

DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

O CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PELA POLÍCIA MILITAR NÃO FERE OS §§ 4º E 5º DO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ADIRSON ANTÔNIO GLÓRIO DE RAMOS

Major

Polícia Militar de Minas Gerais, Brasil

adirsonramos@msn.com

SEBASTIÃO PEREIRA DE SIQUEIRA

Coronel

Polícia Militar de Minas Gerais, Brasil

adirsonramos@msn.com

1. Acórdão

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 404.593-1 ESPÍRITO SANTO

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

RECORRENTE(S): R. B. C.

ADVOGADO (A/S): AMARILDO DE LACERDA BARBOSA

RECORRIDO (A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Necessidade de exame prévio de eventual ofensa à lei ordinária. Ofensa meramente reflexa ou indireta à Constituição Federal. Não conhecimento parcial do recurso. Precedente. Se, para provar contrariedade à Constituição da República, se deva, antes, demonstrar ofensa à lei ordinária, então é esta que conta para efeito de juízo de admissibilidade do recurso extraordinário.

AÇÃO PENAL. Prova. Mandado de busca e apreensão. Cumprimento pela Polícia Militar. Licitude. Providência de caráter cautelar emergencial. Diligência abrangida na competência da atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. Recurso extraordinário improvido. Inteligência do art. 144, §§ 4º e 5º da CF. Não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento de mandado de busca e apreensão emergencial pela Polícia Militar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer, em parte do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros CELSO DE MELLO e JOAQUIM BARBOSA.

Data do julgamento: 18 de agosto de 2009.

MINISTRO CEZAR PELUSO
RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – (Relator): 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINAR DE NULIDADE: PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E DESCUMPRIMENTO DO ART. 68 DO CPP – REJEITADAS – MÉRITO: TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – NÃO SE EXIGE ATOS DE MERCANCIA – CONDUTA ‘TER EM DEPÓSITO’ – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS MILITARES – PROVA VÁLIDA – RECURSO IMPROVIDO – UNANIMIDADE.

I – Preliminar de nulidade: provas obtidas por meio ilícito, rejeitada, unanimidade, pois o mandado de busca e apreensão, devidamente cumprido pela Polícia Militar, não ofendeu o art. 144, §§ 4º e 5º da Constituição Federal, mesmo não estando presentes o Promotor de Justiça e o Delegado de Polícia.

Ademais, sob o enfoque de menor rigor forma, é inegável que ocorreu a lavratura do auto circunstanciado das ações policiais realizadas na residência do Apelante, quando da sua prisão em flagrante.

II – Preliminar de nulidade: descumprimento do art. 68 do CPP, rejeitada, unanimidade, uma vez que no caso em tela o magistrado ao proceder a dosimetria a pena não vislumbrou a incidência da circunstância atenuante do ‘desconhecimento da lei’, assim, não poderia atenuar a pena do ora apelante.

III – Mérito: para a concretização do delito previsto no art. 12 da lei de tóxico não se exige somente atos de mercancia por parte do agente, já que a citada norma descreve 18 formas de conduta punível e que são núcleos do tipo. ‘*In casu*’ a conduta do Apelante se amolda na modalidade ‘ter em depósito’, que significa reter a coisa à sua disposição. Quem tem em depósito a droga pode vir as oferecê-la a outrem, e é este risco social que a lei pune. Por isso esse delito é considerado de perigo abstrato.

Os depoimentos dos policiais militares que procederam a diligência e apreenderam a droga na residência do ora Apelante, devem ser admitidos como meio eficaz e válido de prova, conforme jurisprudência já consolidada. O fato de constar registros desabonadores nas condutas funcionais dos policiais militares, não macula o procedimento de busca e apreensão, nem coloca sob suspeita seus depoimentos em juízo.

IV – Recurso improvido, à unanimidade.

O Ministério Público do Estado do Espírito Santo apresentou contrarrazões a fls. 282-286, pugnando pelo não conhecimento do recurso por ausência de prequestionamento e, no mérito, por seu improvimento, tendo em vista que o “doc. de fls. 46/47 dos autos comprova que o Comando de Policiamento Ostensivo objetivava

realizar uma diligência repressiva e preventiva, razão pela qual foi autorizada pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Barra de São Francisco, neste Estado. Não há menção à investigação que, constitucionalmente, incumbe à Polícia Civil. A realização de diligência de cunho preventivo não fere a previsão do art. 144, § 5º, da CF/88.” (fl.284)

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento. (fls. 312-317)

É o relatório.

VOTO: O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator): 1. Não conheço da arguição de descumprimento dos requisitos do art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal.

É que suposta violação das garantias constitucionais mencionadas configuraria, aqui, o que se chama mera ofensa reflexa, também dita indireta, à Constituição da República, porque eventual juízo sobre sua caracterização, dependeria de reexame prévio do caso à luz das normas infraconstitucionais, em cuja incidência e interpretação, para o decidir, se apoiou o acórdão impugnado, designadamente regras do Código de Processo Penal.

É, ao propósito, velhíssima a postura desta Corte no sentido de que, se, para provar contrariedade à Constituição, se deva, antes, demonstrar ofensa à lei ordinária, então é esta que conta para efeito de juízo de admissibilidade do recurso extraordinário (cf., por todos, RE nº 92.264-SP, Rel. Min. DECIO MIRANDA, in RTJ 94/462-464). E este enunciado sintetiza raciocínio de certa simplicidade, que está no seguinte.

É natural que, propondo-se a Constituição como fundamento jurídico último, formal e material, do ordenamento, toda questão jurídico-normativa apresente ângulos ou aspectos de algum modo constitucionais, em coerência com os predicados da unidade e da lógica que permeiam toda a ordem jurídica.

Mas tal fenômeno não autoriza que, para efeitos de admissibilidade de recurso extraordinário, sempre se dê relevo ou prevalência à dimensão constitucional da *quaestio iuris*, sob pretexto de a aplicação da norma ordinária encobrir ofensa à Constituição, porque esse corte epistemológico de natureza absoluta equivaleria à adoção de um atalho que, de um lado, degradaria o valor referencial da Carta, barateando-lhe a eficácia, e, de outro, aniquilaria todo o alcance teórico das normas infraconstitucionais, enquanto materialização e desdobramento necessário do ordenamento, destinadas, que são, a dar atualidade, consequência e sentido prático ao conteúdo normativo inscrito nas disposições constitucionais.

Tal preponderância só quadra à hipótese de o recurso alegar e demonstrar que o significado normativo atribuído pela decisão ao texto da lei subalterna, no ato de aplicá-la ao caso, guarde possibilidade teórica de afronta a princípio ou regra constitucional objeto de discussão na causa. E, ainda assim, sem descurar-se da falácia de conhecido estratagema retórico que, no recurso, invoca, desnecessariamente, norma constitucional para justificar pretensão de releitura da norma infraconstitucional aplicada, quando, na instância ordinária, não se discutiu ou, o que é mais, nem se delineeie eventual incompatibilidade entre ambas. É coisa que não escapou a velho precedente da Corte, do qual consta o seguinte:

[...] observo, com relação [à questão constitucional], que é incommum que, para se interpretar um texto infraconstitucional, haja necessidade de, para reforçar a exegese, se invocarem textos constitucionais, exceto quando seja preciso conciliar a lei ordinária com a Constituição por meio da técnica da interpretação conforme a Carta Magna. (voto do Min. MOREIRA ALVES, ao RE nº 147.684, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, *in* RTJ 148/2.

Neste caso, não há questão constitucional capaz de tornar admissível o recurso extraordinário, porque o que, no fundo, sustenta o recorrente é que, aplicando normas subalternas, revestidas de incontroversa constitucionalidade formal e material, a fatos insuscetíveis de rediscussão nesta via, quando não poderia tê-lo feito, porque tais fatos não corresponderiam às suas *fatispecie*

abstratas, teria o tribunal *a quo* proferido decisão errônea (*error in indicando*), cujo resultado prático implicaria violação de normas constitucionais. É hipótese típica do que se costuma definir como ofensa reflexa ou indireta, que, a bem ver, não tipifica ofensa alguma à Constituição.

Desse modo, nem se excogita existência de repercussão geral que só convém a questões constitucionais.

Não conheço, pois, do recurso no tocante a tal alegação.

2. Mas examino a de uso de prova ilícita.

O cumprimento de mandado de busca e apreensão pela polícia militar não fere os §§ 4º e 5º do art. 144 da Constituição Federal. Eis o que esta prescreve:

§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Dessas normas tira-se que não houve usurpação de competência, porque não foram realizados atos de investigação nem de instrução, reservados à função de polícia judiciária.

O mandado de busca e apreensão foi expedido em resposta à solicitação feita por comandante da polícia militar, em virtude da verificação de tráfico de drogas, na localidade, pelo Serviço Reservado da Companhia da polícia militar (fl. 46).

Sobre este aspecto, foi esta a decisão do juízo de primeiro grau, integralmente subscrita pelo acórdão recorrido:

A Defesa alega a invalidade da prova trazida aos autos, posto que entende obtida por meio ilícito. Como primeira preliminar, diz que o mandado de busca e apreensão não poderia ser deferido por esse juízo à Polícia Militar, por falta de competência constitucional para a apuração de infrações penais.

Tal alegação improcede posto que a busca e apreensão determinada por esse juízo, para ser cumprida pela Polícia Militar não ofende a Carta Magna, eis que a medida é meramente cautelar e não enseja, por si só, em ato de apuração de apreensão do próprio corpo de delito, que no caso se constituía na substância causadora de dependência física e psíquica apreendida.

Tratou-se a providência deferida, de medida cautelar de caráter emergencial, e neste particular, não contrariou o texto constitucional, eis que não esgotante das apurações a serem evadas a termo pela Polícia Judiciária Estadual.

Importante ressaltar, como, aliás, exposto antes nas informações prestadas às fls. 92, *que o mandado teve seu cumprimento direcionado à autoridade policial militar porque as sindicâncias preliminares relativas aos locais suspeitos foram realizadas pelo Serviço de Informações da Unidade Policial Militar local, sendo de bom senso que os mandados fossem cumpridos pelos funcionários públicos estaduais que realizaram as diligências anteriores.*

A competência constitucional da Polícia Civil foi respeitada, eis que o auto de prisão em flagrante delito lavrado pela Autoridade Policial Civil, na Delegacia de Polícia desta Cidade, assim, como todo o inquérito foi presidido por dita Autoridade, sendo também certo que os laudos periciais, tanto preliminar quanto o toxicológico definitivo, foram confeccionados por servidores policiais civis.

A busca e apreensão realizadas nestas circunstâncias por Policiais Militares não violam o texto constitucional, posto que tratou-se, como já dito, de mera medida cautelar emergencial que objetivou a obtenção da provas do crime em apuração, consubstanciada na apreensão do corpo de delito, que, no caso, é a própria *Cannabis sativa lineu*, conhecida como MACONHA. (fls. 166-167).

A ação, como se vê, cabia no âmbito de atribuições conferidas à polícia militar, podendo ser classificada como atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

A Corte, aliás, já se manifestou a respeito, em caso idêntico, no julgamento do HC nº 91.481, (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 23.10.2008):

BUSCA E APREENSÃO – TRÁFICO DE DROGAS – ORDEM JUDICIAL – CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR. Ante o disposto no art. 144 da Constituição Federal, a circunstância de haver atuado, a polícia militar não contamina o flagrante e a busca e apreensão realizadas. AUTO CIRCUNSTANCIADO - § 7º DO ARTIGO 245 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Atende ao disposto no § 7º do artigo 245 do Código de Processo Penal procedimento a revelar auto de prisão em flagrante assinado pela autoridade competente, do qual constam o condutor, o conduzido e as testemunhas; despacho ratificando a prisão em flagrante; nota de culpa e consciência das garantias constitucionais; comunicação do recolhimento do envolvido à autoridade policial; lavratura do boletim de ocorrência; auto de apreensão e solicitação de perícia ao Instituto de Criminalística.

Por fim, a prisão em flagrante poderia ser efetivada por qualquer pessoa (art. 301 do Código de Processo Penal), até porque se considera existente tal situação, nos crimes permanentes, enquanto não cesse a permanência (art. 308 do CPP). Não havia óbice, portanto, a que os policiais militares a tivessem realizado.

Também com relação a estoutro aspecto, a Corte já decidiu:

EMENTA: *Habeas corpus*. Paciente condenado como incurso no art. 12, da Lei nº 6.368, de 1976, à pena de 6 anos de reclusão e 100 dias-multa. 2. Sustentação de que a condenação fora embasada em prova ilícita, obtida no domicílio do paciente. 3. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo indeferimento do *writ*. 4. não há falar-se em ilicitude de prova, com a busca domiciliar ocorrida, eis que à vista de flagrante delito. 5. *Habeas corpus* indeferido. (HC nº 73.921, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 18.08.2000).

3. Isto posto, conheço em parte, do recurso extraordinário, e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

MINISTRO CEZAR PELUSO
Relator

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 404.593.1

PRODEC.: ESPÍRITO SANTO

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

RECTE. (S): R. B. C.

ADV. (A/S): AMARILDO DE LACERDA BARBOSA.

RECD. (A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO: A Turma, à unanimidade, conheceu, em parte, do recurso e, na parte conhecida, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Melo e Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 18.08.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Castanhede
Coordenador

2. Razões

As mudanças, em face da natureza, e a forma com que ocorrem, trazem consigo elevado grau de hesitação e angústia, ocasionando entraves e, via de regra, força indivíduos, organizações e instituições, desafiados, a se adaptarem às novas regras, fazendo com que

procedimentos antigos e tradicionais cedam à busca de novas soluções, abrindo alas à modernidade, num ambiente em que a simplicidade, a celeridade e economia tem sido o norte para o desempenho da atividade humana em todos os setores do convívio social.

Assim, tem-se que os trabalhos e estudos realizados pelos operadores do Direito e, pelos que, de alguma forma tem o dever legal de intervir nas situações de conflito, devem ter como metas a consolidação de ideais, pensamentos e ações, buscando-se a análise dos fatores motivacionais no desempenho da função pública e a eliminação dos fatores distorcidos, sempre com a finalidade de melhor atender aos anseios da sociedade.

O acórdão em estudo consolida a competência e afirma a litude da prova quando o meio empregado para a sua obtenção for o mandado de busca e apreensão requerido junto ao Poder Judiciário pela polícia preventiva ou administrativa no desempenho da atividade policial de natureza repressiva e preventiva.

A sociedade está cada vez mais objetiva na procura de algumas soluções e, atender o clamor público por meio do correto entendimento do espírito da norma garantirá o funcionamento e evolução do sistema de defesa social. Pois, tornar a prestação jurisdicional mais eficiente, com vista a dar uma resposta imediata à sociedade no que diz respeito aos ilícitos penais, ceifando a burocracia reinante e gerando mais crédito para o próprio sistema de defesa social deve ser uma das metas de todo operador do Direito.

Assim, o tema será discutido na ambiência dos conceitos de autoridade policial, competência e exclusividade para a prática de determinados atos que direta ou indiretamente irão servir para a decisão jurisdicional, enfim, a litude e competência dos órgãos incumbidos de prestar o serviço de segurança pública à sociedade para requerer mandados de busca e apreensão junto ao Poder Judiciário.

Entretanto, inexistente a intenção de esgotar o assunto, o qual ainda será alvo de discussões na seara do Judiciário, principalmente quando um outro órgão encarregado da execução da atividade

policial busca exclusividade para o exercício de práticas comuns a todos. Sempre deve ser considerado que o “direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana”, abrangente, de relevância indiscutível, de consequências sociais segundo as diferentes perspectivas, constituindo permanente desafio à reflexão do jurista e, compreendê-lo não é tarefa fácil. (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 1-5).

3. Justificativa

O tema adquire relevância a partir do momento em que se questiona a competência dos órgãos encarregados da segurança pública para exercer atividades inerentes ao policiamento, cujos princípios norteadores encontram-se delineados na Constituição Federal de 1988, a qual atribui a preservação da ordem e da incolumidade das pessoas e do patrimônio à Polícia Federal, à Polícia Rodoviária Federal, à Polícia Ferroviária Federal, à Polícia Civil, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militar.

Todos os órgãos policiais exercem a atividade de segurança pública, a qual tem por escopo a integridade física e patrimonial do cidadão, sendo esses órgãos responsáveis pela manutenção e preservação da ordem pública, estando seus integrantes, sem exceção, investidos de função policial. Em sentido amplo, autoridade policial é todo aquele que se acha investido em função policial. Em sentido estrito, a lógica leva ao entendimento de que o conceito abarca autoridades específicas, como exemplos, a direção do inquérito policial somente por Delegado de Polícia estadual ou federal e o inquérito policial militar sempre dirigido e instruído pela autoridade de polícia judiciária militar.

A polícia é uma necessidade social básica. É uma instituição antiga. Nasceu no seio do grupo para garantir a existência do próprio grupo. Conforme afirma Klinger Sobreira de Almeida:

É a polícia que vela pela ordem pública, visualizada esta como um sentimento de respeito às leis, um consenso de comportamento social harmônico, um clima de paz. É a polícia que enfren-

ta bandidos, facínoras ou perigosos delinquentes, prendendo-os ou abatendo-os nas refregas, ou mesmo tombando em defesa da sociedade. É a polícia que acorre convocada ou de iniciativa, quando o louco furioso e/ou exterminador investe contra inocentes e pacatas pessoas, ou mesmo contra familiares. É a polícia que é chamada para socorrer o indefeso de um ataque do animal bravo. É a polícia que dá assistência quando todos falham, carregando doentes, fazendo partos, oferecendo os primeiros e essenciais socorros. É a polícia que morre em defesa da sociedade. É a polícia que não fecha as portas, que exercita expediente integral, que, sempre, nos longínquos e inóspitos rincões, constitui quase que à única manifestação de governo. É a polícia que, chegando pioneiramente, implantando a ordem, participa da edificação das grandes e portentosas comunidades. Sua Função é, pois, civilizadora, progressista e construtiva. (ALMEIDA, 1987).

Portanto, é tão ampla a atividade da segurança pública que não há como definir de forma precisa e objetiva a atribuição específica de cada órgão. Todos buscam o mesmo fim. Cabe ressaltar que a sociedade anseia por proteção pública, não lhe interessando que o organismo de prestação do serviço seja militar ou civil, estadual, federal ou municipal, Polícia Militar, Polícia Civil, Guarda Civil ou Guarda Municipal, força pública ou guarda noturno. A comunidade exige órgãos fortes e sadios, dinâmicos e eficazes, capazes de assegurar-lhe proteção contra os riscos que rondam as populações das modernas e das antigas, das grandes e das pequenas cidades.

Muito se tem discutido, principalmente entre os órgãos responsáveis pela segurança pública justamente o conceito de autoridade policial. Vê-se que a discussão afasta-se do cunho jurídico e passa a ganhar natureza individual ou coletiva, geralmente centrada na necessidade ou vontade pela fatia do poder, sempre efêmero e fugaz.

A doutrina conceitua autoridade policial como sendo aquela exercida pelos órgãos administrativos dotados de poder de polícia, compreendendo o desempenho da polícia judiciária, de caráter repressivo, investigando e colhendo provas da existência do fato e de sua autoria, para ajuizamento da ação penal, tendo como responsáveis a Polícia Federal e a Polícia Civil; e o desempenho da

polícia administrativa, de caráter preventivo, que se destina à ordem pública e ao impedimento da prática ou da eclosão do delito, tendo como responsáveis a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar. Em todos os casos, o exercício da atividade policial pressupõe poder de polícia. (JESUS, 1997, p. 53-54).

Autoridade, para o direito, é o poder pelo qual uma pessoa ou entidade se impõe às outras, em razão de seu estado ou situação. Funcionalmente, qualquer agente público dotado de poder legal para submeter outrem a uma determinada situação, ainda que contra a sua vontade, é autoridade policial. No caso dos agentes públicos policiais, todos os integrantes dos órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal “são considerados autoridades, de maior ou menor poder, uma vez que este é pressuposto necessário para o desempenho da função de policiamento” (JESUS, 1997, p. 54-55), não importando se a natureza é preventiva ou repressiva. A abrangência ou limitação do conceito dependerá da atividade a ser desenvolvida.

No âmbito do direito administrativo, extrai-se do acórdão RE n. 80839/STF que o soldado de polícia, fardado e armado é a encarnação mais presente e respeitada da autoridade do Estado, estando investido de uma parcela do poder público. Assim, pois, todo aquele que integrar um dos órgãos do Estado federado ou da União exercendo poder público, agindo independentemente de provocação, possuindo discricionariedade e buscando o interesse público é uma autoridade policial. (JESUS, 1997. p. 55).

Na seara do processo penal comum o entendimento é dotado de características próprias. Extrai-se do art. 144 da CF/88 e do art. 4º do Código de Processo Penal, segundo a lógica e a doutrina que o delegado de polícia estadual ou federal é a única autoridade policial quando o assunto constitui o exercício das funções de polícia investigativa e a apuração das infrações penais, exceto as militares, ocasião em que a autoridade de polícia judiciária é inerente aos Oficiais das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares. Assim, restringe-se o conceito para considerar autoridade policial apenas o servidor público competente para

conceder fiança, presidir o inquérito policial e requisitar diligências investigatórias, o que pode ser considerado muito pouco ou quase nada quando o assunto é o exercício da atividade policial.

Comumente, a doutrina classifica a polícia em administrativa e judiciária. A primeira é preventiva e a segunda é repressiva, mas o mesmo órgão pode ser eclético, agindo preventiva e repressivamente em razão da tênue linha de diferenciação. Conclui-se que, estando um órgão no exercício da atividade policial preventiva (administrativa) e houver a eclosão do delito penal, nada impede que ela passe imediatamente a desenvolver a atividade policial repressiva (judiciária). É o que se vê na prática. Segue a mesma linha de raciocínio a atuação sumária ou termo circunstanciado de ocorrência preconizado no art. 69 da Lei n. 9.099/95, o qual tem sido interpretado no sentido de que é autoridade policial para a lavratura do termo “qualquer servidor público que tenha atribuições de exercer o policiamento, preventivo ou repressivo”. (JESUS, 1997, p. 50-61). Cabe espaço para mencionar o conceito de autoridade extraído do art. 5º da Lei n. 4.898/65, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade: “Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”.

4. Finalidade

Ao discutir o tema busca-se demonstrar que a atuação dos órgãos policiais tem por escopo a defesa da sociedade. O cidadão, na maioria das vezes, tem na polícia o primeiro escudo protetor dos direitos e garantias consagrados na Constituição, bastando para o seu acionamento o “simples aceno de mão”, tornando a instituição “polícia” como o verdadeiro bastião na proteção e defesa dos direitos humanos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Independente do órgão que estiver atuando, cabe relevar que o objetivo a ser perseguido deverá ser sempre a segurança pública e todos os instrumentos constitucionais e legais disponíveis devem ser aplicados nessa busca incessante que envolve todo o sistema

de defesa social, com o envolvimento do Ministério Público, órgão incansável na luta pelos direitos individuais e coletivos, destacando-se como um dos esteios de todo o sistema.

A ementa da Reclamação n. 2008.030687-2 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que teve como relator o Desembargador Substituto Victor Ferreira, afirma que não há exclusividade das funções de polícia judiciária no âmbito dos Estados da Federação, entretanto, essa exclusividade vai existir na atuação da Polícia Federal:

RECLAMAÇÃO. PEDIDO MINISTERIAL DE BUSCA E APREENSÃO A SER CUMPRIDA PELA POLÍCIA MILITAR. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE DAS FUNÇÕES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ÂMBITO ESTADUAL. MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE EXIGEM ATUAÇÃO IMEDIATA DO ESTADO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA POLÍCIA MILITAR EVIDENCIADA. RECURSO PROVIDO.

A Constituição Federal em seu art. 114, § 4º, ao preconizar que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”, define as funções da Polícia Civil. Porém, em nenhum momento estabelece qualquer cláusula de exclusividade, o que impede a feudalização de determinadas atividades quando o assunto é a solicitação de mandados de busca e apreensão por parte da Polícia Militar para a realização de diligências de natureza administrativa, entendidas como sendo aquelas que antecedem a atuação da polícia judiciária e a instauração do inquérito, pois são totalmente desprovidas do caráter investigatório exigido para a natureza informativa do inquérito policial.

Logicamente que o pedido deverá, obrigatoriamente, ser analisado pelo Ministério Público, órgão incumbido da fiscalização externa da atividade policial. Procuram entravar o sistema aqueles que argumentam no sentido de que os integrantes desta ou daquela

organização policial não detêm competência e conhecimento para solicitar e cumprir mandados de busca e apreensão.

Contudo, o contra-argumento solidifica-se com a participação do Ministério Público no processo e o conhecimento público e notório de que todos os integrantes dos órgãos policiais elencados no art. 144 da Constituição Federal recebem formação nas áreas do direito que lhes competem, relevando-se que os Oficiais das Polícias Militares, quando participam dos Conselhos de Justiça Militar no processo e julgamento de crimes militares, atuam *stricto sensu*, como juízes desempenhando a mesma atribuição dos juízes de direito (togados) do juízo militar.

É lógico, em razão da atividade, que os mandados de busca e apreensão necessários para a atividade investigativa são sempre solicitados e cumpridos pela Polícia Civil ou Federal. Mas, legal e juridicamente, nada impede que, nas diligências administrativas que antecedem a investigação criminal, os órgãos encarregados da segurança pública solicitem a expedição de mandados de busca e apreensão. Assim, amplia-se o conceito de autoridade policial e permite-se que toda e qualquer polícia, elencada no art. 144 da CF/88, cujos integrantes são autoridades policiais para esse fim específico, possam legal e lícitamente solicitar a expedição de mandados de busca e apreensão junto ao Judiciário, obviamente com a legítima participação do Ministério Público.

Conforme destacado por José Fernando Marreiros Sarabando:

Somente se e quando as polícias, o MP e o Judiciário atuarem com energia e com sinergia, é que a altamente lucrativa atividade do comércio ilegal das drogas começará a sofrer reveses, duros e irreversíveis, os quais, a partir do momento em que se tornarem constantes, submeterá o tráfico e os traficantes à autoridade efetiva do Estado, até a sua tão sonhada extinção definitiva. (SARABANDO, 2009, p. 226).

5. Comentário

A dicotomia polícia administrativa e polícia judiciária tem gerado confusões para o legislador e para os operadores do direito, haja vista que ambas são exteriorização de atividade tipicamente administrativa. Conforme afirma Álvaro Lazzarini:

A polícia administrativa é preventiva, regida pelas normas e princípios jurídicos do Direito Administrativo, enquanto que a polícia judiciária é repressiva, exercendo uma atividade tipicamente administrativa de simples auxiliar da repressão criminal, que é exercida pela Justiça Criminal, pelo órgão competente, inclusive de outro Poder da Soberania do Estado que é o Poder Judiciário. (LAZZARINI, 1992, p. 280).

Nesse ponto, há que se relevar que ambas atuam e são regidas pelas normas e princípios do Direito, em seus diversos e variados ramos e, não apenas do Direito Penal e Processual Penal numa visão inicial e minimalista. O órgão policial pode ser eclético, porque age preventiva e repressivamente, pois, passa necessária e automaticamente da atividade policial preventiva para o exercício da atividade policial repressiva, exercendo uma espécie de repressão imediata, uma vez que não conseguiu evitar o delito. (LAZZARINI, 1992a, p. 280).

A questão adquire extrema relevância a partir do momento em que tem levado os órgãos encarregados da segurança pública a um incansável labor na busca permanente de melhorias na atividade de segurança pública. O interesse da coletividade é a justificativa maior para que todos os atores envolvidos utilizem todas as ferramentas constitucionais possíveis para que a sociedade – a grande destinatária dos serviços de defesa social – sinta-se minimamente protegida pelo Estado.

O pedido e o cumprimento de mandados de busca e apreensão por qualquer dos órgãos policiais elencados no art. 144 da CF/88 não significa “usurpação de competência, por que tal procedimento não constitui atos de investigação nem de instrução, reservados à função de polícia judiciária”, conforme acentuou o Ministro Cezar Peluso, relator.

De passagem, há que se mencionar as inúmeras diligências de busca e apreensão realizadas pelas Receitas Federal e Estadual no âmbito de sua competência, bem como os mandados de busca e apreensão solicitados e cumpridos pela Polícia de Meio Ambiente. Nesse contexto, a atuação desta merece relevo. É de pleno conhecimento que essa atividade de policiamento, exercida pelas Polícias Militares dos Estados requerem, no desempenho da sua atividade, mandados de busca e apreensão junto ao Poder Judiciário com o escopo de reprimir o desmate com armazenamento de madeiras, locais de produção ilegal de carvão vegetal, armazenamento de caça abatida, aprisionamento ilegal de pássaros, rinhas de canários e galos e outras tantas irregularidades e crimes previstos na legislação ambiental.

Nesse aspecto, até mesmo por uma questão de lógica, a coletividade há de questionar a razão do permissivo para requerer mandados de busca e apreensão direcionados à reprimenda do engaiolamento de pássaros, e o impeditivo, para requerer mandados de busca e apreensão para a reprimenda do crime.

A coletividade, em face do mínimo existencial, poderia apresentar o argumento de que sendo o inquérito policial peça informativa, prescindível para o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público caso este entenda que a autoria e a materialidade da infração penal estejam comprovadas por outros meios, não seria necessária a investigação criminal. Assim, não há como ceifar a atuação de todos os órgãos encarregados pela segurança pública no cumprimento de mandados de busca e apreensão, fase que antecede a investigação criminal, consubstanciando-se na repressão imediata ao delito que não conseguiu impedir, coletando e fornecendo à própria polícia judiciária e à Justiça Criminal um primeiro material de averiguação e exame.

Conclui-se que, após a vigência da Constituição de 1988, em face da dicotomia estabelecida, a polícia judiciária exerce a sua atividade após a prática do ilícito penal, e, mesmo assim, após a repressão imediata por parte da polícia ostensiva, seja Militar Estadual, Rodoviária ou Ferroviária Federal, diante da infração penal que

não pode evitar, “tomando todas as providências elencadas no ordenamento processual para o tipo penal que, pelo menos em tese, tenha ocorrido”. (LAZZARINI, 1992b, p. 286).

5.1. Legitimidade, licitude e possibilidade dos órgãos de polícia ostensiva solicitar mandados de busca e apreensão junto ao Poder Judiciário

O ordenamento jurídico pátrio, em nenhum momento, concede exclusividade para o cumprimento de mandados de busca e apreensão. Extrai-se do recurso em *Habeas Corpus* n. 141236 – Rio de Janeiro (91.0010556-2):

alertada por *notitia criminis* oriunda de órgão policial militar, não macula a busca e apreensão o cumprimento do respectivo mandado judicial pelo mesmo órgão, tanto mais que se seguiu a regular instauração do inquérito pela Polícia Civil, à qual foram entregues os bens apreendidos.

Há de se concluir que a diligência está compreendida na atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, um dos vários motivos e objetivos de existência dos órgãos policiais.

Realmente o legislador constituinte reservou para determinados órgãos policiais algumas atividades específicas, mas em nenhum momento retirou dos órgãos encarregados do exercício da polícia preventiva ou administrativa a competência ou capacidade para requerer ou cumprir mandados de busca e apreensão.

Em análise do art. 144 da Constituição, extrai-se que, em matéria de polícia judiciária, só há exclusividade expressa para a Polícia Federal, ao passo que a Polícia Civil possui ampla competência de polícia judiciária, contudo não exclusiva nem privativa (LAZZARINI, 1992b, p. 159). O que se reserva à função de polícia judiciária, repressiva ou cartorária são os atos de investigação e de instrução nos casos de apuração de crimes por meio do inquérito policial, pressupondo-se que o instrumento utilizado pela polícia judiciária é o inquérito. Assim, qualquer medida adotada ou praticada antes

da instauração do inquérito policial tem natureza administrativa podendo ser executada por qualquer órgão policial.

Seguindo a lógica, qualquer dos órgãos policiais elencados no art. 144 da Constituição da República, seja Civil ou Militar, poderá solicitar junto ao Poder Judiciário, sempre com vista ao representante do Ministério Público, o mandado de busca e apreensão, quando no exercício rotineiro do policiamento ostensivo ou da atividade administrativa de verificar possíveis crimes que estejam sendo praticados, ou a praticar, com destaque para o tráfico de entorpecentes.

5.2. Comentário conclusivo do acórdão

Nesse sentido, o acórdão comentado define com clareza que “não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento de mandado de busca e apreensão emergencial pela polícia militar” ou qualquer dos órgãos policiais elencados no art. 144 da Constituição da República, quando, atuando no policiamento ostensivo com o objetivo de evitar o delito são obrigados a agirem na repressão imediata do delito que não se conseguiu evitar.

Em acórdão unânime, na Apelação Criminal n. 58.497-3, de Itanhaém, citado por Lazzarini (1992a, p. 287). ficou evidenciado o entendimento de que essa atuação com vista à coleta e fornecimento à própria polícia judiciária e à Justiça Criminal de um primeiro material de averiguação e exame é denominada investigação policial preventiva, e não invade a competência da polícia judiciária por não se tratar de inquérito policial, mas intervenção policial em face de um delito que está acontecendo ou está prestes a acontecer.

Numa síntese do pensamento expressado releva-se que não basta interpretar, estudar e decompor o texto legal, atendo-se às palavras e ao sentido respectivo; é preciso ir além. Deve-se examinar as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência deduzindo, assim, uma obra sistemática, um todo orgânico, com o objetivo principal de descobrir e revelar o Direito, construindo, recompondo e reconstruindo, compreendendo-a, “achando o direito positivo,

lógico, aplicável à vida real” (MAXIMILIANO, 1981, p. 45), haja vista que não há verdade absoluta, objetiva e indubitável, mas verdade relativa, reconstruída segundo o sujeito que recompõe e aplica o Direito, sempre objetivando a ampla e efetiva proteção dos direitos individuais e coletivos.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Klinger Sobreira de. *Mensagens profissionais*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1987.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1-5.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 53-54.

LAZZARINI, Álvaro. A constitucional de 1988 e a ordem pública. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, n. 115, jul./set. 1992a, p. 275-294.

LAZZARINI, Álvaro. A proteção do meio ambiente pela Polícia Militar. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, n. 116, out./dez. 1992b, p. 153-162.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 45.

SARABANDO, José Fernando Marreiros. Breves anotações sobre a atuação do Judiciário e do Ministério Público na repressão ao tráfico de drogas. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 13, jul./dez. 2009, p. 216-226.

TJSP. Acórdão unânime, em 21.12.1987, na Apelação Criminal nº 58.497-3, de Itanhém, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Lex, 2º bimestre, mar./abr. 1988.

DOI: 10.5935/1809-8487.20110017