

O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial

LUIZ FABIÃO GUASQUE*

1 - Introdução; 2 - O Ministério Público como função essencial do Estado; 3 - O Controle Externo da Atividade Policial; 4 - O nosso sistema federativo e a competência concorrente da União para estabelecer regras gerais; 5 - Conclusões.

1. Introdução

A idéia de direitos do homem e a diferença entre eles e os direitos do cidadão é produto de uma elaboração longuíssima. Mas foi no século XVIII e especialmente quando da Libertação Americana, em 1776, e da Revolução Francesa de 1789 que se chegou a uma formulação mais ou menos precisa de tais direitos. Nesse sentido é que Mirkine Guetzévitch afirma datar do fim do século XVIII a “técnica jurídica dos direitos do homem.”⁽¹⁾

Desses avanços narrados pela história, o grande desafio do mundo moderno, principalmente em países emergidos das trevas do totalitarismo é a realização de tais direitos.

Entre nós, a Constituição da República de 1988, compreendeu finalmente a distância entre a proteção jurídica e a efetividade dos direitos da pessoa. Não basta proclamar os direitos e dar garantias jurídicas, é preciso dar os meios para exercê-los, para desfrutá-los.

A primeira garantia dos direitos individuais está no próprio fato de defini-las e elencá-las.

A segunda, consiste em fazer esta declaração por meio de lei, com o que se evita que o Executivo ou o Judiciário possam recusá-los.

Também são garantias dos direitos individuais a separação dos poderes e a determinação precisa das atribuições de cada um deles e da competência de cada um de seus órgãos. É especialmente importante que eles exerçam mútuo contraste e vigilância de modo que nenhum possa exorbitar sem incorrer na censura e correção de outros. Os poderes são independentes enquanto agem dentro da lei. Se a infringem, subpõem-se à ação corretiva dos outros.

⁽¹⁾ *Les Constitutions Européennes*, 1º Vol., p.125.

Por isso, a expressão “controle externo da atividade policial pelo Ministério Público”, não significa ingerência que determine a subordinação da polícia judiciária ao *Parquet*. Mas sim a prática de atos administrativos pelo Ministério Público, de forma a possibilitar a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa assegurados na carta de 1988.

2. O Ministério Público como função essencial do Estado

A Constituição da República de 1988, abraçando a concepção da unidade do Poder do Estado e a conseqüente repartição das funções da soberania, dotou de autonomia politico-administrativa o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Visando dar efetividade aos direitos fundamentais que assegura, além da tutela do Estado de Direito, do regime democrático e dos direitos sociais, a lei magna concebeu o Ministério Público como a quarta função essencial do Estado, dotando-lhe da mesma autonomia dos chamados “poderes” tradicionais.⁽²⁾

Ao longo do texto da Lei Maior, o Constituinte originário demonstra reconhecer o Ministério Público como quarta função essencial do Estado.

À semelhança das outras funções, organiza-o com autonomia funcional e administrativa (art. 125, 2º e segs)

Confere aos Procuradores-Gerais iniciativa de leis complementares, portanto de natureza constitucional, para estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, fixando as garantias necessárias ao exercício da função constitucional que lhe atribui (art. 128, 5º e incisos).

Após reconhecê-lo como instituição permanente e essencial à função do Estado, incumbe-lhe: (art. 127)

- a) a defesa da ordem jurídica;
- b) do regime democrático;
- c) dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

Confere-lhe as funções de (art. 129 e incisos):

- a) promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- b) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;
- c) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- d) promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição;
- e) defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- f) expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência;

⁽²⁾ Sobre a concepção da unidade do Poder e a tripartição das funções ver Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, Vol. I, p. 229; José Afonso da Silva, *Direito Constitucional Positivo*, p. 95.

cia, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

g) exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

h) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

i) exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

De todos esses preceitos não é difícil concluir que o Ministério Público tem largo campo de ação não só para provocar a função jurisdicional, mas também para medidas administrativas em prol do interesse público.

Mas, é evidente, que para realizá-los faz-se necessário o surgimento de uma capacidade de atuação que seja menos provocativa da função jurisdicional e mais realizadora da segurança e gozo dos direitos da pessoa frente ao Estado.

O art. 26 e incisos da Lei 8.625/93, deixa clara esta forma operacional de atuação, quando lhe atribui a possibilidade de instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos com os poderes de condução coercitiva, além de requisição a quaisquer autoridades de instauração de sindicâncias e procedimentos administrativos cabíveis. Até as mais altas autoridades das funções do Estado, como Governador, membros do Poder Legislativo e os Desembargadores, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei, podem sofrer notificações e requisições.

Todas as suas atribuições constitucionais, bem como a utilização dos meios, têm por finalidade garantir sua autoridade contra os abusos da liberdade, criando um sistema de providências cautelares tendentes a prevenir as lesões da ordem e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

3. O Controle Externo da Atividade Policial

Assim, a atuação desse guardião atento do Direito deve possibilitar a Liberdade sem abuso e o Poder sem arbítrio, disciplinando a vida social, corrigindo os desvios da história e oferecendo ao nosso povo um ideal de vida, que impulse o progresso e a civilização.

É dentro desta realidade que o Constituinte originário lhe comete o controle externo da atividade policial.

A polícia judiciária, como função do Executivo incumbida da apuração e prevenção de crimes, deve observar:

1º - os direitos fundamentais da pessoa na utilização dos meios de sua atividade fim;

2º - a vinculação aos princípios que informam a persecução penal.

No primeiro caso basta atentar para os preceitos do art. 5º e incisos da Consti-

tuição da República, como por exemplo:

“III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.”

No segundo caso, e diretamente ligada a atuação da polícia judiciária, está o direito da pessoa, de ao sofrer lesão aos seus bens jurídicos, desde que típica ao Código Penal, pretender a atuação do Estado para a punição do culpado.

É o chamado direito de petição aos Poderes Públicos, para defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, previsto na letra “a” do inciso XXXIV do art.5º da Constituição da República.

A evolução histórica dos direitos da pessoa em face do Estado demonstra que a posição do indivíduo frente ao Poder se foi consolidando, e essa faculdade exercida perante o Estado começou a ser percebida com maior clareza.

Isso ocorre, por exemplo, no direito inglês, em que se passa, através de etapas sucessivas, de um *private bill* à configuração de um *right of petition*. Os diversos textos do direito constitucional anglicano, a partir da Magna Carta, vêm consagrando, cada vez mais acentuadamente, esse processo, dando mais e mais consistência a um direito que, privado em sua origem, adquire sentido político com a marcha do tempo.

Uma linha paralela se encontra no direito foral espanhol. Como tem acontecido com muitas manifestações do direito político, os antigos textos espanhóis (al-

guns deles anteriores a fenômenos similares constatados no direito inglês) anteciparam, admiravelmente, grandes revelações jurídicas, que só se consolidariam, mais tarde, em outros sistemas.

De sua parte, o direito francês nos oferece um exemplo análogo. Ao discutir-se a Constituição de 1791, Le Chapelier distinguiu entre *plainte* e *pétition*, encontrando diante de si a oposição de Robespierre, que, mais por motivos políticos do que jurídicos, preferiu adotar êste último conceito como direito próprio do indivíduo de se dirigir à autoridade.

Essa autoridade pode ser, na estrutura rudimentar dos poderes do Estado, até o século VIII, tanto o poder Executivo, como o Legislativo ou o Judiciário, visto que o rei concentra em sua pessoa todos os poderes do Estado e é, normalmente, a ele, que se dirige a petição. A partir do século VIII e, especialmente, quando a divisão dos poderes se firmou como postulado essencial, nas diferentes constituições do século XIX, o direito de petição pôde ser exercido em relação a todos os poderes, ou melhor, funções do Estado.⁽³⁾

Mas, é evidente, que tal garantia não se consubstancia em ato formal de comunicação de crime pelo particular ou qualquer outro órgão, e sujeito ao arbítrio da autoridade como o era na época dos reis. É garantido ao cidadão, o direito subjetivo de obter do Estado uma manifestação sobre sua pretensão de apuração das infrações penais e da autoria de que foi vítima, conferida a polícia judiciária, para que outro órgão do Estado, que é o Ministério Público, possa pretender a infligção de pena aos culpados.

No que respeita às regras que vinculam a atividade policial e a do Ministério Público na ação penal pública, estabelece o Código de Processo Penal que:

“Art. 5º - Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Art. 17 - A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.”

Esses preceitos guardam razão de consonância com o art. 24 do mesmo diploma, que consagra a regra da obrigatoriedade da ação penal pública pela expressão: **será promovida.**

Decorre deste princípio a indesistibilidade da ação penal, consagrada no art. 42: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

Quanto às suas conseqüências, ensina Hélio Tornaghi:

⁽³⁾ Eduardo Couture, *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, p. 31.

“Obrigatoriedade e indisponibilidade são formas de uma só realidade jurídica: a indisponibilidade. Renunciar à ação pública ou dela desistir acarretaria a conseqüência de dispor da punição, **o que não é dado a esse órgão do Estado e sim a outros: Presidente da República, em caso de graça ou indulto; Congresso Nacional, nos de anistia e *novatio legis*.** Na hipótese de anistia a iniciativa é do Executivo.”(grifamos)⁽⁴⁾

O controle da observância desse dever jurídico de obrigatoriedade da ação penal pública imposto ao Ministério Público pela lei de Processo é feito de duas formas:

1º - pelo juiz, que não considerando procedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, só ficando obrigado a atender neste caso (art. 28 do C.P.P.);

2º - ao particular através da ação penal privada subsidiária da pública, caso o Ministério Público não a intente no prazo legal (art.29).

A primeira, adequada ao princípio da independência e harmonia dos poderes expresso no art.2º da Lei Maior, que submete o Ministério Público, hoje função essencial do Estado, ao controle por outra.

A segunda, amoldada atualmente ao tipo de democracia participativa estabelecido com a Constituição da República de 1988, que comete ao cidadão esta preocupação quando defere o controle das contas municipais aos contribuintes (art. 31, § 3º); possibilita a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, a legitimidade para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º); determina que a seguridade social tenha caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados (art.194, inc. VII); o ensino público seja gerido democraticamente, nos termos da lei (art. 206, inc. VI) e que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promova a proteção ao patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, § 1º).

A participação, bem como o controle de uma função sobre a outra, é meio de estabilidade necessário e auxiliar para garantir o Estado de Direito.

Dito isso, vêm-nos as seguintes indagações:

1. Quem controla a atividade-fim da polícia judiciária?
2. Como se realiza a fiscalização da imposição do não arquivamento de autos de inquérito, decorrente da obrigatoriedade da ação penal pública, determinada no art.17 do Código de Processo Penal?
3. Os fatos criminosos que são levados à autoridade policial, ou seja, os registros de ocorrência se submetem ao arbítrio do Delegado em dar-lhes andamento?

⁽⁴⁾ Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, pág. 41 e v.

4. Tem a autoridade policial, ao se manifestar sobre o direito de petição do particular exercido diretamente ou por outro órgão, o poder de dispor da punição, decidindo dar continuidade aos que entender relevantes, submetendo esse procedimento apenas ao controle interno de seu órgão correicional?

5. No Estado de Direito Democrático o princípio basilar do controle de uma função pela outra, é excepcionado para a atuação do executivo, através da polícia judiciária de prevenção e investigação de crimes, de só se submeter ao seu controle interno?

Passemos às respostas.

1. O controle externo da atividade-fim da polícia judiciária é cometida ao Ministério Público pelo art. 129, inciso VII da Constituição da República, que tem hoje eficácia plena nos termos da legislação infraconstitucional, que através da Lei Complementar nº 75/93, estabeleceu nos seus arts. 9º e 10, do Capítulo III, quando trata do controle externo da atividade policial que:

“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 e 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 a 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.**

Art.10 - A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, **deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.**”

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, nº 8.625/93, de iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, par. 1º, inc. II, letra “b”), impõe a aplicação desses preceitos aos Estados Federados ao determinar no seu art. 80 que:

“Art. 80 - Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.”

Ausente a regra no âmbito do Estado Federado, deve ser aplicado o preceito da lei complementar federal por força do dispositivo *supra* referido.

2. Dito isso, não é difícil concluir que o controle da imposição do não arqui-

vamento de investigações pela autoridade policial, prevista no art. 17 do C.P.P. é feita com a requisição de todos os registros de ocorrência havidos na unidade policial, conforme o art. 9º, inciso II da Lei Complementar nº 75/93: “tendo acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial.”

Os demais direitos fundamentais serão assegurados por simples fiscalização da unidade policial, que de fato tem servido para cumprimento de condenações.

3 e 5. Vale ressaltar, que nos termos do art. 37 da lei maior:

“Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte...”

Tal imposição nada mais é do que manifestação do princípio da segurança jurídica, expressão do da legalidade e do da ampla defesa (art. 5º e incs. II e LV da C.R.), primados do Estado de Direito, no sentido de que todo ato administrativo seja motivado, de forma a possibilitar o controle pelo Judiciário da existência ou não dos motivos.

Nestes termos, a atividade policial não pode ser exceção à regra, formando mais do que juízo discricionário de conveniência e oportunidade para a continuidade ou não de investigação sobre comunicação de fato criminoso, pois ninguém detém no nosso ordenamento poder ou liberdade para tanto. A não ser o submetendo a outra função do Estado, como ao Judiciário, para a análise da existência ou não dos motivos.

No caso do arquivamento do inquérito pelo Ministério Público este controle é feito pelo juiz ou pelo cidadão na ação penal privada subsidiária da pública como vimos.

Liberdade sem controle é sinônimo de arbítrio, que se contrapõe ao nosso regime democrático.

Note-se, que como referimos anteriormente ao citarmos Hélio Tornaghi, as possibilidades de renúncia à obrigatoriedade da ação penal pública são exceções deferidas apenas ao Presidente da República, em caso de graça, ou indulto, e ao Congresso nos casos de anistia e *novatio legis*. E só aí.

4. Assim, o direito de petição do particular de pretender a punição dos culpados por crimes, não pode estar sujeito a verdadeiro arbítrio do Executivo, através da autoridade policial, que apenas, *interna corporis* o submete ao seu órgão correicional de polícia civil.

4. O nosso sistema federativo e a competência concorrente da União para estabelecer regras gerais

Estabelece o art. 129, incisos VI e VII da Constituição da República que:

“Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

VI- expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los **na forma da lei complementar respectiva;**

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

O artigo anterior, por sua vez, estabelece (art.128, par. 5º):

“Par. 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, **as atribuições** e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: ”

Portanto, existe competência concorrente à União e Estados Federados para estabelecer a “organização e o estatuto de cada Ministério Público, observadas as garantias impostas na Constituição da República.”

A ela se soma ainda, a competência privativa do Presidente da República para leis que disponham sobre:

“d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (Lei 8.625/93);”

Dito isso, podemos afirmar que:

Tratando-se de competência concorrente à União através do Presidente da República e aos Procuradores da República e dos Estados federados, cabe ao poder central estabelecer regras gerais, nos termos do art. 24, par.1º:

“Par. 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.”

O preceito tem sentido lógico com o nosso sistema federativo. O Federalismo Brasileiro nasceu da necessidade de se descentralizar um estado unitário, onde a extensão demográfica inviabilizava a centralização.

Nos E.U.A., o Estado formou-se de uma evolução centrípeta, ou seja, de fora para dentro, e da necessidade de as 12 colônias se unirem para combater o domínio da Inglaterra. Desta forma, o que houve originariamente, foi uma confederação com os estados mantendo sua soberania.

Portanto, a evolução centrífuga do nosso federalismo, não possibilita analogia ao modelo norte-americano. A influência do sistema americano foi tão marcante, que chegamos a ter a possibilidade de os Estados elaborarem seus próprios códigos de processo, o que hoje é vedado pela regra do art. 22, inc. I da Constituição da República.

Assim, tratando-se de competência concorrente, o controle externo da polícia previsto na lei complementar federal, é regra geral que deve ser observada por todos os entes federados. O Estado-membro pode, se quiser, alargar o campo deste controle, nunca restringi-lo, pois, nos termos do par. 4º do mesmo artigo 24:

“Par. 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

Pensar o contrário, seria admitir-se que a União determinou forma de controle externo da atividade policial, que pode ser diminuída ou até mesmo suprimida no âmbito do Estado-membro. O que contraria o nosso sistema federativo.

Seria aceitar-se que o Ministério Público Federal pode controlar a polícia da União nos termos dos arts. 9º e 10 da Lei Complementar nº 75/93, praticando o elenco de atribuições ali deferidas, e que nos Estados, tais prerrogativas fossem limitadas, estabelecendo-se uma espécie de federalismo que não se compadece com o nosso regime atual.

5. Conclusões

De todo o exposto, podemos concluir finalmente que:

1) O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público não significa ingerência que determine a subordinação da polícia judiciária ao *Parquet*. Mas a prática de atos administrativos por este, de forma a possibilitar a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa assegurados na Carta de 1988, conforme o dever jurídico que lhe é imposto pelo art. 127 *caput* da lei maior.

2) Ligada a atuação da polícia judiciária está o direito de petição da pessoa, assegurado no art. 5º, inciso XXXIV, letra “a” da Constituição da República, de ao sofrer lesão aos seus bens jurídicos, desde que típica ao Código Penal, pretender a atuação do Estado para a punição do culpado.

3) O controle à efetividade deste direito, além da obrigatoriedade do não arquivamento de inquéritos pela autoridade policial (art. 17 do CPP) é feito pelo Ministério Público, que tem o dever de requisitar todos os Registros de Ocorrência (art. 9º, inc. II, da L.C. 75/93) de infrações penais comunicadas à polícia judiciária.

4) Viabilizando este controle, os preceitos dos arts. 9º e 10 da Lei Complementar nº 75/93 são regras gerais que se aplicam a todos os Estados Federados, por força da competência concorrente do nosso sistema federativo.

5) No âmbito dos entes federados as leis estaduais podem regulamentar e ampliar esses comandos, nunca diminuí-los, sob pena de confrontar-se com a legislação federal, que estabeleceu regras gerais sobre a matéria, nos termos do art. 24, par.1º da Constituição da República.

6) Também por força do art. 10 da Lei Complementar nº 75, tem aplicabilidade a todos os estados federados, a necessidade de comunicação de prisão de qualquer pessoa ao Ministério Público, por força da competência concorrente da União para estabelecer regras gerais, como referimos.

* **Luiz Fabião Guasque** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.