva haver a incidência desta norma constitucional quando da prática de crime de abuso de autoridade.

Mesmo antes do advento da Constituição da República, promulgada em 1988, editou-se a Lei nº 5.249, de 09 de fevereiro de 1.967, a qual positivou que a falta de representação da vítima, ou, ofendido, nos casos atinentes à Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1.965, não obsta à iniciativa, ou, ao curso da ação pública, revogando-a parcialmente.

Ou seja, intencionou o legislador, clara e expressamente, indicar que a ação penal, pela prática de crime de abuso de autoridade, tem natureza pública incondicionada, e que a representação aludida pelo artigo 12, da Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1.965, significa uma simples notícia-crime, cuja ausência e falta não impedem a instauração e desenvolvimento do respectivo procedimento criminal. Com este posicionamento, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas, na obra alhures citada à p. 26, asseveraram: “Pretendeu o legislador ordinário que em hipótese alguma deixasse o fato delituoso de ser apurado, convertendo-o em crime de ação penal pública incondicionada. Aliás, esta representação se constitui numa simples ‘*delatio criminis*’ postulatória, não impedindo a sua ausência, a iniciativa da ação penal.”<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> “Neste sentido, os julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça têm sedimentado: Recurso de *Habeas Corpus* – Abuso de autoridade – Rito – Legitimidade de Parte – Justa causa.

Nesta esteira, acredito possuir o Ministério Público legitimidade para, não só requisitar a instauração de inquéritos policiais, ou, procedimentos correlatos, como também, atuar, como titular da respectiva ação penal pública incondicionada, nas situações de violação, ou, ameaça a violações a direitos individuais garantidos constitucionalmente.

Doutra banda, voltando-se para o disposto pelo *caput*, do artigo 3º, da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1.965, verifica-se que este dispositivo refere-se à expressão **qualquer atentado**, em clara e indubitável indicação de que qualquer ação, ou/e, conduta, ao menos, ameaçadora aos direitos e garantias individuais, tutelados constitucionalmente, e expressados nesta norma, devem e podem ser consideradas como crime de abuso de autoridade.

Entremos, e por raciocínio extensivo, entendo cabível o controle externo das atividades e operações policiais, pelo Ministério Público, sempre que algum direito, ou, garantia individual, constitucionalmente, assegurado, venha a ser violado, ou, ameaçado de violação, tanto por parte de serventuários públicos civis, quanto por parte de serventuários públicos militares.

Preconiza, outrossim, a Súmula 172 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

1. Não há decadência se o Ministério Público não oferece a denúncia no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da entrega da representação.
2. Da mesma forma, não há ilegitimidade de parte na apresentação da denúncia após esse lapso de tempo. Tratando-se de ação penal pública que inclusive independe de representação, nada impedindo seja precedida de inquérito policial, para melhor apuração dos fatos. Precedentes STF.
3. Impossível, nos estreitos limites do ‘mandamus’, afirmar a culpabilidade do paciente pelo delito que responde já que ter-se-ia que reexaminar provas, circunstância inviável na via eleita.
4. Recurso Improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 1997/0021086-3, RHC 6359/PR. Relator: Min. Anselmo Santiago. 24 de novembro de 1997. Sem grifo no original.)”

“Processual penal. *Habeas Corpus*. Crime de abuso de autoridade. Ação penal. Trancamento. Exame e provas. Impropriedade. Representação do ofendido. Imprescindibilidade.

O trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa, postulado na via estreita do *habeas corpus*, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexiste qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente.

Se para o deslinde da questão é necessário o revolvimento da prova condensada no bojo dos autos, o tema situa-se fora do alcance do *habeas-corpus*, que não é instrumento processual próprio para se obter sentença de absolvição sumária.

Em se tratando de crime de abuso de autoridade a falta de representação do ofendido não obsta a instauração da ação pública, a teor do que dispõe a Lei 5249/67.

Recurso Ordinário desprovido. (BRASIL. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2.000/0000721-8, RHC 9456/SP. Relator: Min. Vicente Leal. 16 de maio de 2.000. Sem grifo no original.)”

Sendo assim, e como a jurisprudência tem esclarecido que compete à Justiça Comum **processar**, militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço, inexoravelmente, conclui-se que cabe ao Ministério Público dos Estados a tomada de providências, tanto no que tange ao controle externo da atividade policial, ou, no que se refere à apresentação de denúncia-crime, requisição de instauração de inquéritos policiais, em toda e qualquer atividade, e/ou, operação policial ostensiva, e que venha a ameaçar de constrangimento, ou, lesionar, efetivamente, aos direitos e garantias individuais, constitucionalmente, tutelados.

Portanto, sempre que estes direitos fundamentais estiverem sendo objeto de violação, ou, ao menos, estiverem sendo ameaçados de violação, cabe ao Ministério Público atuar, resguardando este direito do cidadão, em face do primado do Promotor Natural.

#### **4.1 - Responsabilidade Civil e Administrativa e o Abuso de Autoridade**

O serventuário público civil, ou, militar que incorrer, de forma dolosa, ou, culposa, na prática de fato, ou, omissão, causadores de danos, fica sujeito a ser responsabilizado nas órbitas civil, administrativa, ou/e, penal.

Ocorre que, na sistemática jurídica nacional hodierna não há para o serventuário público civil, ou, militar, responsabilidade objetiva, mas, somente, subjetiva.

O parágrafo 6º, do artigo 37, da C. R., é até explícito a este respeito, ao se referir, claramente, às expressões dolo, ou, culpa: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Assim, deve haver, além de um nexo e relação entre a conduta comissiva, ou, omissiva do serventuário público civil, ou, militar, e o resultado produzido, a comprovação de que este agente público tenha agido com dolo, ou, culpa.

Neste passo, vale ressaltar que impera, via de regra, a independência e autonomia das searas civil, administrativa e penal, no que toca à responsabilidade do serventuário público, ou, agente público, pois, é cabível a instauração de procedimentos, simultaneamente, nas três instâncias. A independência das órbitas civil e criminal está, peremptoriamente, prevista no artigo 935 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002), em vigor um ano a partir de sua publicação no Diário Oficial, e que ocorreu em 11/01/2.002. Este artigo tem a seguinte redação: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Entretanto, e, excepcionalmente, é possível a comunicabilidade destes diferentes compartimentos estanques, quando ocorrer, por meio de processo criminal encerrado mediante o trânsito em julgado de sentença absolutória, e, portanto, de forma imutável e definitiva, a prova da inexistência do fato, ou, da negativa da autoria.

De forma diversa, a condenação na seara criminal acarreta, necessariamente, o exaurimento das demais (civil e administrativa), e a conseqüente produção de efeitos.

Opera-se, por conseguinte, a extensão dos efeitos da declaração judicial criminal para as demais instâncias, servindo, inclusive, a sentença criminal transitada em julgado como título executivo judicial hábil a servir de impulso a uma eventual ação de execução da órbita civil, consoante dispõe, expressamente, o artigo 63, do Código de Processo Penal. Este dispositivo adjetivo, por sua vez, preconiza: “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.”

As decisões da Colenda Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal) e de outros tribunais pátrios são pacíficas a este respeito, senão vejamos:

“Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - PROVA. O mandado de segurança não viabiliza dilAÇÃO probatória, razão pela qual os fatos devem ser demonstrados, *a priori*, pelo Impetrante.

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E PENAL – INDEPENDÊNCIA. A jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal é no sentido da independência das responsabilidades administrativa e penal. A exceção corre à conta de situação concreta em que, no campo penal, hajam ficado patenteadas a inexistência da

materialidade ou a negativa de autoria.” (STF - MS 22.476/AL – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 03.10.97 – p. 49.230).

“EMENTA: - Pena disciplinar de demissão, corretamente capitulada, por achar-se em serviço o impetrante, quando da ocorrência da transgressão.

Cerceamento de defesa não caracterizado, perante a justificada dispensa de prova testemunhal.

Independência das esferas penal e administrativa.

Prescrição não consumada.” (STF - MS 21.293/DF – Rel. Min. Octávio Gallotti – DJ 28.11.97 – p. 62.221)

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO – DEMISSÃO APÓS PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LEGALIDADE DA PUNIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 41, PAR. 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C. ART. 132, I, IV, X E XI, DA LEI 8.112/90.

1. A materialidade e autoria dos fatos ilícitos deverão ser apuradas em processo administrativo disciplinar regular, assegurando ao imputado a ampla defesa e o contraditório.

2. A Administração deverá aplicar ao servidor comprovadamente faltoso a penalidade cabível, na forma do artigo 41, § 1º, da Constituição Federal c/c com o art. 132, I, IV, X e XI, da Lei nº 8.112/90.

3. Inexistência de agressão a direito líquido e certo do impetrante, uma vez que as decisões estão em perfeita consonância com a norma legal aplicada.

4. A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não toma nulo o ato demissório, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civis e penais, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos.

5. Segurança indeferida.” (STF - MS 21.705/SC – Rel. Min. Maurício Corrêa - DJ 16.04.96)

“EMENTA: Mandado de Segurança.

Não há dúvida de que são independentes as instâncias penal e administrativa, só repercutindo aquela nesta quando ela se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria.

Não aplicação ao caso do disposto nos arts. 5º, LVII, e 41, §2º, da Constituição Federal.

Mandado de segurança indeferido.” (STF - MS 21.545/SP – Rel. Min. Moreira Alves – DJ 02.04.93 – p. 5.619)

“EMENTA: ‘Habeas corpus’.

Em face da autonomia das instâncias administrativa e penal, a absolvição naquela em processo disciplinar não impede conclusão diversa no processo judicial, como ocorreu no caso.

Por outro lado, a discrepância entre os depoimentos dos engenheiros não caracterizou colidência de defesas pela sua irrelevância no ponto em que se deu.

‘Habeas corpus’ indeferido.” (STF - HC 76.157-8/SP Rel. Min. Moreira Alves – DJ 23.10.98 – p. 3 – Seção I).

Também com este entendimento, os seguintes julgados: RTJ 149/99, RTJ 41/599, RT 786/704 e RTJ 150/742).

Sob outro aspecto, e no que tange à responsabilização do agente público, em face do preconizado pela Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1.965, ou seja, por abuso de autoridade, deve-se realizar um enfoque diferente.

Além do tratamento penal conferido aos agentes violadores dos tipos penais preconizados pela Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1.965, esta norma especial também regulou a responsabilidade administrativa e civil do serventuário público civil e militar, autor de abuso de autoridade. Dispõe o artigo primeiro desta norma: “O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal contra as autoridades que, no exercício e suas funções, cometem abusos, são regulados pela presente lei.”. Ademais, os artigos 5º ao 11º definem, dentre outras disposições, as sanções administrativas a que ficarão sujeitos os serventuários públicos civis e militares, autores de abuso de autoridade, além de uma sanção civil, correspondente a uma indenização monetária (§2º, do art. 6º).

De outra banda, e no tocante ao aspecto civil dos efeitos decorrentes da prática de abuso de autoridade, cabe observar o disposto pela Constituição da República, no §6º, do seu artigo 37; o qual previu a responsabilidade objetiva do Estado, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros; assim como, o preconizado pelo inciso X, do seu artigo 5º, no sentido de que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”. E na parte final daquele dispositivo constitucional (§6º, do artigo 37), verifica-se que se estipulou o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo, ou, culpa.

Deve-se frisar que a responsabilidade civil decorrente do disposto pela Lei nº 4.898/65, mais precisamente, pelo prescrito pelo art. 1º, c./c. o preconizado pelo *caput*, e §2º, do artigo 6º, tem natureza diversa daquela prevista pelo §6º, do artigo 37, da Constituição da República. Enquanto aquela diz respeito à responsabilidade subjetiva do serventuário público civil, ou, militar, transgressor, a título, exclusivamente, de dolo, de uma das modalidades de delitos previstos pela Lei nº 4.898/65; a responsabilidade emergente da figura elencada pelo §6º, do art. 37, da Constituição da República, refere-se à responsabilidade objetiva, proveniente da

teoria do risco administrativo, do Estado em relação ao lesado, ofendido, ou/e, vítima, em razão de condutas comissivas danosas.<sup>34</sup>

A teoria do risco administrativo, acredito, também tem fundamento no estipulado pelo parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil, a vigorar a partir de 11/01/2003, o qual tem a seguinte disposição: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (Sem grifo no original).

Pode-se asseverar que a teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado, preconizada pelo parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição da República, consagrou no nosso sistema jurídico o Princípio da Responsabilidade Objetiva do Estado.

Aliás, esta construção normativa já encontrava-se prevista, sob a modalidade do denominado **risco administrativo temperado**, pelo artigo 107, da Constituição da República de 1.969.<sup>35</sup>

De seu turno, e por sua vez, a conhecida **teoria da responsabilidade objetiva do Estado** também ficou prevista pelo disposto na letra “c”, do inciso XXIII, do artigo 5º, da Constituição da República, especificamente, no que se refere à responsabilidade civil por danos nucleares.

Neste passo, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, proveniente da incidência da teoria do risco administrativo, e, portanto, objetiva,

<sup>34</sup> No que tange à teoria do risco, Maria Helena Diniz, em *Curso de Direito Civil Brasileiro*, à p. 437 e 438, doutrina: “A do *risco integral*, pela qual cabe indenização estatal de todos os danos causados por comportamentos comissivos dos funcionários a direitos de particulares. O risco é o fundamento da responsabilidade civil do Estado por comportamentos administrativos comissivos, exigindo tão-somente nexo causal entre a lesão e o ato, ainda que regular, do agente do poder público.[...] Com essa assertiva a Constituição consagra a idéia de que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado respondem pelos danos que seus funcionários causem a terceiro, sem distinção da categoria do ato, mas tem ação regressiva contra o agente quando tiver havido culpa deste, de forma a não ser o patrimônio público desfalcado pela sua conduta ilícita. Adota, portanto, nas relações entre o Estado e o administrado a *responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público*, por comportamento comissivo danoso de seu funcionário, fundada na teoria do risco, segundo a qual basta, para que o Estado responda civilmente, que haja dano, nexo causal com o ato do funcionário e que o funcionário se ache em serviço no momento do evento prejudicial a direito particular, não requerendo a averiguação do dolo ou culpa do agente público, sendo suficiente que, nessa qualidade, tenha causado dano a terceiro.” (DINIZ, Maria Helena. 10. ed. aum. e atua. São Paulo: Saraiva, 1.996. 7. Vol.).

<sup>35</sup> Neste sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial - RESP 111843/PR – Relator: Min. José Delgado – 24 de abril de 1997).

nasce com o preenchimento, no caso fático concreto, dos seguintes requisitos e pressupostos: dano, ou, prejuízo material, ou, moral; ação administrativa; nexo de causalidade entre o dano produzido e a ação administrativa.

Entretanto, o comportamento e conduta da vítima na produção do resultado danoso, pode influenciar, dependendo do grau de sua culpa, no abrandamento, ou, mesmo na exclusão da responsabilidade estatal, com forte incidência no eventual *quantum* indenizatória a ser, judicialmente, arbitrado e fixado.

Evidentemente, em ocorrendo o reconhecimento probatório do nexo causal entre a ação e o resultado danoso, cabe ao Estado (pessoa jurídica de direito público, ou, pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público), o ônus de provar que houve culpa concorrente, ou, exclusiva da vítima, no evento.

Diferentemente, e por exclusão, ou seja, havendo a comprovação, ao menos, de culpa na conduta praticada pelo serventuário público civil, ou, militar, e que não configure abuso de autoridade (Lei nº 4.898), em uma ação proposta em face do Estado, surge a possibilidade de se buscar a responsabilização deste servidor na seara civil, por meio de uma ação judicial regressiva (parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição da República).

Além do disposto pelo parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição da República, a responsabilidade subjetiva do agente público, na órbita civil, tem fundamento no preconizado pelo artigo 15, do Código Civil.

Entremes, e em havendo a produção de dano causado por comportamento omissivo estatal, a responsabilidade do Estado será subjetiva. Nesta hipótese, há um dever legal da máquina estatal em agir, e que por não ter agido, diligentemente, por obrigação legal, ensejou a produção do dano resultante. Operam-se, nesta situação, os efeitos da teoria da culpa, pois, torna-se imprescindível a existência de negligência, imprudência, ou, dolo, na conduta omissiva estatal, e que ensejou a produção do dano a terceiro. Neste aspecto, o Código Civil em vigor a partir de janeiro de 2003 (11/01/2003), é taxativo ao expressar: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.<sup>36</sup>

O novo Código Civil inova ao tratar no capítulo II, do seu título IX, do livro I (parte especial), especificamente, quanto à questão da indenização.

No seu artigo 945 regula, peremptoriamente, que se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa, em confronto com a do autor do dano.

Outrossim, havendo a incidência de determinadas circunstâncias fáticas, tais como: estado de necessidade, força maior, pode haver a minoração do *quantum* a ser fixado como indenização, ou mesmo, a exclusão de toda e qualquer responsabilidade do Estado pelo dano produzido.

Portanto, em havendo uma conduta culposa, por parte do serventuário público civil, ou, militar, e que se amolde a um dos tipos preconizados pela Lei nº 4.898/65, além de não sujeitar o infrator e delinquente a qualquer sanção penal, eis que, não se admite conduta culposa para os crimes de abuso de autoridade, também não poderá esta conduta culposa, acredito, acarretar uma sanção civil, lastreada no disposto pela Lei nº 4.898/65, pois, como ressalta o artigo 1º desta norma especial: “o processo de responsabilidade administrativa civil e penal contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometem abusos, são regulados pela presente lei.”.

Em sentido contrário, a assertiva realizada imediatamente acima, não representa óbice a que o lesado, vítima, ou, ofendido ajuize uma demanda judicial, em face do, e contra o autor de um abuso de autoridade, violador de um direito seu tutelado constitucionalmente e pela norma especial ora analisada, conjuntamente, contra e em face ao Estado, nos casos, exclusivamente, de dolo, e no tocante à uma conduta correspondente a abuso de autoridade.

<sup>36</sup> A título de ilustração cabe reproduzir outro trecho do ensinamento da preclara mestra Maria Helena Diniz, a respeito da responsabilidade subjetiva do Estado, por conduta omissiva: “Na hipótese de dano por comportamento omissivo a responsabilidade estatal é *subjetiva*, por depender de procedimento doloso ou culposo (*RJTJSP*, 61:92, 17:173, 47:125; *RT*, 275:833, 255:328, 251:299, 297:301, 389:181, 517:128, 523:96, 551:110). Os prejuízos não são causados pelo Estado, mas por acontecimento alheio a ele, já que a omissão é condição do dano, ou melhor, é o evento cuja ausência enseja a ocorrência da lesão.[...]Portanto, no caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é *subjetiva*, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente.” (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 439 e 440).

Neste aspecto, Celso Antônio Bandeira e Mello, *idem, ibidem*, mais precisamente à p. 466, leciona: “Então, parece-nos incensurável o ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, manifestado antes mesmo do novo Código de Processo Civil, segundo quem a vítima pode propor ação de indenização contra o agente, contra o Estado, ou contra ambos, como responsáveis solidários nos casos de dolo ou culpa.”

Especificamente no campo próprio do Instituto da denunciação da lide<sup>37</sup>, há que se fazer algumas considerações peculiares.

Na hipótese do denunciante (Estado – administração), estar sendo ajuizado em ação indenizatória fundada na responsabilidade objetiva, ou seja, lastreada na teoria do risco administrativo, não caberia, a princípio, a obrigatoriedade da denunciação da lide do agente público, ou, serventuário público civil, ou, militar, responsável a título de culpa, ou, dolo, no evento produzido, por implicar em inovação de *causa petendi*, ou seja, novo fundamento.<sup>38</sup>

Ademais, em havendo a previsão constitucional da possibilidade jurídica de que o Estado, eventualmente, vencido na original ação indenizatória movida pelo prejudicado, venha a ajuizar uma ação regressiva em face do agente público, ou, funcionário público, responsável a título de culpa, ou, dolo, pelo resultado danoso ocasionado, visando ressarcir-se do respectivo *quantum* indenizatório despendido (parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição da República), a denunciação da lide

<sup>37</sup> Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

- I- ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;
- II- ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerce a posse direta da coisa demandada;
- III- àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda. (Sem grifo no original).

<sup>38</sup> Neste sentido, notas à p. 503 da obra *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 4. ed. rev., ampl. e atualizado até 10.03.1999, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, NERY JÚNIOR, Nelson e Outra, e ainda RT 576/265; RTJ 100/1352; BRASIL, STJ, Recurso Especial, RESP 55913/RS, Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, julgado em 15 de fevereiro de 1.995, publicado no D. J. em 13.03.1995 à p. 5281; BRASIL, STJ, Recurso Especial, RESP 38792/SP, Relator: Min. Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 13.12.1996, publicado no D. J. em 28.04.1997 à p. 15835; Hely Lopes Meirelles, Op. cit. p. 562/563. Em sentido contrário, e admitindo que o Estado denuncie à lide ao agente público, ou, funcionário público, em ação de indenização fundada em responsabilidade objetiva, independentemente, de atribuir-lhe (funcionário público) desde logo a culpa (dolo, ou, culpa estrito sensu), pelo evento: BRASIL, STF, Recurso Especial, RESP 45033/SP, Relator: Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 01.09.1997, publicado no D. J. em 20.10.1997 à p. 53020; BRASIL, STJ, Recurso Especial, RESP 44503/SP, Relator: Min. Hélio Mosimann, Segunda Turma, julgado em 05.02.1998, publicado no D. J. em 16.03.1998 à p. 76; BRASIL, STJ, Recurso Especial, RESP 165411/ES, Relator: Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 12.05.1998, publicado no D. J. em 03.08.1998.

colidiria com a função precípua deste Instituto, e que corresponde a de ação de garantia.

Ou seja, não havendo a efetiva denunciaçāo da lide ao funcionário responsável, não haveria qualquer prejuízo ao denunciante, eis que, este poderia, futura e eventualmente, pleitear a devida ação regressiva contra aquele.

Em raciocínio oposto, nada obsta, penso, a que se proceda à denunciaçāo da lide ao funcionário, ou, agente público, na hipótese em que o denunciante (Estado) viesse a ser processado em ação indenizatória, fundada na culpa daquele (dolo, ou, culpa), até mesmo, em atenção aos Princípios Processuais da Economia Processual e da Celeridade Processual.<sup>39</sup>

Na hipótese especial da ação reparatória referente a fato equivalente a abuso de autoridade, conforme disciplinado pela Lei nº 4.898/65, deve-se fazer a ressalva de que o fundamento para tal pleito deve corresponder a conduta, exclusivamente, dolosa, consoante as razões alhures expressadas.

---

<sup>39</sup> Vide o julgado RESP 165411/ES referido na nota anterior.

## **5.0 - CONCLUSÕES**

Em conclusão, estabeleço, de forma sucinta e abreviada, os seguintes tópicos:

Cabe aos membros do Ministério Público desempenhar suas funções visando, além das demais finalidades institucionais, a defesa do Estado Democrático de Direito, entendendo-se este como exteriorização de regime democrático.

Incumbe, precípua mente, ao Ministério Público buscar a efetivação dos objetivos da democracia, subentendendo-se aí a igualdade de oportunidades, na busca de diminuir, ou, extirpar as desigualdades, para todos e independentemente de origem, condição social, econômica etc.; consecução da justiça social; a efetiva fiscalização e controle dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como, das demais forças estatais, e que atuam com igual, ou, maior coercibilidade (no sentido de coerção) social do que estes poderes, como a máquina policial; efetiva e real participação popular nos poderes constituídos; além de procurar materializar um Estado de Direito real, efetivo, garantidor de uma sociedade menos desigual, mais segura, sem a influência proeminente e, eventualmente, nociva do Poder Econômico, e, hodiernamente, que se faz sentir com mais coerção, do próprio crime organizado.

Em assim sendo, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, lei federal de aplicação nacional, deve ter proeminência de aplicabilidade sobre as demais normas de âmbito estadual e municipal, mormente, ante a sua superioridade hierárquica sobre estas.

Sempre e toda vez que os direitos e interesses da Sociedade, difusos, coletivos e individuais indisponíveis, e do cidadão, principalmente, os direitos e garantias fundamentais, forem objeto de violação, supressão, ou, ameaça plausível, por parte da máquina policial, ou, de qualquer órgão estatal, tem o Ministério

---

Público o dever de atuar, e não simples faculdade, quer seja de ofício, ou, mediante requerimento de qualquer cidadão.

O controle externo da atividade policial deve ser exercido sobre a instauração, o desenvolvimento, e/ou, o resultado dos trabalhos persecutórios da polícia judiciária, bem como, sobre as atividades repressivas-preventivas exercidas pela polícia ostensiva, e toda função atinente ao trato com o cidadão e a população em geral, mas, nunca sobre a estrutura hierárquica, ou, os assuntos referentes ao âmbito administrativo da polícia. Espelha, em última análise, o sistema adotado pela Constituição da República (Poder Constituinte Originário), normatizado pelo seu parágrafo único, do artigo 1º, c./c. o preconizado pelo seu artigo 2º, correspondente à limitação e contenção do poder do Estado pelo próprio Estado.

A efetivação da ordem pública, e seu real provimento, dependem da realização de reformas processuais que instrumentalizem o Ministério Público a implementar um controle externo da atividade policial de forma eficaz, além da participação próxima e real da comunidade, dos segmentos civis organizados e dos diversos órgãos componentes da estrutura do Estado. Seriam instrumentos viabilizadores de um maior controle externo das atividades policiais: encaminhamento ao Ministério Público de inquéritos policiais, de forma direta e sem intermediários, como cartórios judiciais; apreciação e deliberação, por parte do órgão do Ministério Público, quanto a eventuais requerimentos de dilação de prazo para conclusão de investigações realizados pela autoridade policial.

O agravamento e a escalada da violência, além de outros fatores estruturais, também são produto da crise social e econômica, ou seja, a atuação isolada da polícia não garante eficácia na contenção da violência e da criminalidade.

Não só a proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, como preconizados e tutelados pela Constituição da República, devem ser objeto da atenção e labor do Ministério Público, no controle externo das atividades policiais, mas também, a respeito da legalidade, legitimidade e licitude dos trabalhos investigativos-probatórios desenvolvidos pela polícia judiciária, e a celeridade da prestação dos resultados destes trabalhos investigativos.

Toda e qualquer atuação estatal, quer se trate do aparelho de segurança pública (polícias), ou, não, deve gravitar em torno de se um núcleo central e essencial, correspondente à preservação da dignidade humana.

Qualquer intervenção, abordagem, ou, operação policial, efetivada ao arrepio de direitos e garantias fundamentais do cidadão, ou, colidente com a licitude e legalidade de meios de produção de provas, tanto formal quanto materialmente, deve ser considerada inconstitucional e ilegal, para não dizer-se ilícita, mormente, se realizada mediante critérios meramente subjetivos, exceto na situação extraordinária de decretação de estado de sítio, a qual implica em estabelecimento de um regime legal especial.

Mesmo em situações excepcionais, como de decretação de estado de defesa, ou, de sítio, cabe a responsabilização civil, criminal, e administrativa do agente político (membro dos Poderes Públicos), ou/e, dos agentes públicos/serventuários públicos civis, ou, militares, que venham a cometer abusos, desvios, ou, praticar excessos.

Ou seja, mesmo em situações de extrema excepcionalidade, como aquelas reguladas pelo capítulo I, do Título V, da Constituição da República, e que equívalem à decretação de estado de defesa e de sítio, não há de se admitir a supressão dos direitos e garantias fundamentais, mas, tão-somente, a suspensão de alguns direitos e garantias fundamentais.

O Princípio Constitucional da Proporcionalidade, ou, da Razoabilidade, sobrepõe, via de regra, valorativamente, os direitos fundamentais da pessoa humana, sobre o interesse da Sociedade na repressão ao crime. Somente, excepcionalmente, poder-se-ia admitir a incidência deste Princípio *pro societate*, e em sacrifício a direitos e garantias fundamentais do indivíduo. No atual sistema constitucional nacional não há direitos e garantias absolutos, mesmo que considerados em grau e patamar fundamentais, eis que, excepcionalmente, o interesse público e os Princípios Processuais (Verdade Real) podem submetê-los à supressão.

O postulado, ou, Princípio do Promotor Natural, representa importante conquista da Instituição Ministério Público, e por consequência, de seus membros, e inarredável garantia do cidadão e da Sociedade. Assegura, destarte, este Princípio, uma atuação independente (no sentido de autonomia) e livre de quaisquer

pressões, ou, influências ao membro do Ministério Público, o qual, deve estar compromissado com a lei, e sua consciência jurídica.

O Princípio da Separação dos Poderes também fundamenta o Princípio do Promotor Natural, na medida em que garante ao órgão do Ministério Público independência funcional para bem desempenhar seu mister.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. ALMANAQUE ABRIL 2003. 29 ed. São Paulo: Abril, 2.003. Anual. ISSN 0104-4788.
2. ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1.999. 236 p.. ISBN 85-224-2317-2.
3. ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Traumaturgo. *Controle Externo da Atividade Policial, O Outro Lado da Face*, publicado no Boletim IBCCRIM, ano 8, nº 89, abril/2000.
4. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. rev. e atual.. 10. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2.001. 498 p. ISBN 85-7420-023-9.
5. -----. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed., rev. atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2.001. 797 p. ISBN 85-7420-248-7.
6. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6<sup>a</sup> edição revista (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 1995. 1228 p.
7. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 7. ed.. São Paulo: Saraiva, 2.001. 662 p. ISBN 85-02-03539-8.
8. COSTA, Luiz Henrique Manoel. *Introdução ao Estudo do Controle Externo da Atividade Policial Militar*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 87, v. 756, p. 454-461, outubro de 1998. Mensal. ISSN 0034-9275.
9. DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2.001. 682 p. ISBN 85-224-2720-8.
10. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 10. ed. aum. e atua. São Paulo: Saraiva, 1.996. 7. vol.. ISBN 850204141X.
11. FREITAS, Gilberto Passos, FREITAS, Vladimir Passos. *Abuso de Autoridade*. 9. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001. 199 p..
12. FREITAS, Theodósio Ferreira. *O controle das operações policiais denominadas 'Blitz' e o Estado de Direito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, v. 774, p. 479-484, abril de 2000. Mensal. ISSN 0034-9275.
13. HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 2925 p. ISBN 85-7302-383-X.

14. MARQUES, Carlos Alexandre. *Controle externo da atividade policial: natureza e mecanismos de exercício.* jus navigandi, 2001. (<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1598>).
15. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público.* 3. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 1.998. 207 p. ISBN 85-02-02775-1.
16. -----, AMARAL, Ana Lúcia, RAMOS, André de Carvalho, et al. *Ministério Público II Democracia. Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático.* São Paulo: Atlas S. A., 1.999. 263 p. ISBN 85-224-2302-4.
17. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 27 ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balester Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002. 790 p. ISBN 85-7420-331-9.
18. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo.* 4. ed. ver., ampl., e atual. do livro “Elementos de Direito Administrativo”. São Paulo: Malheiros, 1.993. 469 p..
19. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade,* São Paulo: Celso Bastos, 1.998. 478 p..
20. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado – Referências Doutrinárias, Indicações Legais, Resenha Jurisprudencial.* 5. ed. atual. até abril de 1997. São Paulo: Atlas, 1.997. 957 p.. ISBN 85-224-1719-9.
21. NERY JÚNIOR, Nélson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor,* 4. ed. rev., ampl. e atualizado até 10.03.1999, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. ISBN 85-203-1734-0.
22. NETTO, José Laurindo de Souza. *O Princípio da Proporcionalidade como Fundamento Constitucional das Medidas Substitutivas da Prisão Cautelar.* Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2002. P. 422-428. Mensal. ISSN 0034-9275.
23. ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento de Controle Constitucional da Normas Penais,* in Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro de 2000. P. 463-479. Mensal. ISSN 0034-9275.
24. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 9. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição, 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1994. 768 p..
25. STOCO, Rui. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial,* 7. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001. V. I. 2.089 p..
26. TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal,* 9. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1995. V. I. 519 p. ISBN 85-02-00464-6.