



**LUIZ GUSTAVO COSTA SANTOS**

**O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL  
NAS PRISÕES EM FLAGRANTE: UMA ANÁLISE  
PROCEDIMENTAL DAS ATUAÇÕES DOS AGENTES  
PÚBLICOS DE REPRESSÃO OSTENSIVA FRENTE AOS  
DELITOS CONTIDOS NA LEI 11.343/2006**

**LAVRAS-MG  
2019**

**LUIZ GUSTAVO COSTA SANTOS**

**O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NAS PRISÕES EM  
FLAGRANTE: UMA ANÁLISE PROCEDIMENTAL DAS ATUAÇÕES DOS  
AGENTES PÚBLICOS DE REPRESSÃO OSTENSIVA FRENTE AOS DELITOS  
CONTIDOS NA LEI 11.343/2006**

Monografia apresentada à Universidade Federal de  
Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito,  
para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira  
Orientador

**LAVRAS-MG  
2019**

**LUIZ GUSTAVO COSTA SANTOS**

**O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NAS PRISÕES EM  
FLAGRANTE: UMA ANÁLISE PROCEDIMENTAL DAS ATUAÇÕES DOS  
AGENTES PÚBLICOS DE REPRESSÃO OSTENSIVA FRENTE AOS DELITOS  
CONTIDOS NA LEI 11.343/2006**

**THE EXTERNAL CONTROL OF THE POLICE WHEN CAUGHT IN THE  
ACT OF COMMITTING AN OFFENCE: A PROCEDURAL ANALYSIS ABOUT  
THE POLICE OFFICERS IN LIGHT OF THE CRIMES DEFINED BY THE LAW  
11.343/2006**

Monografia apresentada à Universidade Federal de  
Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito,  
para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADA em 02 de julho de 2019

Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira UFLA

Dra. Isabela Dias Neves UFLA

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

Orientador

**LAVRAS-MG**

**2019**

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende avançar no tema atinente ao controle externo da atividade policial, tão escasso na literatura pátria e igualmente pouco explorado nas graduações dos cursos jurídicos brasileiros. Com vistas a investigar a procedimentalização da prática de polícia ostensiva quando das prisões em flagrante nos delitos contidos na lei de tóxicos, a pesquisa assume papel um tanto quanto relevante, já que ilumina aspectos relativos à persecução penal e seu desencadeamento. Assim, o estudo se debruçará em temas cuja matriz constitucional é o que norteará a produção de um processo criminal de qualidade, leia-se, sem vícios e ilicitudes que decorram de arbitrariedades policiais, atentando-se, sempre, aos Princípios Constitucionais sob os quais se fundam o Estado Democrático de Direito. Com a perspectiva de analisar os padrões comportamentais da polícia brasileira frente aos delitos contidos na Lei 11.343/2006, a busca literária alimentará aspectos relativos ao processo de produção de provas no processo penal, bem como seu acondicionamento pelos agentes públicos e a fragilidade da cadeia de custódia da prova no Brasil. Para este fim, far-se-á necessária a pesquisa no direito comparado, tanto dos padrões comportamentais das polícias da América Latina e suas semelhanças, quanto os procedimentos de cadeia de custódia da prova e seu grau de confiabilidade. Além disso, a análise do controle externo da atividade de polícia ostensiva na atuação dos delitos da lei de tóxicos passará pelas críticas relativas às ilegalidades úteis pelas quais suportam a sociedade e as instituições democráticas a pretexto de agir, a qualquer custo, na redução da criminalidade e na demonstração de desmedidas prisões, dando ensejo à espetacularização do Processo Penal. Sob o prisma da legalidade, pretende-se analisar o controle e a procedimentalização das atuações policiais, desde a busca pessoal até a domiciliar, com e sem o consentimento do morador, procurando, assim, encontrar parâmetros limitadores da ação policial. Por fim, há de se investigar a existência de dependência amistosa das instituições Polícia Militar e Ministério Público, visando iluminar possível existência de tolerância do “*Parquet*” às ilegalidades policiais a pretexto de se obter sucesso na pretensão punitiva estatal, já que, por mandamento constitucional, (art. 129, VII, CF/88), é dever do Ministério Público o controle externo e fiscalização da atividade policial.

**Palavras-chave:** Controle externo da atividade policial. Ministério Público. Lei de tóxicos. Prisão em flagrante. Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais. Legalidade.

## ABSTRACT

This final work for the undergraduation intends to advance about the external control of the police by the Ministério Público (prosecution office), a theme poorly explored by the law courses and Brazilian literature. In order to investigate the procedure of the ostensive police when there is a prison of someone who was caught in flagrant breaking the law in the crimes established by the law of toxic substances, this search assumes a relevant role, since that embraces aspects of criminal prosecution and their development. As a result, this search will dwell on the theme of the Constitution that will guide the production of a quality criminal process, in other words, without procedural irregularity resulting from police arbitrariness, always observing the Constitutional Principles of the Democratic State of Law. With a perspective to review the police's behavioral patterns in the crimes inserted in the Law 11.343/2006, the literary search will power relative aspects about the rules on the adducing of evidence in the criminal process, as well as their packaging for the public agents and the fragility of the custody chain about proofs in Brazil. To this end, it is necessary to go to the comparative law research, like the behavioral patterns of the Latin American's police and their similarities, as well as custody chain about proofs and the level of reliability. In addition, the analysis about the external control of the ostensive police practice on the crimes inserted in the Law of Toxic Substances will pass for the judgment relative to the use of full legalities in whom are the society and the democratic institutions through the excuse, at all costs, in the reduction of crime and in the demonstration of uncontrolled prisons, giving rise to the criminal process spectacularization. From a legal point of view, this work intends to analyse the control and the procedure of the police actions, from the personal search to the house search, with and without the assent of the resident, searching, so to speak, to find parameters about the police actions limitation. Finally, it is necessary to investigate the existence about the friendly relations between the Military Police and Ministério Público (prosecution office), in order to verify if there is tolerance from the "Parquet" (prosecution office) to the police unlawful actions in order to get success from the punitive ability of the State, since that, according to constitutional rules, (article, 129, VII, Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988), it is duty of the Ministério Público the external control and fiscalization of the police activities.

**Keywords:** External Control about the Police Activities. Prosecution Office. Law of Toxic Substances. Arrest in Flagrant. Democratic State of Law. Fundamental Rights. Legality.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DA POLÍCIA AO LONGO DA HISTÓRIA NO BRASIL .....</b>	<b>8</b>
2.1 Chegada da família real ao Brasil e a repercussão no modelo policial.....	10
2.2 O reflexo da Independência do Brasil no modelo policial .....	10
2.3 O arvorecer da República e o aparato policial .....	11
2.4 O modelo policial no período pós 1930.....	11
2.5 Organização da Polícia Militar no período da ditadura militar de 1964 .....	12
2.6 A redemocratização e a preservação do caráter militar às polícias estaduais.....	13
<b>3. A DISCRICIONARIEDADE POLICIAL COMO PADRÃO INSTITUCIONALIZADO NO BRASIL .....</b>	<b>14</b>
3.1 A militarização policial como fenômeno sociológico de cultura da arbitrariedade ..	15
3.2 Breve histórico dos modelos constitucionais justificadores do autoritarismo policial e seus reflexos no cenário atual.....	16
<b>4. O CONTROLE INTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL.....</b>	<b>17</b>
<b>5. O CONTROLE EXTERNO DAS AÇÕES DE POLÍCIA OSTENSIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....</b>	<b>20</b>
5.1 O Ministério Público como órgão fiscalizador da atividade policial – Legislação de Regência .....	21
5.2 Espécies de controle externo da atividade policial .....	23
<b>6. PRISÕES EM FLAGRANTE NO CONTEXTO DA LEI 11.343/06.....</b>	<b>24</b>
6.1 Polícia e o ciclo vicioso do mundo do tráfico.....	25
6.2 A polêmica “fundada suspeita” e a legalidade das restrições momentâneas de liberdade .....	26
6.3 Procedimentalização do flagrante pela polícia ostensiva no contexto do delito de uso e consumo de drogas .....	29
6.4 Procedimentalização do flagrante pela polícia ostensiva no contexto do delito de tráfico de drogas .....	31
6.5 A delação apócrifa e a necessidade de controle pelo Ministério Público no contexto do tráfico de drogas.....	36
<b>7. A PRODUÇÃO DE PROVA NO CONTEXTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS .....</b>	<b>37</b>
7.1 A cadeia de custódia da prova no Brasil .....	39
<b>8. A INEXISTÊNCIA DE LEI DE ATUAÇÃO POLICIAL NO BRASIL .....</b>	<b>41</b>
<b>9. A RELAÇÃO AMISTOSA ENTRE POLÍCIA E MINISTÉRIO PÚBLICO .....</b>	<b>42</b>
<b>10. CONCLUSÃO .....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>46</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é o resultado da íntima relação proveniente das atuações de polícia ostensiva frente aos delitos contidos na Lei 11.343/2006 e o permanente incômodo gerado pela precariedade na procedimentalização das prisões em flagrante nesses tipos de delitos. A atuação de polícia ostensiva preventiva é, pelo menos no mundo fático, predominantemente discricionária. Embora sob a égide do Princípio da Legalidade, trata-se de uma atividade à parte dos controles jurisdicionais, visto que a atuação policial é justificada em si mesma, ou seja, os meios de controle e limitação dos agentes públicos policiais consubstanciam-se basicamente em controle interno, por intermédio das corregedorias de polícia, o que nem sempre é suficiente para desestimular os maus policiais do cometimento de irregularidades no âmbito da profissão. A discricionariedade da atuação policial contribui e muito para a superlotação dos presídios, uma vez que são executadas desmedidas prisões, especialmente em delitos como o tráfico de drogas. Trata-se de um delito em que facilmente o Estado consegue executar seu poder punitivo, já que o Brasil é extremamente atrasado no que diz respeito ao desencadeamento da cadeia de custódia da prova. As polícias brasileira não possuem procedimentos confiáveis de armazenamento de materiais apreendidos, e sequer o Estado contribui para uma produção qualitativa e robusta de provas. Em países desenvolvidos, ao contrário, o material apreendido em poder de um suspeito possui numeração e acondicionamento rigorosamente controlados, já que a boa preservação e confiabilidade da prova é o atestado de que o Estado possui respeito aos princípios constitucionais, e, dessa forma, não permite que a violação desses princípios sejam a regra do sistema.

O nível de confiança para com os órgãos policiais é fator diretamente proporcional à estrita obediência das normas fundamentais, notadamente em face do princípio da presunção da inocência. Assim, não se pode admitir que a ausência de fiscalização jurisdicional contribua para um terreno fértil em produção de provas ilícitas. Em verdade, a regra é que maus policiais constituam minoria do sistema, no entanto estes maculam a imagem e credibilidade de toda uma instituição quando, por exemplo, iniciam a persecução penal lastreada em ilicitude, seja por violar direitos fundamentais, seja por querer, a qualquer custo, fomentar a ideia de que a prisão prevalece sobre a liberdade, formando, assim, uma geração cultural de Estado Policial na busca incessante e permanente pela manutenção da autoridade.

Ao contrário do que imaginam os agentes públicos de repressão, ao propiciar desmedidas prisões e, a qualquer custo, iniciar a persecução penal lastreada em provas ilícitas, acaba-se, na verdade, criando um ciclo vicioso e incontornável de sensação de impunidade.

Abre-se então inúmeros pedidos de relaxamento de prisão, e, por via de consequência, diminui-se o nível de credibilidade das instituições policiais. Até mesmo no âmbito interno, ao se discutir a crescente impunidade no âmbito criminal, há um equivocado esquecimento sobre as possíveis causas de tal fenômeno, que, por assim dizer, em muito se deve aos maus serviços prestados quando da produção ilícita de provas, ou mesmo pela prisão lastreada em violações a direitos fundamentais.

Como resultado do Estado Democrático de Direito, consubstanciado nas fiscalizações recíprocas das instituições democráticas, o presente trabalho alimenta a necessária fiscalização dos procedimentos realizados pelas polícias ostensivas do Brasil, notadamente pelo Ministério Público por via de mandamento constitucional. Dessa forma, pretende-se, ao aprimorar o controle externo da atividade policial, evitar cerceamento de direitos fundamentais e conferir maior transparência nas ações policiais. Para esse fim, é de extrema relevância a possibilidade de que todas as notícias de crime passem pelo crivo do *parquet*, pois, sendo o detentor do dever de promover a ação penal, configura-se como de seu interesse que a denúncia seja qualificada de modo a não permitir violações a direitos fundamentais.

Por fim, a análise procedimental da atuação policial no presente trabalho, em síntese, passará pela busca pessoal e domiciliar, pela fundada suspeita, pela fragilidade da cadeia de custódia da prova e a precariedade de seu acondicionamento, e, ainda, pelo nível de confiança das polícias brasileiras no que diz respeito à produção de provas e o aumento da impunidade estatal frente às massivas prisões ilegais resultantes do delito de tráfico de drogas.

A metodologia aplicada consubstancia-se pela abordagem teórico-empírica, porquanto alia teoria à prática. A pesquisa é qualitativa, em razão de aspectos específicos e pormenorizados decorrentes do fenômeno da atividade policial. É, por outro lado, descritiva quanto aos objetivos, em face da intimidade na área de atuação e a proposta de descrição da realidade policial. A pesquisa bibliográfica foi também objeto de construção do presente trabalho, tais como a utilização de tese de doutorado, doutrinas, documentário, leis e jurisprudências de Tribunais Superiores que norteiam o assunto.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DA POLÍCIA AO LONGO DA HISTÓRIA NO BRASIL**

Muitos são os questionamentos sobre o modelo policial brasileiro e a opção pelo militarismo como essência da atividade. A influência parte de países europeus, como França e

Portugal. Um dos primeiros modelos policiais organizados na Europa-continental é o francês, que influenciou Portugal e, por via de consequência, o Brasil. Nas palavras de Galtieno da Cruz Paulino (2016, p. 223):

No Brasil, a história da polícia confunde-se, de certa forma, com a história do militarismo, ante a vinculação inicialmente existente com as forças armadas. Além disso, a função judicante e a função policial encontravam-se centradas em um único órgão, passando a se desvincular ao longo dos anos, dando ensejo a duas esferas policiais, uma de caráter militar e outra de cunho cível.

Inicialmente, no período colonial, a função da polícia era a de garantir a proteção das terras recém conquistadas, por intermédio do policiamento voltado a prevenção contra ataques indígenas, movimentos revolucionários e inferências externas. Segundo a história, grupos armados eram formados basicamente por negros, índios e mestiços, e possuíam como chefes pessoas de mesma categoria, ou seja, para o pensamento da época, tratava-se de atividade desprestigiada em razão da ausência de brancos nos grupos militares. Os Henriques constituíram o primeiro grupo militar formado no estado de Pernambuco entre os anos de 1630 a 1654 (2016, p. 224).

Após o referido conflito, os Henriques foram alocados como força auxiliar da estrutura militar colonial, passando a ser um embrião da força policial, mesmo sem possuir características típicas de polícia.

Outro registro histórico diz respeito aos Quadrilheiros, que mais tarde ficaram conhecidos por capitães do mato, os quais tiveram seu nascimento no Rio de Janeiro, no ano de 1626. Também se constituíam por pessoas pobres livres e asseguravam a integridade patrimonial das famílias mais ricas da sociedade. Havia ainda os capitães do mato mais primitivos, isto é, que precediam aos quadrilheiros e eram responsáveis pela captura de escravos fugitivos.

Segundo a Associação Nacional de Procuradores da República – ANPR (2016, p. 225), havia ainda outra origem histórica que seria a gênese da polícia no Brasil, ou seja, os Almotacés, na época das capitânicas hereditárias. Segundo o autor, seria então a primeira manifestação de autoridade policial no Brasil. Havia ainda o alcaide-pequeno, quadrilheiro, meirinhos etc., todos responsáveis pela segurança interna do Brasil.

No entanto, tais forças se mostraram insuficientes na proteção territorial contra ataques externos, ocasião em que surgem as Companhias de Ordenanças, as quais, juntamente com os alferes, sargentos e cabos, defendiam a colônia contra ataques internos e externos.

Posteriormente, surgem as Companhias dos Dragões, forças que acumulavam em si as funções de polícia e judiciário, e eram subordinadas aos Governadores-Gerais. Segundo Medevit, (2000) apud ANPR, (2016, p. 226):

Nesse período, as forças de manutenção da ordem pública, que acumulavam as funções judicantes e de polícia, eram vinculadas aos Governadores-Gerais, situação que perdurou até 1712, ano em que D. João V desvinculou o judiciário dos Governadores-Gerais. O judiciário ficou responsável pela apuração dos delitos; já o braço armado da colônia, responsável pelo estabelecimento da ordem, continuou atrelado aos governadores.

Diante desse contexto inicial, não fica difícil entender a organização policial como polícia essencialmente de governo, de caráter militarizado, aliada aos anseios do Governador de Estado e pronta para agir na preservação da ordem como verdadeiro braço armado do Estado.

## **2.1 Chegada da família real ao Brasil e a repercussão no modelo policial**

Diante da chegada da família real ao Brasil, em 1808, Dom João VI cria, por influência do modelo Português, a Intendência-Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil e a Divisão Militar da Guarda Real da Polícia, que ficou conhecida esta última, como sendo o ato de criação da atual Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.

O dia 13 de maio de 1809, data de criação da Divisão Militar, é comemorada até hoje pela Polícia Militar do Rio de Janeiro como o momento de sua instituição. Tanto que o seu brasão de armas contém uma coroa e as siglas GRP, em referência à Guarda Real de Polícia. (ANPR, 2016, p. 228).

## **2.2 O reflexo da Independência do Brasil no modelo policial**

Com a independência do Brasil e o conseqüente rompimento com Portugal, em 1831 surgem, no contexto pós Constituição de 1824, a Guarda Nacional e os Corpos de Guarda Municipal Permanente, que hoje seria a Polícia Militar do Estado de São Paulo. Por intermédio da promulgação do primeiro Código de Processo Criminal, em 1832, há então a descentralização das polícias. Em 1842 houve a divisão das polícias entre administrativas e judiciárias, por via do Decreto n.º 120.

O Corpo de Guardas Municipais Permanente, proposto pelo Presidente da Província de São Paulo na época, Brigadeiro Tobias de Aguiar, deu origem à Polícia Militar do Estado de São Paulo. (ANPR, 2016, p. 230).

A título de conhecimento, não por acaso a força especial da polícia paulista denominada “ROTA” carrega entre as abreviações o nome do referido Brigadeiro Tobias de Aguiar, sendo então conhecida por “Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar”.

### **2.3 O arvorecer da República e o aparato policial**

Com o arvorecer da República, as províncias se constituem em Estados-Membros, tomando contornos de Federação. As forças policiais tomam contornos regionais, a exemplo da Força Pública de São Paulo, a qual sofreu grande influência francesa e que, inclusive, tal denominação, “Força Pública”, constava na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A força policial de São Paulo sofreu grande influência francesa, inclusive na denominação “Força Pública”, constante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A disciplina militar francesa foi propalada quando da contratação da Missão Militar Francesa pelo governo paulista, liderada pelo tenente-coronel Paul Balagny, comandante do 103. Regimento de Artilharia do Exército Francês. Essa estrutura de segurança em muito se distanciou do que se entende por polícia, manifestando-se, em verdade, como uma força local em face dos excessos da União. (ANPR, 2016, p. 231-232).

Nos demais Estados, como Minas Gerais e Rio Grande do Sul, foram também se criando Forças Públicas e as Guardas Cíveis, a qual, esta última, muito se assemelha à Polícia Civil nos moldes de hoje.

### **2.4 O modelo policial no período pós 1930**

Com a Revolução de 1930, a autonomia dos Estados é drasticamente reduzida, resultando na unificação do Código de Processo Penal, que antes era constituído por cada Estado-Membro. No documentário de Luiz Philippe de Orleans e Bragança<sup>1</sup>, o autor demonstra a oportunidade perdida que teve o Brasil em descentralizar a atuação política e conferir aos Estados autonomia semelhante ao que hoje se vê nos Estados Unidos da América. No entanto, ao invés disso, as oligarquias brasileiras sempre envidaram esforços para que o Brasil se constituísse como Estado Unitário, assumindo um caráter centralizador das políticas públicas. De fato, conferir autonomia aos Estados-Membros significaria regionalizar a política conforme suas realidades locais, o que, além de melhorar sobremaneira a eficiência dos serviços prestados, conhecer-se-ia de perto os anseios sociais. A unificação do Código de

<sup>1</sup> É o que denota a essência do documentário: “Redefinindo o Brasil: entendendo os erros para começar a corrigir”, de autoria de Luiz Philippe de Orleans e Bragança. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=f-mxh7pjc3k&t=1498s>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

Processo Penal foi inclusive chancelada pela Constituição de 1934, que atribuía competência exclusiva à União para legislar sobre Direito Criminal.

Com a Revolução de 1930, o caráter autônomo dos Estados-Membros é reduzido de maneira considerável, o que influenciou consideravelmente na estrutura policial, ante o fato de ter ocorrido uma nova unificação do Código de Processo Penal. Essa unificação foi consagrada na Constituição Federal de 1934, ao estabelecer que competia exclusivamente à União legislar sobre direito processual. A polícia sai da esfera do Poder Judiciário e migra para o Poder Executivo, consolidando-se a figura da polícia civil. Contudo, mantém-se no âmbito estadual e divisão entre Polícia Civil e Polícia Militar (estrutura de acordo com a hierarquia e a disciplina). (ANPR, 2016, p. 233)

Na mesma época, a Constituição de 1934 configura a polícia militar como sendo força auxiliar e reserva do exército brasileiro, consolidando de vez seu caráter militar, tal como disposto Juno ao art. 167 da referida Carta Política: “As polícias militares são consideradas reservas do Exército, e gozarão das mesmas vantagens a este atribuídas, quando mobilizadas ou a serviço da União.” (BRASIL, 1934).

Ainda hoje, na própria Constituição da República de 1988, herda-se o caráter de reserva do exército às forças auxiliares dos estados, consoante dispõe o art. 144, § 6º da Carta Maior (BRASIL, 1988).

Com a Constituição de 1937, sob a égide do Estado Novo de Getúlio Vargas, a organização das polícias era de competência exclusiva da União. Nesse contexto, surge a Polícia Federal como órgão que, inicialmente, fora designada como Polícia Civil do Distrito Federal, à época no Estado do Rio de Janeiro, mas que posteriormente tivera sua designação alterada para Departamento Federal de Segurança Pública, em razão do Decreto-Lei 6378 de 1944. Com o advento da Constituição de 1967, o órgão passa então à nomenclatura de Departamento de Polícia Federal.

## **2.5 Organização da Polícia Militar no período da ditadura militar de 1964**

Neste período, é possível claramente vislumbrar a delimitação das atividades entre as duas polícias, civil e militar. Surge, então, em 1956, o cargo de Delegado de Polícia, e iniciam-se as carreiras de polícia eminentemente civil. Por outro lado, a Polícia Militar se aperfeiçoa e se fortalece à medida em que se aproxima cada vez mais do exército brasileiro.

Outrossim, além de os comandos da Polícia Militar ser de atribuição exclusiva de oficiais do Exército, tornou-se privativo desses oficiais o cargo de Secretário de Segurança Pública, o que reforçou ainda mais a militarização das forças policiais, enfraquecendo-se as polícias civis. A Constituição de 1967 manteve a previsão de que a polícia militar tem a incumbência de manter a ordem e a segurança interna nos Estados, constituindo forças auxiliares e reservas do Exército. (ANPR, 2016, p. 235).

Ao mesmo tempo em que a Polícia Militar se fortalecia mediante aproximação com o exército brasileiro, a Polícia Civil era progressivamente extinta e seus membros incorporados às forças militares estaduais, notadamente em 1969, sob a égide do governo do general Emílio Garrastazu Médici, e com a edição do Decreto-Lei n. 1072 de 1969. Neste momento, acaba a divisão entre polícia civil e militar, ocasião em que essa última se torna a protagonista no contexto da segurança pública. Vale lembrar que, devido ao período ser marcado por resistência e manifestações, a Polícia Militar, por sua própria característica repressora, acabou por servir convenientemente como o braço armado do governo na contenção dos resistentes e manifestantes.

Em 1983, momento que antecedeu a redemocratização, foi aprovado o Decreto n. 88.777 de 1983, que estabelecia o regulamento das polícias militares e dos corpos de bombeiros, em consonância com o Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto-Lei 667 de 1969). (ANPR, 2016, p. 236).

Como se verifica no fragmento, assume de vez a estrutura militar as polícias militares e os corpos de bombeiros militares na medida em que seus regimentos internos constituíam-se como base de hierarquia e disciplina os mesmos padrões utilizados pelo exército brasileiro.

## **2.6 A redemocratização e a preservação do caráter militar às policias estaduais**

Com a redemocratização e a conseqüente promulgação da Constituição de 1988, preservou-se a hierarquia e a disciplina militar como sendo as principais características das polícias militares estaduais. Além disso, consolidou-se de vez o caráter de força auxiliar e reserva do exército brasileiro, demonstrando, assim, que o Brasil sempre teve romantismo e apreço pelo militarismo. A delimitação das atividades policiais foram definitivamente capituladas no art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Portanto, ao fim tem-se a constituição de duas polícias, uma civil e outra militar, sendo aquela destinada a ser uma agência de auxílio ao Poder Judiciário, incumbindo a ela, precipuamente, o encargo de apurações de delitos e buscas por autoria e materialidade através da investigação. Por outro lado, essa última, voltada à ostensividade como forma de prevenção de delitos de qualquer natureza, por via do policiamento urbano fardado, com recursos táticos e veículos cuja visibilidade possibilite, de imediato, a detecção da presença do Estado através de seus agentes de segurança pública.

Percebe-se em toda a desenvoltura cronológica da história policial no Brasil, a incontestável influência francesa no que se refere à escolha do caráter militar como base e critério de existência das polícias estaduais brasileira.

Mesmo com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual elegeu como paradigma o Estado Democrático de Direito, subsistiu o modelo militarizado de polícia como aquele responsável por assegurar as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo. Evidentemente, a história denota a inconsistência e incompatibilidade desse modelo com as liberdades fundamentais, todavia, isso não foi suficiente para que a Assembleia Nacional Constituinte propusesse um modelo mais humanitário e condizente com as garantias propensas a romper, definitivamente, com o regime anterior vigente. Não por acaso, há grande repúdio e combate à questionamentos e manifestações de pensamentos por parte da polícia, que muitas vezes se transformam em tipos penais abertos e indeterminados como o desacato, a desobediência e a resistência, ambos frutos do Estado Novo de Getúlio Vargas, e, conseqüentemente, de influência do fascismo italiano de Mussolini.

Entretanto, em que pese o romantismo brasileiro pela centralização política e pela militarização, há inúmeros movimentos que emergem e que dão um ar de esperança e renovação de pensamento, a exemplo do ciclo completo de polícia, uma ideia que muito se aproxima do que se propôs a Constituição da República de 1988.

### **3 A DISCRICIONARIEDADE POLICIAL COMO PADRÃO INSTITUCIONALIZADO NO BRASIL**

Para iniciar a discussão acerca da necessidade do controle externo da atividade policial no Brasil, necessário se faz demonstrar a procedimentalização pelas quais os agentes policiais adotam na busca pela legitimidade de suas condutas. No cenário atual, ao verificar-se a necessidade de realização de busca pessoal, a medida é realizada tomando como ponto de partida parâmetros de oportunidade e conveniência, o que descreve a inegável discricionariedade do procedimento na atuação policial. O espectro de pensamento do agente público, em suas mais variadas complexidades e com matriz fundamentalmente subjetiva, é suficiente para garantir a legitimidade da medida. É dizer, hodiernamente, ao se deparar com um ou vários sujeitos em via pública, cada um terá tratamento diferenciado a depender de qual policial está a cruzar o seu caminho.

No âmbito policial, os espaços abertos de discricionariedade são constitucionalmente limitados pela exigência de regulamentação legal das medidas restritivas de direitos fundamentais de uso admissíveis pela Polícia, conforme previsto no art. 144, § 7º da CRFB/1988. Isso significa que tanto as medidas investigativas (como a prisão em flagrante, buscas domiciliares, revistas pessoais, controles de identificação, interceptações telefônicas), as

medidas de manutenção da ordem em geral (como as limitações de trânsito em locais públicos, ordem para dissipar as pessoas de um local, ordem de parada de veículos etc.), bem como suas medidas instrumentais (o uso da força para superar a resistência ilegal), devem estar todas previstas em lei, com disciplina de seus pressupostos, das consequências jurídicas e do procedimento de controle. Ainda que haja discricionariedade na análise dos critérios de autonomia técnica e tática de execução das referidas diligências policiais, deve haver uma densidade mínima dos pressupostos das diligências, o conteúdo admissível da diligência (consequências jurídicas) e das normas procedimentais de controle, sob pena de ilegitimidade constitucional de uma norma autorizativa de uma diligência policial inteiramente aberta. (ÁVILA, 2014, p. 326).

### **3.1 A militarização policial como fenômeno sociológico de cultura da arbitrariedade**

Nas instituições policiais brasileiras, especialmente quando se está a tratar da Polícia Militar dos Estados, prevalece nessas instituições padrões de conduta ligados intimamente à hierarquia e disciplina militar. Tais características se mostram favoráveis somente até certo ponto, pois, nos treinamentos militares destinados à formação desses servidores, há violações constantes de direitos fundamentais em detrimento dos próprios egressos desse sistema. Ou seja, ao realizar a matrícula, e, a partir deste ato, declarar-se oficialmente seu ingresso nas instituições, o aluno militar é objeto de constantes cenários cuja finalidade é retirar dele as características de pessoa civil que o permeiam a fim de nele inserir sua segunda pele, que agora se revela pela vestimenta estatal.

As técnicas militares são até compreensíveis do ponto de vista de proteção contra ataques externos, mas se mostram incompatíveis com o Estado Democrático de Direito e a necessária consubstanciação no respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Expor o recente egresso aluno, agora na condição de militar, à situações vexatórias e degradantes, submetendo-o à diversos xingamentos e constantes desrespeitos aos direitos individuais, na verdade, mostra-se como um caminho inverso ao que se propôs a Constituição Federal de 1988.

A interiorização da subcultura policial inicia-se com o recrutamento dos novos policiais; durante sua formação, eles são ensinados pelos policiais antigos a agir à maneira antiga, e assim serem socialmente aceitos na nova organização. Ainda que recebam na Academia de Polícia um treinamento formal e legalista, ao chegarem à atuação de rua os novatos são confrontados com os colegas mais antigos e com uma realidade dramática, que, segundo Armacost, tende a afirmar para que esqueçam o que aprenderam na academia pois agora irão aprender como é a vida de verdade nas ruas. O aspecto predominantemente prático da atividade policial facilita que o novato aceite com relativa naturalidade os procedimentos padrão que lhe são ensinados na rua como os métodos ordinários de trabalho. Esses métodos podem ter tanto um professor informal (normalmente um policial mais

antigo), a tradição oral, a experiência pessoal a longo prazo, e ou ainda a submissão a ambientes emergenciais que demandam aprendizado imediato de ações policiais. Com o passar do tempo, um policial tende a pensar como outros policiais. (ÁVILA, 2014, p. 67).

É necessário iniciar o presente trabalho com um toque de realidade pretendo a desmistificar paradigmas de que o treinamento policial militar está em consonância com as diretrizes constitucionais. Não se pode exigir um comportamento cordial daquele sobre o qual foi introduzido o ideal militar de combate ao inimigo. O policial militar deve, antes de tudo, ser um garantidor dos direitos e garantias fundamentais. A defesa pela reestruturação dos órgãos policiais precede o enfoque sobre o qual este trabalho está prestes a tratar, pois, em que pese todo o período de recessão vivenciado nos “anos de chumbo”, o Poder Constituinte Originário se mostrou ainda contaminado pela ditadura militar na medida em que não se desvinculou totalmente do modelo policial antes vigente.

### **3.2 Breve histórico dos modelos constitucionais justificadores do autoritarismo policial e seus reflexos no cenário atual**

Para corrigir essa anomalia, faz-se necessária uma reestruturação do sistema de persecução criminal no âmbito das polícias brasileiras. Aliás, ainda mais decisivo seria a reestruturação do pacto federativo com vistas à criação de polícias municipais, estaduais, distritais e federais, todas elas, por certo, desprovidas de militarização. O sucesso do federalismo norte-americano muito se deve à efetiva autonomia dada aos Estados e Municípios. No Brasil, ao contrário, a história mostra sua opção pelo Estado Unitário travestido de federalismo<sup>2</sup>. Na Constituição de 1824, por exemplo, tinha-se um modelo altamente centralizador de poder, que permitia ao monarca intervir fortemente na esfera de atuação dos demais poderes, a esse respeito, Nathalia Masson (2018, p. 67):

[...] Outro traço que individualiza a Constituição de 1824 foi a adoção da forma de Estado unitária, na qual o país era fracionado em províncias, desprovidas de poder político próprio, em razão da típica centralização político-administrativa dos estados que adotam esse modelo. Para muitos, no entanto, foi justamente essa particularidade do nosso estado monárquico que impediu a fragmentação de nosso território.

---

<sup>2</sup> É o que denota a essência do documentário: “Redefinindo o Brasil: entendendo os erros para começar a corrigir”, de autoria de Luiz Philippe de Orleans e Bragança. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=f-mxh7pjc3k&t=1498s>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

As Constituições seguintes, como a Polaca, de 1937, persistiram igualmente no modelo autoritário e centralizador, e, como de costume, a Polícia Militar foi utilizada como braço estatal para que Getúlio Vargas conseguisse instituir o Estado Novo, como explica Nathalia Masson (2018, p. 70)

Após as tropas da polícia militar cercarem o Congresso, impedindo o ingresso dos parlamentares às Casas Legislativas, foi anunciada numa nova fase política e a entrada em vigor de uma outra Constituição, instituidora do Estado Novo.

Em 31 de Março de 1964 foi instituída a ditadura militar no Brasil, dando ensejo à Constituição de 1967, outorgada e pretensa a conferir roupagem democrática ao golpe militar. Novamente a autonomia dos Estados-membros foi reduzida, e, por consequência, gerou-se o enfraquecimento da Federação e a idolatrada centralização política mais uma vez.

Assim, em que pese a exposição de apenas alguns modelos constitucionais com reduzido detalhamento, mostram-se tais exemplos suficientes para se fazer entender o porquê de viger no País o modelo militarizado de polícia. Há diversos outros aspectos interligados na história brasileira, como lembra Thiago Ávila (2014), em sede de invasão portuguesa, dos guardas e guerrilheiros conhecidos por “capitães do mato”, ou seja, homens negros libertos que exerciam a função de policiar os escravos negros a fim de evitar fugas. (ÁVILA, 2014, p.34).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esperava-se um modelo policial destinado a conferir aos cidadãos as garantias fundamentais que a Carta pretendeu oferecer. Não obstante as academias de polícia possuírem na grade curricular disciplinas que vinculem a ação policial à estrita legalidade, essa realidade se contrapõe aos pátios dos quartéis, que se destinam, na maior parte do tempo, na aprendizagem de articulações militares e atividades físicas exaustivas, as quais, por vezes, vem acompanhadas de xingamentos que degradam a honra pessoal dos discentes e os colocam em posição de antagonismo com o que lhe são ensinados nas salas de aula.

#### **4 O CONTROLE INTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL**

Antes de se debruçar sobre o controle externo da atividade policial, é necessário entender os mecanismos de controle interno da atividade policial, consubstanciado por intermédio do poder hierárquico e disciplinar, conteúdo essencialmente alocado no Direito Administrativo.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 69), “hierarquia é o escalonamento no plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa”. Assim, trata-se de fenômeno que se manifesta exclusivamente em uma mesma pessoa jurídica, portanto controle interno dos atos administrativos. Entre os órgãos da Administração Direta e Indireta há uma vinculação destinada a controlar os atos administrativos. Não se trata propriamente de subordinação, mas de uma tutela administrativa destinada ao controle dos atos da administração.

Para melhor entender o assunto, há dois institutos no direito pátrio que se prestam a controlar os atos administrativos como forma de manifestação do controle interno, quais sejam, a Avocação e a Delegação, previstas nos artigos 11 e seguintes da Lei 9784/99. Há também no âmbito do Direito Administrativo os poderes hierárquico<sup>3</sup> e correicional ou disciplinar<sup>4</sup>. Diversas são suas manifestações no âmbito do ordenamento pátrio<sup>5</sup>.

No âmbito das polícias militares, há um número imenso de punições disciplinares em razão da hierarquia militarizada pela qual se conformam essas instituições. Trata-se de um modelo perverso que potencializa a arbitrariedade daqueles sujeitos que carregam dentro de si um ideal cuja punição precede à própria presunção de inocência. Nas instituições militarizadas, há um conceito consistente na prática de se punir um indivíduo para que determinado ato sirva de exemplo aos demais, desestimulando-os do cometimento de desvios funcionais. Em que pese tal fator trazer consigo certa finalidade, que, ao fim e ao cabo, de fato acabará desestimulando seus pares de cometer certas infrações, isso se dá, no mais das vezes, com violação ao Princípio da Presunção da Inocência, isto é, na dúvida, a punição se mostra

---

<sup>3</sup> A fim de exemplificar as configurações dos órgãos do poder executivo, tem-se, como chefes máximos na cadeia hierárquica, na Polícia Federal, o Superintendente Regional da Polícia Federal, assim como, na Polícia Civil há a figura do Delegado Geral da polícia civil e, no âmbito da Polícia Militar, o Comandante de Batalhão. Tais agentes públicos são engrenagens necessárias para se fazer funcionar o poder hierárquico nas instituições. Em sede de legislação processual penal, tem-se, como exemplificação do poder hierárquico, o teor do art. 5º, § 2º do Código de Processo Penal, o qual dispõe que “Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito, caberá recurso para o chefe de polícia”. (BRASIL, 1941).

<sup>4</sup> Com efeito, é o poder de aplicar sanções e penalidades, apurando infrações dos servidores ou outros que são submetidos à disciplina da Administração, ou seja, a todos aqueles que tenham vínculo de natureza especial com o Estado, como é o exemplo daqueles particulares que celebraram contratos com o Poder Público. A função deste poder é sempre aprimorar a prestação do serviço público punindo a malversação do dinheiro público ou atuação em desconformidade com a lei. (Carvalho, 2018).

<sup>5</sup> Lei 12.830/13, a qual dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. A referida lei, em seu art. 2º, § 4º, assevera que “O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivos de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação”. (BRASIL, 2013).

como verdadeira arma de manutenção da autoridade e reafirmação da hierarquia militar, mesmo que isso custe o sacrifício de um direito fundamental.

A manutenção da autoridade é iniciada nos pátios dos quartéis e representam o retrato do comportamento policial nas zonas urbanas, especialmente nas periferias, onde o questionamento é sempre visto como uma afronta ao poder, e, conseqüentemente, ao Estado. Thiago Ávila (2014), em crítica ao relativo conceito de manutenção da autoridade, destaca sua manifestação nas camadas sociais.

Um dos valores centrais da cultura policial é a manutenção da autoridade. Em áreas socialmente degradadas, questionar a autoridade é representado como colocar-se numa posição de possível agressão, é tornar-se uma possível fonte de perigo ao policial, e esse perigo pode ser letal. Assim, o questionamento da autoridade é visto como ofensa grave aos valores da cultura policial. (ÁVILA, 2014, p. 71).

Em sede de atividades correicionais, as corregedorias de polícia atuam com vistas à prevenção e punição de infrações disciplinares militares, instaurando procedimentos administrativos dos mais diversos, a depender da gravidade da infração e dos indícios de autoria e materialidade. Trata-se de um sistema interno às forças de segurança capaz de promover a prevenção de atos como o abuso de autoridade, a corrupção, a improbidade administrativa, crimes contra o patrimônio e outras infrações cujo cometimento é facilitado devido à natureza do cargo e o poder de polícia.

Além da perspectiva macro de prestação de contas da instituição como um todo, de suas políticas de segurança pública e da forma de gestão institucional, há outra perspectiva da necessidade de prestação de contas: cada um dos policiais que exercem o poder estatal devem prestar contas concretamente da legalidade de tal uso. Os poderes conferidos à Polícia, no paradigma do Estado de Direito, não são uma carta em branco de poder, mas estão limitados pela legalidade, pelo paradigma de respeito aos direitos fundamentais, e devem estar submetidos a um regime de controle constante. Assim, o paradigma da transparência impõe a estruturação de uma sequência de controles internos, destinados a evitar que não haja “espaços de sombras” para eventuais arbitrariedades. (ÁVILA, 2014, p.392).

Assim, as ações policiais ostensivas devem guardar congruência com a estrita legalidade. Trata-se, pois, da melhor maneira de se distinguir os bons dos maus policiais, haja vista a incompatibilidade de ações arbitrárias e desmedidas, que sequer encontram guarida Constitucional.

Mecanismos internos de incentivo ao policial devem ser sempre fomentados, especialmente a recompensa pelos bons serviços prestados, atentando-se, sempre, para a mais estrita legalidade das ações. Por outro lado, o Estado deve reformular sua política de contabilidade criminal, atentando-se, primordialmente, à realidade. É dizer, o paradigma do

Estado Democrático de Direito pressupõe transparência das ações dos atos da Administração Pública, buscando sempre, como finalidade, a Eficiência.

Assim, por mandamento constitucional<sup>6</sup>, é dever da Administração Pública nortear a conduta estatal através de uma eficiência íntegra e proba, isto é, incompatível com falseamento de informações ou admissão de arbitrariedades. O Estado possui, quase que como um imperativo categórico<sup>7</sup>, a obrigação de fornecer aos administrados dados e serviços confiáveis que retratem a verdadeira realidade dos índices criminais e das ações de seus agentes. O controle interno, aqui consubstanciado nos órgãos de corregedorias, deve envidar esforços no sentido de sempre adequar a conduta típica praticada pelo infrator ao ordenamento jurídico pátrio. Não há margem de discricionariedade quando a norma estabelece estrito limite de atuação ao administrador.

## 5 O CONTROLE EXTERNO DAS AÇÕES DE POLÍCIA OSTENSIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diante da inexpressiva abordagem doutrinária acerca do controle externo da atividade policial, este trabalho começa então a se aproximar de seu núcleo, cada vez mais tangível. É dizer: à medida em que a Constituição Federal se amadurece e se aperfeiçoa, tal fenômeno se relaciona diretamente com o amadurecimento da democracia enquanto sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

Thiago Ávila (2014), ao dispor sobre *accountability* institucional, traz como exemplo o modelo de polícia anglo-saxão. A perspectiva diz respeito à qualidade do serviço policial associado à prestação de contas desse mesmo serviço perante a população e órgãos locais. Veja-se:

Em países de tradição anglo-saxônica há uma forte tendência de criação de mecanismos de prestação de contas perante as comunidades locais, portanto com forças policiais locais e instituições de fiscalização também locais. Tais processos de prestação de contas no âmbito da atividade policial são denominados de *accountability* policial. (ÁVILA, 2014, p. 380).

<sup>6</sup>A Constituição Federal estabelece em seu art. 37 que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. (BRASIL, 1988)

<sup>7</sup> “Age somente, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal”. Kant E. Fundamentos da metafísica dos costumes. Rio de Janeiro: Ediouro, sd:70-1,79. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/impercat.htm>>. Acesso em: 24 mai. 2019

Nesse sentido, autoridade e prestação de contas devem andar juntas, vez que tratam-se de um fenômeno dialógico através do qual as ações policiais retiram sua legitimidade. A mesma polícia que captura infratores à margem da lei também lhes devem assegurar tratamento digno e em conformidade com os ditames Constitucionais.

A expressão *accountability* é uma expressão polissêmica na língua inglesa, significando uma predisposição em responder aos questionamentos externos, em prestar contas daquilo que foi feito, um Estado de administração eficiente, a submissão a leis externas, bem como a responsabilização pelos eventuais desvios. Ela está ligada ao fato de que a sociedade concedeu ao Estado, na pessoa dos agentes policiais, uma gama variada de poderes de abordar pessoas, usar a força para executar suas diligências e até prender pessoas, mas a Polícia deve prestar conta do exercício concreto desses poderes, que há de ser exercidos nos limites da autorização legal. Autoridade e responsabilidade são duas faces da mesma moeda. (ÁVILA, 2014, p. 380).

A democracia pressupõe prestação de contas de uns órgãos em face de outros pela própria natureza de suas atividades. Como poderia o órgão ministerial oferecer denúncia lastreada em provas ilícitas sem que disso tivesse conhecimento? Há no direito brasileiro<sup>8</sup> vedação expressa quanto à admissibilidade das provas ilícitas, bem como as derivadas das ilícitas. Prova ilícitas, segundo Nestor Távora (2018, p. 624), “são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais”.

O presente trabalho se incumbirá, em capítulo próprio, de analisar detalhadamente a disposição sobre as provas ilícitas e seus reflexos no processo penal. Para tanto, a pretensão dessa pesquisa objetiva investigar a formação de provas quando das atuações em flagrante delito pelas polícias ostensivas encarregadas de prevenção ao crime.

## **5.1 O Ministério Público como órgão fiscalizador da atividade policial – Legislação de Regência**

O Ministério Público, ressalta-se, não é órgão do Poder Judiciário. É o órgão através do qual o Estado procura tutelar o interesse público e a ordem jurídica<sup>9</sup>.

Por ser um órgão independente, livre de especulações e influências políticas, não há outro órgão senão o Ministério Público para executar a tarefa de exercer o controle externo da atividade policial, especialmente das polícias ostensivas, dada a importância da fidedignidade da produção probatória quando de suas atuações nas ruas. Como bases institucionais, o

<sup>8</sup> É o que se depreende do art. 157, *caput*, e parágrafos do Código de Processo Penal.

<sup>9</sup>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. (BRASIL, 1988).

Ministério Público, por força Constitucional, é regido pelos princípios da Unidade, Indivisibilidade e Independência<sup>10</sup>.

O controle externo da atividade policial possui regência no art. 129, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, onde a legislação dispõe ser função institucional do órgão “exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”. Como bem argumenta Nestor Távora (2018, p.204), “este controle nada tem a ver com subordinação hierárquica, e sim como uma forma de fiscalização externa salutar ao desempenho da atividade da polícia judiciária”. Ora, é evidente que o controle externo expresso na Constituição não se reduz à fiscalização da polícia judiciária somente, mas, bem antes disso, se aplica tal controle às polícias ostensivas em razão de sua atuação preventiva e repressiva na busca pela manutenção da ordem pública. A materialidade delitiva passa principalmente pela atuação da polícia ostensiva, em razão da ampla margem de discricionariedade que possui quando da apreensão de objetos e materiais que possam constituir corpo de delito. Segundo Afrânio Silva Jardim (2002, p. 333):

É inerente à ideia de Estado de Direito Democrático um sistema de controle de atividades públicas, seja através da sociedade civil organizada, seja através do chamado controle externo, a ser realizado por órgãos estatais que gozem de alguma independência administrativa.

A Resolução nº 20 do Conselho Nacional do Ministério Público também regulamenta o controle externo da atividade policial, consoante estabelece o art. 1º do referido documento normativo.

Art. 1º Estão sujeitos ao controle externo do Ministério Público, na forma do art. 129, inciso VII, da Constituição Federal, da legislação em vigor e da presente Resolução, os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal. (BRASIL, 2007).

A referida Resolução Normativa teve como escopo a regulamentação do art. 9º da Lei Complementar 75/93 e o art. 80 da Lei 8.625/93, conforme se vê a seguir. Na perspectiva da referida regulamentação, o texto normativo inclui, em todas as menções relativas ao controle externo, a atividade policial militar, não se reduzindo à atividade de polícia judiciária. Em sede de Ministério Público da União, a matéria é tratada no art. 9º da Lei Complementar nº 75 (1993), *verbis*:

---

<sup>10</sup>Art. 127, § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. (BRASIL, 1988).

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

- I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
- II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
- III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
- IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
- V - promover a ação penal por abuso de poder. (BRASIL, 1993).

A Lei nº 8.625 de 1993, a qual institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, estabelece em seu art. 80 que “aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União”. (BRASIL, 1993). Ora, sendo assim, como foi estabelecido no referido dispositivo, caberá aos órgãos ministeriais dos Estados executar o controle externo da atividade no âmbito dos entes em que faz parte.

## **5.2 Espécies de controle externo da atividade policial**

A resposta para quais seriam as espécies de controle externo da atividade policial pode ser encontrada no art. 3º da Resolução nº 20 do Conselho Nacional do Ministério Público:

Art. 3º O controle externo da atividade policial será exercido:

- I - na forma de controle difuso, por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal, quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos;
- II - em sede de controle concentrado, através de membros com atribuições específicas para o controle externo da atividade policial, conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público. Parágrafo único. As atribuições de controle externo concentrado da atividade policial civil ou militar estaduais poderão ser cumuladas entre um órgão ministerial central, de coordenação geral, e diversos órgãos ministeriais locais. (BRASIL, 2007).

Existem, portanto, duas espécies de controle externo, sendo a primeira pelo controle difuso, isto é, todos os órgãos do Ministério Público com atribuição criminal, ao passo que, no controle concentrado, tal atividade é exercida pelos órgãos do Ministério Público com atribuição específica para o controle externo.

Segundo o relatório da Comissão Mollen (1994) apud Ávila (2014, p. 398), sobre o Departamento de Polícia de Nova Iorque:

Se a história prova alguma coisa, tal é que quando a luz da fiscalização externa brilha em um Departamento, ele irá policiar a si mesmo com sucesso. Mas a história também prova que se deixado à sua própria sorte, o Departamento de Polícia irá recair no erro e seus compromissos com a integridade irão erodir. [...] Apenas um órgão efetivamente externo,

trabalhando com o Departamento de Polícia, mas fora de seu controle, pode sustentar o seu compromisso de integridade: de fazer com que o receio da ausência de controles sobre a corrupção seja maior que o receio de ver um escândalo de corrupção.

O relatório permite inferir a existência de corporativismo nas organizações policiais que, a fim de evitar manchar a imagem institucional, acabam por permitir certos desvios de conduta em prol da manutenção de sua moralidade institucional. No entanto, o mundo real exige que profissionais de segurança pública, antes de tudo, tenham a certeza de que suas ações passarão pelo crivo de um órgão externo e imparcial, com autonomia própria e destinado a promover a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

## **6 PRISÕES EM FLAGRANTE NO CONTEXTO DA LEI 11.343/06 (LEI DE DROGAS)**

A Lei 11.343/2006 inaugura o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), além de estabelecer medidas de prevenção e repressão ao uso e tráfico das substâncias ilícitas de forma não autorizada pelo Poder Público. Trata-se de norma penal em branco, vez que, de acordo com o parágrafo único do art. 1º da referida lei, “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. (BRASIL, 2006).

A Lei de Drogas, então, passou a depender da portaria nº 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde, configurando seu status como tipos penais em branco heterogêneos, visto que a lista definidora sobre o que se considera droga está contida em ato normativo do Poder Executivo Federal.

É indispensável analisar quais os tipos penais da Lei 11.343/2006 serão aqui levados em consideração para a análise aprofundada deste trabalho. Para melhor adentrar no procedimento das polícias militares quando da captura dos autores de delitos previstos na referida lei, necessário se faz estudar os delitos que prescrevem as condutas de uso e consumo e também relativas ao tráfico de entorpecentes, o que se verificará a partir do art. 28 da referida lei.

Há situação polêmica na doutrina acerca da ocorrência de flagrante nos crimes permanentes, notadamente no que se refere ao delito de tráfico de drogas nas condutas “ter em depósito e transportar”. Nessa linha de raciocínio, a jurisprudência tem se alinhado no sentido de que havendo ingresso em domicílio, sem mandado judicial e com resultado de apreensão

de drogas, não há que se falar em ilegalidade em razão da situação de flagrante de crime permanente. A exemplo, a jurisprudência:

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA ILÍCITA. 1. Cuidando-se de crime de natureza permanente, a prisão do traficante, em sua residência, durante o período noturno, não constitui prova ilícita. Desnecessidade de prévio mandado de busca e apreensão. 2. HC indeferido. (STF - HC 84772/MG, HABEAS CORPUS, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Julgamento: 19/10/2004, Brasília, 2004).

### **6.1 Polícia e o ciclo vicioso do mundo do tráfico**

Na rotina do policiamento ostensivo, muitas são as ocorrências de prisão envolvendo usuários de substâncias entorpecentes. Trata-se de política criminal adotada no intuito de desestimular as pessoas a consumirem substâncias psicoativas que determinem dependência. As polícias ostensivas, notadamente a polícia militar, atua diretamente mediante prisões de traficantes e usuários e apreensões de diversas quantidades de drogas. O serviço policial militar é valorizado conforme sua conduta seja vista na sociedade como de alta repercussão, visto que, nos dias atuais, as pessoas sobrevivem e anseiam pelo Direito Penal do espetáculo. Assim, não só as mídias, sejam elas sociais ou televisivas, mas também as políticas internas de promoção na carreira desses servidores, pautam-se, essencialmente, pelas ocorrências que transpareçam à mídia e à população uma sensação de segurança decorrente das incontáveis prisões e apreensões.

Internamente às instituições, valorizam-se sobremaneira aqueles profissionais que mais efetuam prisões e apreensões de drogas. No entanto, o tráfico ilícito de entorpecentes gera no mundo do crime um ciclo demasiadamente vicioso, eis que, quando a polícia apreende grande quantidade de substâncias entorpecentes, diversos outros delitos estão para nascer em decorrência da exitosa apreensão. Sabe-se que o tráfico de drogas é responsável pela movimentação de milhões de reais, e que tal atividade ocorre desprovida de impostos, haja vista tratar-se de conduta ilícita. Quando a polícia prende um traficante, e com ele determinada quantia de drogas, surge aí a necessidade de se arrecadar dinheiro para repor e prover diversas despesas que delas decorrem. É dizer, se o traficante sofre grande desfalque em seu estoque de ilícitos, a reposição deste certamente virá por intermédio de crimes como o furto e o roubo. Como estará preso, ordenará que outros o façam, sob pena de sofrer graves ameaças, que por vezes chegam a se concretizar, resultando em delitos ainda piores, como o homicídio. Inobstante toda essa cadeia viciosa resultante do mundo do tráfico, muitos jovens, maiores e menores de idade, são compelidos a realizarem tráfico de drogas a mando do chefe

de determinada “boca<sup>11</sup>”. Há intensas disputas de território que não raras vezes resultam em mortes, já que um quer tomar a boca do outro e, com isso, ampliar suas vendas, conquistando o maior número de clientes possível. A maioria esmagadora de prisões efetuadas pela polícia possui como protagonista a figura do “mula”, ou seja, aquele indivíduo que vende drogas de maneira eventual e não profissional, que não faz da atividade seu meio de vida. Tal conduta caracteriza-se inclusive como causa de diminuição de pena se o agente tiver bons antecedentes, for primário, não se dedicar à atividades criminosas ou fazer parte de organizações criminosas, consoante dispõe o parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Trata-se do que se convencionou chamar de “tráfico privilegiado”, cuja redução de pena é de um sexto a dois terços.

## **6.2 A polêmica “fundada suspeita” e a legalidade das restrições momentâneas de liberdade**

As atividades de policiamento ostensivo comportam inúmeras possibilidades de acionamento da polícia, notadamente em eventos onde há ocorrência de crime. No bojo das atividades policiais, encontram-se eventos de iniciativa da própria polícia, ou seja, que não necessariamente decorrem de acionamento via sistema de comunicações.

As chamadas “abordagens de rotina” se tornaram atividades muito comuns no Brasil, eis que decorrem de vasta discricionariedade e amplo subjetivismo. A incoerência de fiscalização pelo Ministério Público das atividades policiais possibilitou uma banalização do conceito de fundada suspeita. A medida encontra respaldo no § 2º do art. 240 do Código de Processo Penal e no art. 244 do mesmo diploma<sup>12</sup>. (BRASIL, 1940).

O termo “fundada suspeita” é demasiadamente aberto, isto é, não denota situações específicas pelas quais se fundam a intervenção policial nos indivíduos. Há aí uma indiscutível discricionariedade. É uma armadilha contra a sociedade e contra o próprio policial, na medida em que não há situações previamente justificadas aptas a assegurar o cumprimento fiel da lei.

---

<sup>11</sup> Logradouro físico utilizado pelo traficante para a comercialização de drogas. Pode ser uma casa, um lote ou mesmo um comércio de “fachada”, cuja finalidade precípua é a venda de entorpecentes.

<sup>12</sup>Art. 240, § 2.º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver 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. (BRASIL, 1941, p. 29 e 30)

Como o Código de Processo Penal foi elaborado sob a égide do Governo de Getúlio Vargas, notadamente sob influência do fascismo de Mussolini, os conceitos abertos e indeterminados, isto é, normas arbitrárias e com roupagem democrática, são facilmente encontrados no bojo do diploma em questão. Em pleno vigor da Constituição da República de 1988, as polícias ostensivas de prevenção dizem o que é a fundada suspeita, ou seja, basta um relatório contaminado de subjetivismo para justificar uma intervenção corporal e restrições momentâneas de liberdade.

Não é razoável pensar em diminuição da criminalidade através de um meio arbitrário de vingança pautado em maçantes intervenções policiais, ou seja, como se tais intervenções fossem uma forma de justificar a ineficácia da lei e a gritante sensação de impunidade presente hoje no Brasil. O problema somente pode ser resolvido pela via legislativa, não há outra solução. A espetacularização do direito penal muito se dá em razão da omissão legislativa e a falta de interesse político nas ações de segurança pública. O policial compra a ideia de que a lei não resolverá o problema do marginal que acabara de abordar, e no qual se constatou inúmeros registros criminais. É evidente que essa realidade precisa ser mudada. Todavia, enxergar na farda uma segunda pele não é nada razoável do ponto de vista democrático. O Estado é representado pelos agentes públicos, notadamente os policiais, que se configuram como seu braço armado, mas os anseios pessoais do servidor jamais podem se confundir com a vontade do Estado Democrático. Não se justifica uma agressão gratuita em virtude da ineficácia legislativa, bem como não se justifica a maneira como são hoje formados os policiais. Como já foi dito nesse trabalho, a doutrina militar não se harmoniza com o Estado de Direito. A militarização mais se assemelha a um mecanismo estatal pronto para ser utilizado na manutenção da ordem política. A polícia é parte do próprio povo, e a este deve proteger e assegurar direitos e liberdades fundamentais. Para tratar bem, deve-se formar bem.

A jurisprudência se mostra também complacente com o tema da fundada suspeita, todavia há registros em sede de Tribunais Superiores onde se verificou bastante coerência com o tratamento da questão (BRASIL, 2001):

Por ausência de justa causa, a Turma deferiu habeas corpus para determinar o arquivamento do termo circunstanciado de ocorrência por meio do qual se autuara o paciente pela prática do crime de desobediência (CP, art. 330), em razão de o mesmo haver se recusado a ser revistado por policial militar quando chegava à sua casa. Considerou-se que a motivação policial para a revista - consistente no fato de o paciente trajar "blusão" passível de encobrir algum tipo de arma - não seria apta, por si só, a justificar a fundada suspeita de porte ilegal de arma, porquanto baseada em critérios subjetivos e discricionários (CPP, art. 244: "A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja

na posse de arma proibida..."). (STF-HC: 81.305-GO, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, 13.11.2001 ).

Como se verifica, há imensa margem de discricionariedade em poder do policial sob o aspecto de privação momentânea de liberdade. Ao se dirigir a um determinado indivíduo para nele proceder uma abordagem policial, é estritamente necessário que a ação policial esteja iluminada pelo princípio da legalidade. Assim, torna-se necessária uma padronização de condutas policiais com vistas a proporcionar maior transparência e probidade em suas ações. A padronização deve, necessariamente, passar pelo crivo do Ministério Público, uma vez que este é o órgão responsável pelo controle da atividade policial, e, ainda, fiscal da ordem jurídica.

No caso de uma revista realizada sem autorização judicial, ante a urgência da medida, deve-se perquirir qual foi a “fundada suspeita”, já presente antes da realização da diligência, que a justificou. Se não havia tal fundada suspeita antes da diligência, ela é nula, consistindo suas descobertas prova ilícita. Não convalida a diligência o fato de a Polícia encontrar algum objeto na posse do abordado, se ela não conseguir justificar objetivamente quais eram os fundados indícios que justificaram sua ação original. (ÁVILA, 2014, p. 957).

Segundo Decocq (1998) apud Ávila (2014, p. 956), há documentação na jurisprudência francesa, em sede de direito comparado, em que se verificam situações passíveis de se justificar uma abordagem policial:

[o] fato de mudar de direção na rua ao avistar os policiais, ou de andar mais devagar (trottoir), andar errante em via pública assemelhando-se a um “vagabundo”, fugir à vista dos policiais, dar um tempo de parada e indicar uma situação de desconforto manifesto ao passar por um veículo policial, indicar suas intenções criminosas à vista dos policiais em razão de porte um saco de lixo contendo visivelmente uma grande quantidade de mercadorias, ou ainda, uma pessoa dar a seu companheiro objetos que ele estava dissimulando dentro de sua blusa, ou, enfim, um homem esconder-se no banheiro feminino ao aperceber-se da presença de policiais.

Dessa forma, imprescindível se faz a criação de padrões previamente documentados com vistas a conferir legitimidade na ação policial em face de tais intervenções corporais. As instituições policiais carecem de normas técnicas de procedimentalização no que se refere à legalidade das atuações de prevenção ao crime. É de suma importância a criação de normas técnicas de atuação policial, notadamente mediante reunião de aplicadores do direito quando de sua confecção. Nesse contexto, essencial seria que o Governo Federal, por intermédio da Justiça Federal, Ministério Público Federal e Defensoria Pública Federal fixassem diretrizes de atuação das polícias no âmbito de todo o território Nacional. Assim, os Estados e Municípios poderiam fixar parâmetros de atuação em conformidade com aqueles que foram

estipulados por via da União, de maneira harmônica e descentralizada. Há, contudo, uma outra proposta que talvez se mostre ainda mais eficiente, que é a padronização por meio dos órgãos estaduais e em parcerias com os Municípios. O Brasil é um país de contrastes, caracterizado por diferentes culturas de acordo com cada região. Em um mesmo Estado é possível localizar diversas culturas, a exemplo de Minas Gerais. Sendo assim, melhor seria se o Ministério Público dos Estados, bem como o Judiciário e a Defensoria, se reunissem anualmente no intuito de elaborar diretrizes de orientação de conduta destinada aos aplicadores da lei no âmbito de cada ente federativo, pois assim seria mais realista a catalisação dos anseios locais. Como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público possui função de fiscalização das condutas procedimentais dos policiais como notório controlador externo de suas atividades.

Para além dessa necessidade, reconhecesse-se a dificuldade pelas quais enfrentam os policiais quando da aplicação da lei em face da inexistência de padrões de conduta bem orientados e previamente estipulados. Evitaria muitos excessos, pois aquele servidor que se aventurasse a usurpar os limites da lei, estaria sujeito a severas punições. Assim como ocorre com os informativos, os quais buscam consolidar interpretações a fim de se evitar insegurança jurídica, deveria também haver um canal direto entre polícia e Ministério Público estabelecendo situações concretas e padrões de atuação.

### **6.3 Procedimentalização do flagrante pela polícia ostensiva no contexto do delito de uso e consumo de drogas**

A bem da verdade, a doutrina esclarece que, quanto à inovação trazida pela Lei 11.343/2006 no que diz respeito ao uso de substâncias ilícitas, houve uma despenalização da conduta, embora ainda se qualifique como crime na medida em que se encontra no capítulo intitulado “dos crimes e das penas”. Trata-se, assim, de crime permanente, importando dizer que as condutas descritas no art. 28 possibilitam, à todo o momento, a captura do sujeito em flagrante delito. (HABIB, 2018, p. 656).

Nos procedimentos policiais de busca pessoal, verifica-se que, devido à discricionariedade pelas quais são configuradas as atuações de abordagens, muitas vezes a polícia obtém êxito em encontrar com os indivíduos determinadas quantias de substâncias destinadas ao consumo pessoal. Ocorre que, por se tratar esta de uma situação de flagrante permanente, bem como pela ausência de fiscalização ministerial, muitas das vezes o entendimento da norma é subvertido pela polícia e o contexto do flagrante foge da situação

geográfica original. Em outras palavras, a polícia vale-se da situação de flagrância justificada pelo encontro de pequena quantidade de substância e obriga o usuário a mostrar a localidade de sua residência para nela continuar as buscas originadas em via pública e em sede corporal. Muitas das vezes, a residência da pessoa é até em outra parte da cidade, em local diverso e desconexo com a situação primária identificada. Já no interior da residência, há grande possibilidade de haver no interior desta outras quantidades de drogas, mas pode ser também que não se encontre coisa alguma. De uma forma ou de outra, o ponto da questão é o notório abuso de poder do Estado em ingressar na residência alheia, muitas vezes à noite, sob o pretexto de que há naquele local situação que faça justificar a legalidade da ação, o que não é verdade.

A norma constitucional<sup>13</sup> assegura a inviolabilidade do domicílio em caso de flagrante delito e por determinação judicial, desde que durante o dia. São essas as situações a que interessa nesse estudo no momento (BRASIL, 1988). Ora, nem mesmo com mandado judicial pode a polícia entrar em diversas residências, ainda que se trate de situação de condomínio, vez que o próprio Código de Processo Penal<sup>14</sup> determina que o mandado de busca deverá indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador (BRASIL, 1941).

Portanto, a situação de ingresso em domicílio é estritamente extraordinária e deve conter os requisitos legais, traçados, principalmente, pela reserva jurisdicional. Assim, uma vez preso o indivíduo pelo comportamento previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, deve este ser levado diretamente à presença da autoridade policial para que se proceda a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO. Para maior transparência das atuações policiais, melhor ainda que se proceda ao Exame de Corpo de Delito para que se evitem acusações infundadas de abusos policiais. Como no Brasil não há médicos plantonistas nas Delegacias de Polícia, pelo menos em sua maioria das vezes, é fundamental que, para suprir essa falha, ou ao menos amenizá-la, as viaturas policiais sejam providas com recursos de GPS, em que se possa aferir distância e tempo gastos nas ocorrências policiais, bem como que os agentes tenham consigo câmeras aptas a gravar todo o procedimento, de modo a garantir maior lisura e transparência possível nos procedimentos policiais.

---

<sup>13</sup> Art. 5º (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (BRASIL, 1988).

<sup>14</sup> Art. 243. O mandado de busca deverá: I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; (BRASIL, 1941).

Quanto à destinação da droga referida no § 2º do art. 28, se para consumo pessoal ou tráfico de entorpecentes, o juiz deverá analisar a conduta no caso concreto. De acordo com a doutrina de Gabriel Habib (2018, p. 663):

Neste parágrafo, o legislador cuidou de estabelecer critérios para a determinação se a droga se destina ou não ao consumo pessoal. Isso é fundamental para a determinação da correta tipificação da conduta, se porte para uso ou tráfico de drogas, com todas as consequências legais decorrentes dessas duas tipificações. Os critérios são: natureza; quantidade da substância apreendida; local e condições em que se desenvolveu a ação; circunstâncias sociais e pessoais do agente; e, por fim, conduta e antecedentes do agente. Não existe um critério que prepondere sobre os outros. Todos os critérios têm igual peso e a análise deve ser em conjunto, nunca de forma isolada considerando apenas um dos critérios. Portanto, não se pode afirmar que se a droga apreendida com o agente era cocaína trata-se de tráfico. Como também não se pode afirmar que a pequena quantidade de maconha, por exemplo, é porte para uso. Também não se pode dizer que se trata de tráfico somente porque o agente possui antecedentes de tráfico de drogas ou que a conduta configura porte para uso porque o agente tem boas condições financeiras e pode comprar a droga para consumi-la ou, então, porque tem um trabalho lícito. Repita-se: em todos os casos, o Juiz deverá analisar todos os requisitos em conjunto, cotejados com o caso concreto.

#### **6.4 Procedimentalização do flagrante pela polícia ostensiva no contexto do delito de tráfico de drogas**

Nas rotinas policiais, muitas são as ocorrências tipificadas como tráfico de drogas, notadamente em logradouros de baixa renda, onde há maior circulação dessas substâncias. Antes de adentrar no assunto tráfico de drogas, convém tecer alguns comentários acerca da localização do instituto e suas principais características. O tráfico de drogas está tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006, onde diversos verbos configuram a conduta, embora possa ser cometido por um só agente, já que se trata de crime unissubjetivo. Uma linha muito tênue distancia o delito de porte para consumo pessoal do delito de tráfico de drogas, pois, como se verifica no § 2º do art. 28, o juiz deverá analisar as circunstâncias do caso concreto para, após a devida constituição probatória, mediante livre convencimento motivado e sob o espectro da ampla defesa e do contraditório, emitir seu parecer, sua *ratiodecidenti*. Para tanto, deverá analisar o especial fim de agir do sujeito para então firmar seu convencimento.

Por se tratar de crime permanente, o flagrante se prolonga no tempo e a prisão pode ser realizada a qualquer hora do dia ou da noite, independentemente de mandado judicial, consoante o disposto no art. 303 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). No entanto, há tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em

fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”. Sobre esse tema, segue decisão do RE 6036016 – RO, a qual fixou a referida tese sobre a atuação policial sobre o ingresso forçado em domicílio:

Após o relatório e a sustentação oral, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do Dr. Denis Sampaio, Defensor Público do Estado, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.11.2015. Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 280 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso e fixou tese nos seguintes termos: ‘A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados’, vencido o Ministro Marco Aurélio quanto ao mérito e à tese. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, participando como palestrante do XVI Encuentro de Magistradas de los más Altos Órganos de Justicia de Iberoamerica, em Havana, Cuba, e o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.11.2015. (STF – RE 6036016/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 05/11/2015, Brasília, DF, DJe: 09/05/2016).

Nesse sentido, embora possam as fundadas razões descritas na decisão serem justificadas a posteriori, tal fator implica vulnerabilidade no que tange ao direito à inviolabilidade do domicílio, visto que tal conceito é demasiadamente aberto e indeterminado. Para que se assegure a devida legitimidade da ação policial, deve a jurisprudência elencar situações passíveis de relativizar o direito em discussão, pois só assim a própria polícia teria a devida segurança jurídica quanto ao respaldo de suas ações no que diz respeito à entrada forçada em domicílio, sob pena de tal direito restar-se de tudo fragilizado, ou seja, sujeito a qualquer sorte de possibilidade de invasão. O entendimento de Thiago Ávila (2014) permite inferir a necessidade de um controle externo das atividades policiais em caso do insucesso da busca domiciliar:

Um dos problemas do sistema brasileiro é que, havendo suspeita da prática de crime em situação de flagrante delito, é admissível que a Polícia viole um domicílio no qual o crime tenha sido praticado, para realizar a respectiva inspeção do local de crime, seguindo-se a necessária busca no local para apreender as eventuais provas de eventual interesse para a investigação. Também no caso de mandados de prisão, está “embutida” a autorização para se ingressar no domicílio do foragido, caso se tenha a “certeza” de que ele ali se esconde (ou melhor, haja um juízo de elevadíssima probabilidade). (ÁVILA, 2014, p. 992).

Ocorre que, em muitas vezes, não há uma situação de elevadíssima probabilidade como propõe o autor, até mesmo porque o indivíduo é capturado com pequena porção de drogas em via pública e é, em decorrência disso, coercitivamente encaminhado até sua residência para nela proceder buscas na expectativa de lá encontrar material semelhante àquele encontrado em posse do autor. Na maioria das vezes, a expectativa é frustrada e a diligência policial sequer passa pelo crivo de controle do Ministério Público.

Por certo, a ocorrência de prisão em flagrante está circunscrita ao espaço geográfico em que foi capturado o infrator, não se admitindo qualquer deslocamento fora dessa área sob o falso pretexto de legitimidade da ação em razão de situação de flagrante delito. Não há legitimidade na ação se o flagrante não guarda nexos espacial entre a infração e a invasão domiciliar. É dizer: se uma pessoa foi capturada com posse de drogas para consumo pessoal, a primeira pergunta a se fazer é quais foram os motivos que determinaram a abordagem que culminou na busca pessoal. Se a resposta encontrar respaldo legal e se de fato o suspeito comportou-se de maneira que chamaria a atenção até mesmo de pessoas que não sejam policiais, aí sim restaria justificada a restrição momentânea de sua liberdade. Ou seja, se dessa restrição a polícia obtivesse êxito na localização de drogas em poder do suspeito, bem como se a residência deste fosse localizada em localidade diversa, a atuação policial somente encontraria limites àquela circunscrição em que foi capturado o sujeito, não se podendo falar em levá-lo até sua residência para nela tentar localizar maior quantidade de drogas. É certo que o suspeito deve colaborar com sua identificação, sendo inclusive dever dele informar os dados pessoais para o andamento do trabalho policial. No entanto, sob o prisma de atuação deste trabalho, é razoável concordar que forçar o suspeito a levar os policiais até sua residência para nela adentrar sem mandado judicial e em descompasso com a circunscrição espacial do flagrante, violaria o princípio *nemotenetur se detegere*, ou seja, da vedação à autoincriminação. Isto porque, como bem já decidiu o Supremo Tribunal Federal, o suspeito não é obrigado a realizar comportamentos ativos para que a atuação policial seja bem sucedida. Ora, obviamente, ser coagido a deslocar-se até sua residência é, em si mesmo, um comportamento essencialmente ativo do sujeito destinado à produção de provas contra si, visto que contrariam princípios constitucionais de vedação à autoincriminação, como a presunção da inocência e o direito ao silêncio. Nas palavras de Renato Brasileiro Lima (2013, pp. 42-45):

De tal modo, o conteúdo do *nemotenetur se detegere* envolve os direitos imputado de: (1) silêncio ou permanecer calado; (2) não ser compelido a confessar o cometimento da infração penal; (3) inexigibilidade de dizer a verdade; (4) não adotar conduta ativa que possa causar-lhe incriminação; (5)

não produzir prova incriminadora invasiva ou que imponham penetração em seu organismo (as constatações não invasivas são admitidas, a exemplo do exame da saliva deixada em copo para verificação de DNA).

Evidentemente, todo o entendimento até aqui exposto há de ser aplicado quando da intervenção policial no sentido de obrigar o abordado a desbloquear seu aparelho de telefone celular para nele tentar encontrar indícios de crime ou fotografias e dados que possam incriminá-lo ou agravar sua situação. Com a evolução tecnológica e a velocidade de dados, a interpretação constitucional no que diz respeito ao sigilo das telecomunicações e de dados deve ser modificada de modo a preservar o direito à intimidade e à vida privada do indivíduo. Ninguém é obrigado a comportar-se ativamente mediante coerção estatal com o intuito de auxiliar na produção probatória de sua própria incriminação. Ora, se o Estado não possui condições dignas e legítimas de produção de provas, bem como se mostra ineficiente em termos tecnológicos de produção probatória, não se deve admitir que, a qualquer custo, seja a prova obtida de maneira ilícita. Logicamente, qualquer apreensão de drogas que decorra de coerção ao indivíduo deve ser qualificada como ilícita. No caso em questão, se, após o desbloqueio do aparelho celular verifica-se pelas fotos a existência de drogas no domicílio do suspeito, as apreensões de tais substâncias há de serem qualificadas como ilícitas, devendo tais provas, portanto, serem desentranhadas do futuro processo. Do mesmo modo, se a fundada suspeita não encontrar razões previamente determinadas para que seja procedida determinada busca pessoal, eventuais substâncias encontradas fortuitamente não podem ser consideradas como fontes lícitas de prova em razão do vício que a ela contamina.

A jurisprudência, em sede de Tribunais superiores, se mostra em consonância com o presente entendimento, onde se pode verificar o princípio *nemotenetur se detegere* quando da atuação da polícia ostensiva em fiscalização de trânsito, ocasião em que o condutor de veículo automotor não é obrigado a realizar o teste de etilômetro, comportando-se, assim, como verdadeiro auxiliar na produção probatória.

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PROVA TÉCNICA PRODUZIDA SEM A ADVERTÊNCIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. 'NEMO TENETUR SE DETEGERE'. 1. Do direito constitucional de permanecer calado (artigo 5º, LXIII, do CF) decorre o direito de o imputado não produzir prova contra si mesmo, isto é, o 'nemotenetur se detegere', garantia constitucional que atinge todas as pessoas sem qualquer diferenciação. 2. Para que haja isonomia de tratamento - evitando-se situações constrangedoras, tais como as noticiadas na mídia, no sentido de que pessoas mais instruídas se neguem a fazer o bafômetro, valendo-se do direito constitucional de não produzir prova contra si e, conseqüentemente, as menos informadas/instruídas sejam submetidas ao teste - mantém a rejeição da denúncia. 3. Compulsando os autos, em nenhum momento a autoridade

policial advertiu o condutor de que ele não era obrigado a se submeter ao bafômetro. Nos sucessivos documentos produzidos na fase pré-processual (termo de ocorrência e declarações na polícia), apenas constou ter sido solicitada a realização do teste do etilômetro, havendo a concordância do condutor. 4. Com isso não se quer defender ou proteger aqueles que dirigem sob efeito do álcool, conduta amplamente reprovável, mas sim evitar situações desiguais: valem-se do direito de não produzir prova contra si mesmo aqueles que estão informados e submetem-se ao bafômetro os desinformados, sofrendo todas as consequências daí advindas. Busca-se, com isso, o alcance do tratamento constitucional e igualitário a todos. APELO DESPROVIDO. (TJRS – Apelação Criminal n.º 70055813935, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Nereu José Geacomolli. Data de Julgamento: 17/10/2013).

Dessa forma, para maior rigor e controle dos atos da polícia ostensiva quando da atuação e repressão de delitos previstos na Lei 11.343/2016, como ocorre com o uso e consumo e o tráfico de entorpecentes, é necessária uma interpretação sistemática do Código de Processo Penal para legitimar a ação policial em ocasiões geradoras de ingresso forçado em domicílio. Para tanto, Thiago Ávila (2014) recomenda a interpretação sistemática do art. 245, § 7º e 247 do CPP, no sentido de que seja formalizado um relatório sobre o detalhamento das buscas e o consequente resultado, com o pleno conhecimento do morador.

Portanto, uma solução desse problema deve ser uma interpretação sistemática daquilo que determina o art. 245, § 7º, e art. 247, do CPP, no sentido de que após a realização da diligência deve ser elaborado um relatório, e que mesmo quando não é encontrada a coisa procurada deve-se informar o morador dos motivos da diligência. Esses dispositivos exigem que sempre que a Polícia realizar uma violação domiciliar deverá haver a elaboração de um relatório da diligência, e é necessário que tal relatório circunstanciado seja imediatamente (no prazo de 24 horas) comunicado tanto ao juiz quanto ao Ministério Público, para o controle de sua legalidade. Esses dispositivos devem ser objeto de uma interpretação conforme a Constituição, em seu conjunto de valores, entre os quais seu sistema de garantias processuais penais, a natureza do direito à inviolabilidade domiciliar, a garantia do devido processo legal (processo justo, equitativo, um processo com as garantias suficientes contra eventuais arbitrariedades), a reserva de jurisdição para a restrição de direitos fundamentais, e a necessidade de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. (ÁVILA, 2014, p. 994).

Ora, o entendimento do autor se harmoniza perfeitamente com a tese já firmada pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à justificação *a posteriori* dos atos policiais que culminaram no ingresso à residência. O que se mostra ainda mais convincente é que tal relatório seja remetido ao Ministério Público e ao juiz em 24 horas para que possa fazer o devido controle de legalidade.

## 6.5 A delação apócrifa e a necessidade de controle pelo Ministério Público no contexto do tráfico de drogas

As atuações da polícia ostensiva no âmbito do tráfico de drogas vêm, muitas vezes, justificadas em documentos internos cujo controle se restringe à própria instituição. No caso das denúncias anônimas, há de se ter o devido cuidado com o teor da denúncia para não haver violação indevida da privacidade. Primeiramente, exige-se um cuidado especial por parte do delegado de polícia, vez que se trata de tarefa investigativa, cuja imprescindibilidade de diligências preliminares se impõe. No caso de denúncias repassadas diretamente para a polícia militar, também se mostra imprescindível que o teor dessas seja repassado ao Ministério Público para que se proceda a devida investigação, ou que se remeta à autoridade policial para que tal inicie a tarefa investigativa. Nesse sentido, Nestor Távora (2018) argumenta acerca do entendimento dos Tribunais superiores quanto a este ponto:

A chamada *delação apócrifa* ou *notitia criminis inqualificada* é o que vulgarmente chamamos de denúncia anônima. Em que pese a Constituição Federal consagrar a livre manifestação de pensamento, vedando o anonimato (art. 5º, IV), certo é que a polícia deve acautelar-se diante da notícia anônima, e proceder às investigações com cuidado redobrado, porém não deixando de atuar. Nesse sentido é que STF e STJ<sup>15</sup> têm admitido a denúncia anônima apenas quando precedida de diligências preliminares que atestem a verossimilhança dos fatos noticiados. (TÁVORA, 2018, p. 160).

Dessa forma, o acautelamento de tais denúncias não deve se reduzir à mero controle interno por parte da polícia ostensiva, até mesmo porque o levantamento preliminar a que alude o autor é tarefa essencialmente investigativa, sendo, portanto, tarefa da polícia judiciária. Ao se deparar com determinada denúncia via centro de comunicações, o certo é que a polícia militar confeccione um boletim de ocorrência com destino ao órgão ministerial e também à autoridade policial, os quais se encarregarão de realizar as providências subsequentes, seja o Ministério Público iniciando a investigação *ex officio*, ou mesmo designando a que a autoridade policial o faça. Segundo Thiago Ávila (2014, p. 979):

De forma especial, é inadmissível a intromissão domiciliar com fundamento exclusivo em delação apócrifa (denúncia anônima), sob pena de se convalidar abusos policiais à privacidade dos cidadãos, pois a informação apócrifa não é fiável, devendo nessa situação autoridade policial fazer as diligências preliminares para confirmar a veracidade das informações e com base nas suas próprias constatações diligenciar ou a atuação imediata (se constatar com certeza o flagrante delito) ou a representação pela expedição do mandado judicial. Ainda que, havendo uma suspeita genérica (mas ainda fraca), a autoridade policial ingresse no domicílio e comprove a situação de

---

<sup>15</sup> STJ – Sexta Turma – Rel. Min. Og Fernandes – HC 237.164 – Dje 08/03/2013; e STF – Segunda Turma – HC 105484 – Rel. Min. Cármen Lúcia – Dje 16/04/2013.

flagrância na posse de estupefaciente, como não houve uma certeza prévia ao ingresso no domicílio, sua violação foi inválida e haverá ilicitude da prova assim obtida, pois o correto no caso de haver dúvidas sobre a efetiva configuração da situação de flagrância é a representação policial pela expedição do mandado judicial.

Como bem disse o autor, será imperativa a situação de ilicitude de eventual prova captada pela polícia ostensiva mediante fundamento exclusivo em denúncia anônima, visto que, para que se legitime o ingresso forçado em domicílio, deve-se antes haver uma situação de elevadíssima probabilidade, uma quase-certeza de que no local está ocorrendo situação que figure como fragrante delito. No caso de tráfico de drogas, não havendo a situação de quase certeza, inviável se tornaria a ação policial direta, sendo imprescindível expedição de mandado judicial mediante requerimento da autoridade policial. Por outro lado, cabe à polícia judiciária e ao Ministério Público a função investigativa, ainda que se queira chamá-la de diligências. Nesse sentido, a lei e a jurisprudência indicam a necessidade de Verificação da Procedência das Informações (VPI), a fim de que não sejam instaurados inquéritos policiais absurdos que, por via de consequência, restrinjam direitos fundamentais sem haver para tanto justa causa. Tal procedimento constitui-se em mero relatório, desprovido das formalidades exigidas no inquérito policial, buscando indícios mínimos de autoria e materialidade para que, se encontrados, seja instaurado então o inquérito. Logo, é imprescindível que as delações apócrifas sejam objetos de controle pelo Ministério Público, pois, se assim não o for, além da usurpação funcional, ficará a sociedade refém de procedimentos arbitrários cujo controle somente se filtra no âmbito institucional interno às organizações policiais. Assim, reafirma-se a necessidade de que todas as denúncias de crime sejam objetos de controle pelo órgão ministerial, notadamente aquelas recebidas pela polícia preventiva.

## **7 A PRODUÇÃO DE PROVA NO CONTEXTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS**

Todos os dias, no Brasil, há inúmeras apreensões de substâncias entorpecentes em poder de indivíduos, seja diretamente com ele, sobre o corpo, ou sobre sua residência. No que se refere à apreensão de objetos ou substâncias entorpecentes, o CPP não especificou quem são as autoridades incumbidas de realizar apreensões, o que leva ao entendimento de que, na prática, todos os policiais, sejam eles militares ou civis, são legitimados a realizarem apreensões. Nas palavras de Thiago Ávila (2014, p. 1.002):

O sistema brasileiro possui uma série de deficiências na regulamentação legal do procedimento das apreensões. Não há previsão de quem são as autoridades que podem realizar apreensões materiais. Diante da lacuna, a prática acabou por atribuir a todos os policiais militares e agentes de polícia civil a atribuição de apreender materialmente objetos, em situação de flagrante delito. Talvez fosse conveniente uma limitação dessa atribuição às autoridades mais elevadas no âmbito da diligência policial (oficiais de polícia militar, ou o chefe de missão dos agentes de polícia civil). Também falta a previsão de uma limitação temporal entre a apreensão fática pelos agentes da autoridade e a apreensão jurídica pela autoridade policial, a qual deveria ter uma relação de imediatidade (uma convalidação verbal imediata, seguida da formalização do auto em algumas horas).

Ocorre que, por ser a polícia militar a responsável pela manutenção da ordem pública, mediante realização de patrulhamento ostensivo e utilização de vestimentas em que se possa facilmente identificar a presença estatal por meio da pessoa do policial militar, este é o órgão que mais bate de frente com a criminalidade, especialmente no contexto do tráfico de drogas. Dessa forma, muitas são as diligências realizadas por esta polícia em suas atividades ostensivas. Inobstante a imprescindível existência e atuação da polícia militar, verificam-se, todavia, situações que não se afiguram como sendo propriamente típicas de policiamento ostensivo, como ocorre com os levantamentos preliminares. É certo que a atuação em campo por parte da polícia militar contribui e muito para a efetividade das ações estatais em que se busca a prevenção. No entanto, levantamentos preliminares, ou até mesmo a existência de policiamento velado ou descaracterizado, não parece ser função típica de quem tem por escopo a atividade preventiva. Levantamentos preliminares são tarefas da polícia judiciária, pois constituem-se, em si mesmas, típicas atividades investigativas, o que levaria ao entendimento de que eventuais provas arrecadadas por intermédio de tais procedimentos, estariam eivadas de vício de ilicitude, e, assim, não deveriam ser consideradas, mas sim desentranhadas do processo. De igual modo, abordagens policiais desprovidas de fundadas razões também ensejariam nulidades dos atos posteriores, bem como resultaria na ilicitude da prova. No que diz respeito à buscas domiciliares, não havendo fundadas razões, qualificadas com elevadíssima probabilidade, de que em determinada residência estaria ocorrendo situação de flagrante delito, também se estaria diante de apreensão viciada, resultando em nulidade da prova arrecadada. Defende-se aqui, portanto, uma atuação policial com extrema lisura e de inegável transparência, evitando-se, assim, relaxamentos de prisões desnecessários e processos por abuso de autoridade. Como já foi dito, não deve o policial militar fazer valer a lei a qualquer custo, ignorando os direitos fundamentais dos indivíduos e insistindo em práticas antidemocráticas.

## 7.1 A cadeia de custódia da prova no Brasil

No Brasil, investe-se muito pouco em segurança pública e, conseqüentemente, isso se reflete na arcaica produção de provas pelas quais se valem os órgãos de segurança pública, em especial as polícias civil e militar. Enquanto que em países como os Estados Unidos há uma rica cadeia de dados e elevadíssimos instrumentos de produção probatória, com inegável investimento de tecnologias e resoluções de crimes, no Brasil segue-se a antiga prática de supervalorização da prova testemunhal em razão da ineficiência estatal no que diz respeito ao investimento tecnológico de provas e acondicionamento de dados.

Há uma sensível percepção de que a confiabilidade dos cidadãos quanto aos serviços públicos ofertados pelo Estado é de baixíssima confiabilidade, e isso não se desvincula das atividades policiais. A polícia militar brasileira, pela própria historicidade de sua formação e existência, isto é, estando sempre ao lado dos chefes de Estado para cumprir suas ordens, chega ao século XXI e na atualidade com baixa credibilidade. Como já foi dito, inobstante o modelo policial se demonstrar arcaico e autoritário, portanto incompatível com as liberdades mais fundamentais, subsiste ainda hoje a militarização como núcleo essencial na formação do policial militar.

É recorrente os casos de abuso de autoridade praticados pela corporação no que diz respeito à entrada forçada em domicílio. Isso reflete sobremaneira na confiabilidade da produção da cadeia de custódia da prova. Quanto maior a violação de direitos fundamentais, maior ainda é o descrédito da sociedade para com os serviços prestados pelo Estado.

A cadeia de custódia da prova no Brasil é demasiadamente frágil e, por vezes, indignas de receber total confiabilidade. Pelo grande número de prisões por tráfico de drogas no Brasil, há de se fazer a seguinte pergunta: de onde vem a materialidade do crime de tráfico de drogas se a tecnologia na produção de provas no Brasil é tão escassa, para não dizer inexistente? Pois bem. A cadeia de custódia da prova está intimamente ligada ao acondicionamento da materialidade arrecadada no ato da captura em flagrante até a lavratura do auto de apreensão em sede de Delegacia de Polícia. Nesse percurso, os indivíduos capturados ficam sob custódia do Estado, e os servidores que executaram a prisão são os responsáveis pela arrecadação dos materiais apreendidos e seu conseqüente acondicionamento. Sabe-se que no Brasil não há sequer materiais destinados ao acondicionamento de drogas apreendidas. A apreensão de drogas não possui o devido controle no procedimento de arrecadação, ou seja, não existem lacres e invólucros que garantam a fidedignidade da ação policial. Ora, o Estado Democrático de Direito reclama transparência na ação estatal, notadamente quando se está diante de

restrição de liberdade, um dos mais preciosos direitos, que constitui um Direito Natural do indivíduo. Sobre a cadeia de custódia da prova, Nestor Távora (2018, p. 632) oferece o seguinte ensinamento:

A descrição de um fato delituoso por meio de provas implica encadeamento. Para que a narrativa se dê de forma lógica, inteligível, compreensível, ela deve conter os seus elementos essenciais, tais como sujeitos envolvidos, fato central, circunstância, tempo e lugar. A descrição do desfecho pressupõe a do seu *iter*, do seu caminho. Assim, também deve ser a prova que é produzida para construir a visão do fato delituoso, sua base empírica.

Logo, para que uma prova subsequente seja considerada lícita, é necessário que as antecedentes também o sejam, sob pena de se haver todas elas contaminadas por eventual licitude da primeira.

Para que a prova derradeira seja considerada lícita, devem também ser lícitas àquelas que lhe antecederam na relação de encadeamento causal. Caso uma delas tenha sido obtida ilicitamente, mediante tortura, por exemplo, haverá contaminação das seguintes. Se, por hipótese, o testemunho sob tortura for ocultado, a cadeia de custódia da prova restará quebrada (*break on the chain of custody*), com a ocultação da forma ilícita como obtida. Haverá tão somente aparência de licitude. (TÁVORA, 2018, p. 632).

Pedro Ivo de Sousa, sobre a investigação criminal no Estado Constitucional, já defendia que “uma investigação criminal que pretende estar devidamente sintonizada com o seu papel garantidor (direitos, eficiência e democracia), precisa ser concretizada com ações que estejam diretamente vinculadas com o resultado final de toda a cadeia da persecução penal”. (SOUSA, 2015, p.68).

Assim, para que as ações policiais ostensivas e investigativas estejam em consonância com a ordem democrática em vigor, faz-se necessário o atendimento ao que reclamam as normas constitucionais. É dizer: toda a atuação policial, especialmente aquelas exercidas diretamente pela polícia militar, deve, além de observar a estrita legalidade, obedecer toda a cadeia lógica sem que haja a quebra do nexo de causalidade existente entre uma prova e outra. Assim, é fundamental que o primeiro contato policial com uma ocorrência de crime seja extremamente polido no que diz respeito à produção e conservação das provas. É primordial que haja subsídios privativos do Estado quanto à preservação e acondicionamento da materialidade criminal, por intermédio de numeração própria, lacres, invólucros com chancela estatal e marcas d’água, enfim, tudo o que mais for possível para assegurar a legitimidade da ação policial, e, assim, aumentar a confiabilidade das instituições policiais frente aos destinatários desses serviços.

Para além dos quesitos materiais ora citados, ao se efetuar a captura de um suspeito de crime, deve-se ainda haver uma sequência lógica e com tempo razoável quando da custódia estatal. Ou seja, desde a captura até a entrega na Delegacia de Polícia, cabe ao Ministério Público executar o devido controle da atividade policial no sentido de fiscalizar o nexo de temporalidade entre uma atividade e outra. Ao ser capturado, o preso normalmente é levado uma unidade militar para a devida confecção do boletim de ocorrência. Após isso, a praxe indica que o acautelado seja submetido à exame de corpo de delito para se evitar arbítrio estatal e preservar a integridade do preso. Tão logo seja realizado este exame, cabe à polícia ostensiva encaminhar o preso à presença da autoridade policial para que se proceda à lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito, concessão de fiança ou lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência. Todos esses procedimentos devem obedecer sequência lógica e encadeada, e essa fiscalização é tarefa do Ministério Público por intermédio do controle externo da atividade policial.

## **8 A INEXISTÊNCIA DE LEI DE ATUAÇÃO POLICIAL NO BRASIL**

São incontáveis as situações em que a polícia atua em seu dia-a-dia. Desde orientações até o uso da força. Desde advertências até ordens ditas legais. Mas afinal, onde reside o limite de atuação policial nas demandas rotineiras em que se exige sua intervenção? Ao serem lançados no terreno urbano com a precípua atribuição de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas, quais seriam os limites das atuações não prescritas em lei? Thiago Ávila (2014), percebendo a vasta discricionariedade ocasionada por conceitos indeterminados e motivadores de práticas discricionárias, elencou em seu trabalho alguns questionamentos até então não regulamentados pelo direito pátrio:

Também não há uma divisão clara das atribuições entre Polícia Civil e Militar. Até onde pode a Polícia Civil atuar na prevenção de riscos sociais (especialmente na vigilância de locais susceptíveis à prática de infrações penais) se sua missão constitucional é investigar crimes? E quais medidas concretas podem a Polícia Civil ou Militar utilizar-se para a realização de atos de prevenção criminal? Até onde pode a Polícia Militar realizar atos de inteligência visando organizar sua atividade de prevenção criminal sem adentrar indevidamente numa investigação criminal propriamente dita? Qual é o limite de investigação criminal da Polícia Militar (já que ela efetivamente investiga ao atuar numa situação de flagrante delito)? Como realizar o dever de cooperação interinstitucional entre as forças policiais? (ÁVILA, 2014, p. 372).

Ora, são perfeitamente válidas as indagações do autor, notadamente quando se verificam policiais militares cumprindo função estritamente investigativa. No delito de tráfico

de drogas, por exemplo, há intensa atividade investigativa antes de se obter sucesso em uma captura. A nomeação dada no meio policial consiste em “diligências”, o que nada mais é que a função investigativa propriamente dita. Ao se adentrar em um bairro onde se sabe que naquele local ocorre traficância, policiais militares questionam moradores locais e até mesmo usuários sobre a autoria do respectivo delito. A função da polícia militar é essencialmente preventiva, isto é, atua por meio do policiamento fardado e com uso de recursos que possibilitem melhor visibilidade urbana a fim de prevenir a ação delituosa por parte de criminosos. Sobre esse assunto, Marco José Gomes Corrêa e Marcio Schusterschitz da Silva Araújo, Procuradores da República:

O uso imediato da força e, não raro, emergencial, estaria na polícia ostensiva. O uso mediato ou intermediado da força estaria, em regra, na polícia judiciária (subordinação da força a fundamento judicial). Esse uso estaria, ademais, especialmente posto dentro de rigoroso sistema de controle, substancial, procedimental e institucional. Fundamenta-se, então, um modelo organizacional das instituições de segurança pública dado constitucionalmente. (ANPR, 2016, p. 286)

Logo, o princípio da legalidade reclama que as atuações de polícia ostensiva sejam previamente estipuladas em documento próprio, em consonância com a Constituição da República e de nível de abrangência ao menos estadual. Até mesmo o policial militar terá respaldo em maior segurança jurídica quando do controle de suas ações. Nesse sentido, é necessário que toda atuação policial seja documentada e remetida ao Ministério Público para que este exerça o controle da atividade. O controle interno não se mostra apto e eficiente a desestimular os agentes públicos do cometimento de desvios. Em um Estado de Direito, a desproporcionalidade das ações policiais não deve servir de anseio em vista da ineficiência da lei. A atividade legislativa existe justamente para estipular comportamentos e limites estatais por intermédio dos representantes do povo, do qual emerge toda a soberania.

## **9 A RELAÇÃO AMISTOSA ENTRE POLÍCIA E MINISTÉRIO PÚBLICO**

Na atividade investigativa, cuja função é essencialmente da polícia judiciária, há uma relação funcional entre Polícia Civil e Ministério Público. Não se trata de subordinação, pois são órgãos distintos, cada qual com autonomia própria, mas, antes de tudo, retrata o dever funcional a que a autoridade policial possui para com o Ministério Público nas diligências investigativas.

Por outro lado, não se pode dizer que o Ministério Público seja plenamente independente (em perspectiva operacional) da Polícia. Ordinariamente, o

Ministério Público não terá condições de investigar todas as infrações penais que lhe sejam levadas ao conhecimento. A estrutura da Polícia é mais aparelhada à elucidação de crimes, seus profissionais recebem treinamento especializado para esclarecer situações nas quais não se vislumbra *ab initio* uma hipótese explicativa plausível e está melhor equipada para ir imediatamente ao local dos fatos, recolher as provas, submetê-las a um exame técnico e indicar as possíveis hipóteses explicativas. Ordinariamente a atividade do Ministério Público é uma atividade de gabinete enquanto a atividade de polícia é uma atividade de rua (ainda que haja exceções para ambos, essa é a regra geral). (ÁVILA, 2014, p. 595).

Embora a presente interpretação do autor seja em relação à Polícia Civil, ela pode ser analogicamente utilizada para o entendimento no que se refere às atividades preventivas executadas pela Polícia Militar. Ora, é bem verdade que policiais militares são hodiernamente requisitados a comparecer em juízo para prestar depoimentos, e, assim, ser a peça chave para a constituição de provas da acusação. Também é verdade que é a polícia ostensiva aquela que depara diretamente com o fato, e, na maioria das vezes, ou encaminha o sujeito com materiais apreendidos, ou então relata a notícia de crime e a destina à autoridade policial. É dizer: em termos concretos, quase tudo que se chega até o judiciário em níveis criminais possuem gênese na atuação do policiamento ostensivo. Logo, é evidente que o próprio sistema de persecução penal brasileiro contribui e muito para a dependência funcional tanto das instituições policiais quanto dessas e o Ministério Público. A título de exemplo, caso o policial militar requisitado em audiência não contribua para o convencimento do juiz, nada poderá fazer o Ministério Público a não ser se contentar com o depoimento ratificado em sede de Delegacia de Polícia, já que, embora não possa mentir em juízo, ao militar não lhe é obrigatório lembrar de todas as ocorrências em que participou, relatando somente aquilo que efetivamente tem certeza. Como forma de resistência, caso a polícia militar fosse diariamente requisitada a prestar esclarecimentos acerca de suas atividades diretamente ao Ministério Público, ela poderia muito bem responder a isso sendo desidiosa nos depoimentos em audiência de instrução e julgamento, se limitando a ratificar o que relatou no auto de prisão em flagrante. Há, portanto, uma relação velada e amistosa entre as instituições policiais e o Ministério Público, embora deva tal relação conviver com o controle externo da atividade policial.

## 10 CONCLUSÃO

Diante das articulações argumentativas até aqui expostas, pretendeu tal trabalho elucidar aspectos relativos às atividades precautelares consubstanciadas nas prisões em

flagrante face aos delitos tipificados nos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006. A atividade policial no âmbito da segurança pública ostensiva e preventiva constitui gênese da persecução penal, e, exatamente por isso, há de se investigar cada passo da atuação policial com vistas a assegurar direitos fundamentais e, por via de consequência, expurgar dos procedimentos vícios materiais pretensos a gerar nulidades.

A polícia ostensiva urbana deve nortear suas ações iluminada sempre pela legalidade e pela garantia de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que dela se espera a destreza necessária para a prevenção da prática de crimes. Para tanto, a ideia de persecução penal no âmbito das polícias preventiva e investigativa deve, necessariamente, passar por uma mutação apta a corroborar o que pretendeu a Assembleia Nacional Constituinte quando da elaboração da Constituição da República de 1988. Para tanto, o ciclo completo de polícia se mostra como o mais indicado na qualificação das atividades policiais, desde a prisão em flagrante, passando pela produção de provas em sede de inquérito policial, até a constituição de indícios suficientes e íntegros do ponto de vista processual de autoria e materialidade, para que o titular da ação penal detenha a máxima segurança jurídica quando do oferecimento da denúncia.

O controle externo da atividade policial, nesse aspecto, se mostra como um fenômeno democrático na fiscalização dos atos policiais nas atribuições funcionais que ligam uma e outra instituição. Em uma sociedade democrática, sob o paradigma do Estado de Direito, a polícia atua com obediência à legalidade e certa de que suas ações passarão pelo crivo de controle do Ministério Público. A limitação estatal, por intermédio de seus órgãos e entidades, é o próprio significado do sistema de freios e contrapesos, sempre presente nas sociedades democráticas. A militarização se mostrou incompatível com o Estado de Direito, a começar pela formação policial e seu ideal de defesa do inimigo, corroborando uma ideia de “nós” (Estado) contra “eles” (Sociedade), quando na verdade se espera da polícia proteção e vigilância dos direitos e garantias fundamentais, bem como a intervenção pautada sempre na legalidade estrita. A ação policial, por si, constitui fenômeno latente de violação de garantias fundamentais, a exemplo da restrição da liberdade, bem de preciosíssimo valor.

As restrições momentâneas de liberdade são onde, por muitas vezes, se inicia toda a persecução penal, razão pela qual seu controle deve ser extremamente apurado, sob pena de se ver contaminada todo o seu desencadeamento e, conseqüentemente, todo o processo penal. No âmbito da Lei de Drogas, o controle da atividade da polícia ostensiva requer ainda um cuidado maior, tendo em vista a fragilidade da cadeia de custódia da prova no Brasil, a exemplo de seu método arcaico de acondicionamento e transporte de substâncias apreendidas.

Ainda nesse contexto, não há espaço para ilegalidades úteis no terreno de atuação policial sob o pretexto de ineficiência da lei penal. Em um Estado Democrático, as ações policiais são todas previamente delimitadas, de modo que não se admite violações de direitos de terceiros a pretexto de aceitação social de arbitrariedades como mero efeito colateral. Não há lugar para ilegalidades úteis no contexto da Constituição da República de 1988. O grau de eficácia Constitucional é medido justamente pela capacidade de os órgãos de defesa social assegurar direitos e garantias fundamentais. É essencial que aqueles que atuem à margem da lei sejam isolados da sociedade até que nela possam retornar sem lhe causar dano algum. No entanto, a retirada desses indivíduos deve se dar de maneira a minimizar de todas as formas os efeitos colaterais que possam irradiar a sociedade, em obediência à estrita legalidade e com proporcionalidade em suas ações.

Por fim, é extremamente necessária a criação de uma lei de atuação policial no Brasil, a fim de que as atuações policiais não encontrem espaços para a prática de arbitrariedades decorrentes de cláusulas abertas e indeterminadas, resultantes de um terreno fértil para violações de direitos. Como forma de assegurar a eficiência e o controle dos atos da administração pública, também se mostra necessário que todas as restrições momentâneas de liberdade, decorrentes de revista pessoal, bem como aquelas que resultem em busca pessoal ou domiciliar, sejam objeto de análise por parte do Ministério Público a fim de evitar práticas invasivas do Estado não respaldadas pela lei e em afronta aos princípios fundamentais que regem a limitação estatal.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

ÁVILA, T. A. P. de. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. 2014. 1.237 p. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) - Universidade de Lisboa, Portugal, 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Outorgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 03/06/2019.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 03 Out. 1941. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 17 de Maio de 2019.

BRASIL. Lei Complementar 75, de 20 de Maio de 1993. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 de mai. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 de ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de Junho de 2013. **Diário Oficial [da] União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 de Jun. 2013. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm)>. Acesso em: 17 de Maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de Fevereiro de 1993. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de fev. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm)>. Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 01 Fev. 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm)>. Acesso em: 17 de Maio de 2019.

BRASIL. **Resolução CNMP nº 20 de 28 de Maio de 2007**. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolu%C3%A7ao\\_n%C2%BA\\_20\\_alterada\\_pelas\\_Resolu%C3%A7%C3%B5es-65-98\\_113\\_e\\_121.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolu%C3%A7ao_n%C2%BA_20_alterada_pelas_Resolu%C3%A7%C3%B5es-65-98_113_e_121.pdf)> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 81305**. rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 13 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo250.htm>> Acesso em: 26/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84772**. Segunda Turma. Brasília, DF, 19 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44336/o-supremo-tribunal-federal-define-limites-para-a-entrada-de-policiais-em-casa-sem-ordem-judicial>>. Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 13.823/RS**. rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25235990/reclamacao-rcl-13823-rs-stf>>. Acesso em: 31/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603616**. rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+603616%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+603616%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/avcypsx>>. Acesso em: 30/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>> Acesso em: 26/05/2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25/05/2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2012.

CARVALHO, M. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora *jus*PODIVM, 2018.

HABIB, G. **Leis Penais Especiais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: *jus*Podivm, 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013. p. 42-45.

MASSON, N. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora *jus*PODIVM, 2018.

MEDEVID, Admar Júnior. **Sistema policial brasileiro**. Disponível em: [http://www.historia.ufpr.br/monografias/2000/admar\\_julio\\_medvid.pdf](http://www.historia.ufpr.br/monografias/2000/admar_julio_medvid.pdf).

NICOLITT, A. L. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57.

SOUSA, Pedro Ivo de. **Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório**. Bahia: *Jus*Podivm, 2015

TÁVORA, N.; Alencar, R. R. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: *JusPodivm*, 2018.