

O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE POLICIAL: PERSPECTIVAS PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

POLICE DISCRETION CONTROL: PERSPECTIVES FOR THE BRAZILIAN MINISTÉRIO PÚBLICO

Thiago Pierobom de Ávila¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Pressupostos de fato das medidas de polícia. 2. Consequências jurídicas: a escolha das medidas de polícia disponíveis. 3. Normas procedimentais de garantia. 4. Reflexões para a atuação do Ministério Público. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente artigo possui o objetivo de analisar a controlabilidade dos espaços de discricionariedade na atuação policial e as perspectivas de atuação do Ministério Público diante de sua função constitucional de órgão de controle externo. Trata-se de estudo de revisão bibliográfica das teorias do ato administrativo aplicadas à discricionariedade administrativa e de análise de hermenêutica jurídica à luz do método de interpretação sistemática com os princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais. Para tanto, analisam-se os elementos relacionados aos pressupostos de fato, consequências jurídicas e normas procedimentais de controle das medidas de polícia, e como o Ministério Público pode atuar no controle dos espaços de discricionariedade policial nessas medidas. Conclui-se que o Ministério Público, em sua função de Ombudsman da atividade policial, possui relevante atuação extrajudicial no fomento à regulamentação administrativa das medidas de polícia, bem como atuação procedimental na análise criteriosa de controle a posteriori dos pressupostos de fato e adequação das escolhas das consequências jurídicas das medidas de polícia. Esta atuação de controle complementa o quadro constitucional que confere legitimidade à atuação policial.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Controle externo. Discricionariedade policial. Pressupostos de fato. Regulamentação administrativa.

ABSTRACT: *This article analyzes the controllability of police discretion and the perspectives for the Brazilian Ministério Público, considering its constitutional duty of external control. This study makes a bibliography review on administrative acts related to discretion and makes accomplishes a legal hermeneutical analysis with the method of systematic interpretation, considering constitutional civil rights principles. It analyzes aspects related to factual assumptions, police legal measures and procedural rules of control, as well as how the Ministério Público may control police discretion. It concludes the Ministério Público, as a Police Ombudsman, has a relevant extrajudicial role to foster the internal regulation of police measures, as well as a procedural role to analyze a posteriori the adequacy of factual assumptions, chosen legal measures. This control complements the constitutional legitimacy frame on policing.*

KEYWORDS: Ministério público. External control. Police discretion. Factual assumptions. Administrative regulation.

¹ Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa (2015), com Pós-Doutorado em Criminologia pela Universidade Monash da Austrália (2017). Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília (2006). Especialista pela École Nationale de la Magistrature da França (2013). Professor Associado do Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito do UniCEUB. Professor do programa de pós-graduação *lato sensu* da FESMPDFT. Pesquisador associado ao Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Universidade de Lisboa, Fellow do Gender and Family Violence Prevention Centre, da Universidade Monash, Austrália. Promotor de Justiça do MPDFT. E-mail: thiago.pierobom@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Uma das características essenciais do Estado moderno é o monopólio do uso legítimo da força pelo Estado². Esse monopólio é exercido, em grande medida, pela Polícia³. Por um lado, a polícia promove a proteção dos diversos direitos fundamentais dos cidadãos, uma atuação derivada do dever de proteção estatal dos direitos fundamentais que dá ensejo a um novo direito fundamental de natureza social, a segurança pública. Todavia, por outro lado, a polícia pode igualmente se tornar uma fonte de violações de direitos fundamentais. Por esse motivo, a Polícia é uma instituição central no Estado Democrático de Direito, e sua atuação em acordo com os princípios constitucionais é um relevante termômetro de nível de consciência democrática de uma nação.

O paradigma do Estado democrático de Direito consiste em um estado de vedação de arbitrariedades. Isso significa que se deve assegurar efetivamente a proteção legal mediante a consciência geral do conteúdo da lei e a previsibilidade dos resultados da violação legal, o que se traduz no princípio da segurança jurídica.

Apesar de a atividade policial estar aberta a amplos espaços de discricionariedade, há parâmetros normativos que permitem a controlabilidade desses espaços de discricionariedade. Para tanto, deve-se realizar uma distinção entre a fixação dos pressupostos de fato, a atribuição de efeitos jurídicos e a forma de realização dos atos: o primeiro está ligado com o reconhecimento da situação fática que justifica a intervenção policial, o segundo, à qual diligência policial concreta poderá ser realizada, e, o terceiro, à forma como a diligência poderá ser realizada (garantias de controle procedimental)⁴. Para que o princípio da legalidade seja respeitado, é necessário que todos esses aspectos estejam minimamente cobertos pela efetiva regulamentação legal e que haja mecanismos de controle.

Este artigo procura analisar a relevância da regulamentação legal e administrativa para o exercício da atividade policial, bem como os limites e possibilidades da atuação do Ministério Público, enquanto órgão de controle externo, em relação à fiscalização da discricionariedade policial. Em especial, visa a discutir os critérios de controlabilidade da discricionariedade policial pelo órgão de controle externo nos três momentos de concretização da legalidade. Em seguida, discute as perspectivas deste controle para o Ministério Público. Utiliza-se como paradigma metodológico as teorias do ato administrativo e a análise hermenêutica de interpretação sistemática à luz dos princípios fundamentais. Parte-se da hipótese de que a atuação do Ministério Público abrange a fiscalização dos espaços normativos de discricionariedade não regrada. Vejamos.

1. PRESSUPOSTOS DE FATO DAS MEDIDAS DE POLÍCIA

Pressupostos são “as situações de fato e de direito que configuram o caso sobre o qual a conduta da Administração no exercício de poderes de autoridade vai produzir efeitos jurídico-administrativos”⁵. Trata-se da tipicidade da norma autorizadora de uma intervenção estatal.

Um dos pontos mais sensíveis à tensão entre legalidade e discricionariedade refere-se ao reconhecimento dos pressupostos de fato que justificam uma medida. Quando se utilizam expressões jurídicas indeterminadas nos pressupostos de fato da norma, cria-se uma situação de indeterminação na atividade de interpretação jurídica da norma que acaba por remeter ao executor a função de complementar concretamente o sentido da lei, dando-lhe uma margem de discricionariedade

2 Conforme definição tradicional de Weber (1991).

3 Neste sentido: Bittner, 2003, p. 222.

4 Correia (1987, p. 109), referindo-se ao direito alemão, indica a distinção entre *Tatbestand* (previsão) e *Rechtsfolge* (estatuição).

5 CORREIA, 1987, p. 318.

quanto ao próprio conteúdo da norma⁶. Esse recurso de flexibilização da densidade normativa em nome da maior eficiência da intervenção cria, por outro lado, o risco de a decisão se impregnar de elementos de subjetividade, com o sacrifício da segurança jurídica e do elemento garantístico inerente à legalidade no Estado de Direito.

Exemplo de uma norma de baixíssima densidade normativa seria: “sempre que a ordem pública o exigir, a Polícia poderá intervir com as medidas necessárias”. Apesar de indicar um possível interesse público por trás da disposição e a exigência da necessidade para a intervenção, fica-se sem saber o que é concretamente uma exigência da ordem pública (pressupostos), quais são as medidas que a Polícia poderá adotar (consequências) e qual será o procedimento das medidas adotadas. Uma norma dessa espécie permitiria à Polícia fazer qualquer coisa em quase todas as situações. Portanto, uma norma dessas é inconstitucional por violação ao princípio da legalidade, em sua perspectiva de exigência e densidade normativa mínima. A discricionariedade sem controle se transforma num “cavalo de Tróia do Estado de Direito”⁷, uma fachada de legalidade que traria o embrião da arbitrariedade.

Por exemplo, a ausência de densidade normativa em expressões lacônicas como “situação suspeita”, “defesa da ordem pública” ou “quando necessário” podem acabar por transferir integralmente às mãos do executor a atividade de dar o sentido (qualquer sentido) à norma, esvaziando, por consequência, a finalidade do princípio da legalidade de ser um escudo contra arbitrariedades. Se sempre que um policial entender suspeita uma situação puder realizar uma diligência (v.g., a revista pessoal), virtualmente a realização da diligência fica à mercê da vontade do policial, por ausência de suficiente densidade no preceito legal. Assim, necessariamente, a interpretação conforme a Constituição, à luz dos princípios do Estado de Direito, de referidos dispositivos lacônicos, deve reconduzi-los a standards objetivos, construídos pela doutrina, sedimentados pela jurisprudência e cristalizados na regulamentação administrativa, que permitam a controlabilidade do espaço de discricionariedade. Por exemplo, as cláusulas de “situação suspeita” devem ser interpretadas como conjunto de indícios objetivos indicativos, segundo um raciocínio indutivo razoavelmente aceitável, de uma probabilidade significativa de confirmação de uma hipótese de prática de ilícito⁸. Tais indícios são objetivamente sindicáveis pelo órgão de controle.

A discricionariedade policial possui contornos mais dramáticos que os demais atos administrativos, pois aqui se trata da restrição imediata de direitos fundamentais, usualmente sem a possibilidade de recurso judicial imediato. A necessidade de proteção contra eventuais arbitrariedades justifica a tendência para uma “hard Law” no âmbito da disciplina dos pressupostos de intervenção restritiva de direitos no âmbito da atividade policial⁹. Segundo Sousa: “o princípio da atuação das forças policiais nos limites do Estado de direito é seriamente posto em causa quando o legislador recorre a expressões vagas para habilitar a Polícia a intervir”.

O reconhecimento de alguma margem inevitável de discricionariedade no reconhecimento dos pressupostos de fato das medidas de polícia deve ser diferenciado segundo o tipo de medida de polícia especificamente considerada, especialmente no âmbito preventivo e repressivo.

As normas ligadas à atividade de polícia, por envolverem conceitos de prognose de evolução de uma situação, ou conceitos de perigo, abrangem necessariamente certo nível de abertura interpretativa decorrente das incertezas inerentes às possíveis situações concretas com as quais a

6 Segundo Correia (1987, p. 325), quando se faz uso da discricionariedade mediante conceitos jurídicos indeterminados relativos aos pressupostos de fato, abre-se ao intérprete a possibilidade de complementar o sentido da norma.

7 Canotilho, 2003, p. 734.

8 Em sentido semelhante: Guinchard e Buisson, 2009, p. 526.

9 ÁVILA, 2016a, p. 393.

Polícia vai se deparar. O controle dessa discricionariedade não pode deixar de considerar também tais fatores de incerteza¹⁰. Assim, a atividade de policiamento preventivo é marcada pelo princípio da precaução, ou seja, não é necessário que o evento danoso tenha se realizado, o mero risco de sua ocorrência justifica uma ação de cautela para reduzir as probabilidades de ocorrência do dano. E a avaliação dos pressupostos de fato para evitar um risco à ordem pública é menos sólida que a de reconhecer uma situação já concretizada. Em outras palavras, como não é possível descrever taxativamente quais condutas concretas deverá um policial tomar diante das inúmeras situações de perigo possíveis, com as inúmeras variáveis concretas possíveis, o máximo que a lei poderia fazer aqui seria listar as possíveis medidas de polícia, indicando seus pressupostos de fato e dando ao policial uma margem de liberdade para escolher qual medida de polícia será mais adequada ao caso concreto (conforme as técnica e tática policiais), bem como permitindo certa relativização da rigidez no reconhecimento desses pressupostos de fato diante de situações mais dramáticas de exigência de uma intervenção imediata para proteger um interesse juridicamente relevante. Ainda assim, tais escolhas nunca serão completamente arbitrárias, pois estarão balizadas por princípios maiores e pela própria obrigatoriedade de busca da finalidade de realização do bem público¹¹.

Ainda assim, a incerteza dessas situações de contenção de riscos não pode acarretar sua total subjetivação, ao contrário, não é suficiente a mera suspeita (estado subjetivo), mas um estado de suspeita corroborado por indícios externos, perceptíveis pelos sentidos, e cuja avaliação permita um controle posterior da legitimidade da intervenção segundo um juízo objetivo e universalizável¹². A regulamentação deficiente das normas de intervenção policial, especialmente no âmbito preventivo, acaba também por enfraquecer a possibilidade de um controle judicial efetivo, já que esse pressupõe limites estreitos de atuação¹³. Também não se afasta a relevância constitucional da legalidade para a construção da política-criminal preventiva, especialmente no escalonamento das prioridades de prevenção¹⁴.

A proficiência do exercício dessa discricionariedade deverá ser progressivamente incrementada de acordo com as variáveis concretamente disponíveis, como o suporte e organização organizacional, equipamentos e materiais, o acervo de procedimentos, capacitação de indivíduos e equipes, a capacidade decisória e a competência policial de intervenção¹⁵. Isso significa abrir um campo para a crítica das escolhas discricionárias de intervenção, indicando-se outras opções de intervenção que concretamente se mostrariam mais aptas a alcançar o fim proposto e mesmo a questionar se o fim proposto era o mais adequado no caso concreto. Esse debate não pode ser ofuscado pelo “mito do profissionalismo policial”, que procure insular as decisões na própria Polícia, mas tais políticas de atuação devem estar abertas ao debate e decisão públicos¹⁶.

10 Nesse sentido afirma Correia (1987, p. 320): “E é igualmente impossível o preenchimento de um conceito indeterminado de prognose (*Prognosebegriff*), como o de perigo (*Gefahr*), – que, em princípio, constitui um elemento do *Tatbestand* de normas de polícia – exclusivamente em termos de uma interpretação repetível pelo tribunal, sem tomar em consideração os fatores de incerteza reinantes na situação concreta que deverão presidir à escolha da conduta”. Em sentido semelhante, reconhecendo a discricionariedade no reconhecimento da situação de perigo e defendendo um princípio de *in dubio pro accione*, ver SAMPAIO, 2012, p. 63-68.

11 Em muitas situações, a discricionariedade policial é uma “pura miragem”, pois na verdade há um conjunto sólido de regras jurídicas que limitam substancialmente a discricionariedade, fazendo dela apenas uma concretização da “ideia do Direito” ao caso concreto, muitas vezes apontando uma única solução possível diante das variáveis concretas.

12 Realizando a distinção entre indícios objetivos e suspeita subjetiva, apenas o primeiro como justificador de uma intervenção policial em situação de urgência (como o flagrante delito), ver Guinchard e Buisson, 2009, p. 503-4.

13 Grimm, 1989, p. 15. Grimm conclui que a atividade de prevenção criminal, por recolocar os problemas dos limites da ação do Estado e suas formas de controle, é genuinamente um problema de direito constitucional.

14 Sobre a legalidade como princípio estruturante da política criminal de prevenção, cf. Valente, 2013, p. 204.

15 Indicando tais fatores de avaliação da proficiência do exercício dos poderes discricionários da atividade policial: Muniz e Proença Jr., 2007a, p. 261 e 264.

16 Bertaccini, 2009, p. 416 et seq.

Surge aqui um paradoxo: apesar de as normas ligadas à atividade policial referirem-se às situações de restrições mais graves aos direitos fundamentais, a natureza concretamente imponderável de todas as situações da vida possíveis de subsunção à norma acaba por condicionar a construção da norma jurídica disciplinadora da intervenção policial preventiva como normas abertas, com conceitos jurídicos indeterminados quanto à previsão da situação fática. O paradoxo, cremos, há de ser minimizado pela regulamentação administrativa, a construção de limites mais seguros à ação estatal pela jurisprudência e pelo recurso aos mecanismos de controle da atividade policial.

O poder regulamentar explicita em termos mais concretos as situações hipotéticas genericamente previstas na lei, dando parâmetros mais específicos de atuação policial, sempre nos limites das balizas legais. O “conhecimento policial”, quando corporificado em regras gerais e abstratas nos “Procedimentos Operacionais Padrão”, nas instruções normativas, nos manuais de treinamento ou nos códigos deontológicos de conduta, deixam de ser meramente extrajurídicos e passam a ser jurídicos, complementando o sentido concreto da norma e permitindo sua controlabilidade¹⁷.

Já a atividade policial investigativa guia-se por uma lógica diferente. Aqui, presume-se que já ocorreu uma violação à lei e procura-se, mediante medidas eventualmente restritivas de direitos *in concreto*, esclarecer a prática do crime e deter seu autor se ainda em flagrante delito. Não é possível utilizar-se de atos coercitivos “no escuro”, para descobrir os indícios da prática do crime, ao contrário, esses indícios objetivos já devem estar presentes para justificar a medida restritiva de direitos, pois são seus pressupostos de fato. É claro que não será necessária a certeza absoluta da presença dos indícios, mas um conjunto de indícios objetivos que permitam aferir a probabilidade objetiva de veracidade do quadro fático apresentado ao policial. Entram nesse conceito de diligências de direitos fundamentais, dentre outras, a prisão preventiva, buscas domiciliárias em flagrante delito, revistas pessoais, controles de identificação.

Assim, o princípio da legalidade exige que o legislador dê concretização à exigência de segurança jurídica para que efetivamente discipline, em nível legal, de forma mais detalhada possível, as hipóteses concretas de admissibilidade de diligências restritivas de direitos fundamentais por iniciativa direta das autoridades policiais, tanto a situação fática justificativa (os indícios do fato) quanto os seus requisitos (adequação, necessidade de proporcionalidade)¹⁸. É inevitável que haja uma relação exemplificativa seguida de uma fórmula genérica, que acaba por remeter ao intérprete a complementação do sentido normativo segundo práticas de experiência, mas o quanto mais completa possível for a regulamentação legal, menores serão as brechas de discricionariedade e mais se aproximará do ideal do Estado de Direito como um estado de vedação de arbitrariedades.

Aqui há uma possível tensão entre os princípios da eficiência e da proteção contra arbitrariedade. Talvez se diga que quanto mais regulamentada for a atuação policial, menos eficiência terá a Polícia de poder intervir em determinada situação concreta e, portanto, mais sacrificada ficará a eficiência policial. Essa tensão é meramente aparente, pois mesmo em um paradigma de grande regulamentação da atividade policial, nunca se retira a possibilidade residual de uma cláusula geral legitimar a ação policial numa situação inicialmente imprevista, especialmente quando se estiver diante da prevenção de um perigo concreto¹⁹. Todavia, a máxima exemplificação de situações que

17 Sobre a função jurídica do sistema de conhecimentos extra-jurídicos, ver Correia, 1987, p. 169. Sobre os conceitos de experiência ou empíricos como critérios objetivos de extração da única solução possível para o caso concreto, ver Di Pietro, 2001, p. 200.

18 Relacionando o princípio da legalidade com um “apelo à intervenção do parlamento na estatuição dos regimes jurídicos dos aspectos mais importantes das relações entre o Estado e o indivíduo”, sem prescindir de outras estruturas dogmáticas que permitam guiar o exercício do poder discricionário, ver Correia, 1987, p. 102.

19 Nesse sentido, defendendo que a cláusula geral de polícia possui uma função supletiva ou subsidiária de medidas policiais atípica: Sousa, 2009, p. 282. E exemplifica: se um policial verifica uma pessoa andando em via pública com um cão sem coleira e guia, poderá determinar ao proprietário que tome as medidas necessárias para evitar um risco de ataque a terceiros (ainda que tal medida não esteja expressamente prevista na lei). Em sentido semelhante, Sampaio, 2012, p. 134-137.

legitimam a intervenção (seguida do correspondente treinamento policial sobre tais hipóteses) acaba por condicionar a atividade policial às hipóteses regulamentadas, diminuindo seus espaços de discricionariedade que consistiriam possíveis brechas de arbitrariedade²⁰. Trata-se não apenas de promoção de mais segurança ao cidadão, mas também de proporcionar mais segurança de atuação ao policial, já que, quando sua conduta está devidamente regulamentada, diminuindo-se as zonas cinzentas de incerteza, também ele age com maior confiança de que sua intervenção é devidamente legítima, porque legal²¹. Ao atuar de acordo com uma norma previamente editada, o policial está protegido contra acusações levianas de arbitrariedade.

Para complementar o quadro do princípio da legalidade, também o executor da medida está obrigado a respeitar a legalidade, fundamentando concretamente a situação que justificou a sua intervenção, ou seja, qual foi a situação “suspeita”, ou a “necessidade” que justificou sua ação, para que os posteriores órgãos de controle possam conferir *a posteriori* a legitimidade de tais opções interpretativas do executor da norma. A motivação é uma garantia de respeito à legalidade, destinada a assegurar o risco na ponderação dos interesses subjacentes à decisão²². É necessário concretizar o princípio da fundamentação da intervenção policial, com a documentação formal das razões que justificaram a intervenção policial para posterior avaliação de sua legitimidade (ainda que relativizada pela conjuntura de uma cognição precária e da necessidade urgente de intervenção). Apenas é possível haver controle onde há fundamentação, ainda que esta seja sobre o reconhecimento das circunstâncias de fato que justificaram uma intervenção. A fundamentação dos atos administrativos é pressuposto essencial tanto ao controle do arbítrio e da irracionalidade quanto como dever de coerência.

2. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS: A ESCOLHA DAS MEDIDAS DE POLÍCIA DISPONÍVEIS

No âmbito das medidas de polícia, que restringem direitos fundamentais, não há qualquer discricionariedade quanto à criação de uma forma de intervenção: as modalidades de intervenção devem estar tipificadas na lei que autoriza o uso de referidas medidas. Há, portanto, uma reserva de taxatividade legal quanto à previsão das medidas de polícia (CRFB/1988, art. 144, § 7º, CRFB/1988). A lei deve prever as modalidades de ingerência em um direito fundamental e sua abrangência²³. A eventual discricionariedade reside em verificar a necessidade de utilizar a medida legalmente tipificada à luz do caso concreto.

Quanto ao nível de liberdade de atribuição de determinados efeitos jurídicos a situações de fato (discricionariedade quanto à estatuição), há distinção entre “discricionariedade de decisão” (*Entscheidungsermessen*), em que se permite à Administração agir ou não diante de determinada situação, bem como uma “discricionariedade de escolha” (*Auswahlermessen*), em que, diante de uma situação, a Administração possui a possibilidade de escolher entre diversas opções legalmente estabelecidas, qual é a mais adequada a uma solução concreta²⁴.

20 Defendendo uma harmonia entre o exercício do poder regulamentar e a possibilidade de exercício da discricionariedade (*lato sensu* na Administração Pública) destinada a atualizar o sentido das normas diante das circunstâncias específicas do caso concreto, sem conduzir ao esgotamento das possibilidades de análise, ver Otero, 2003, p. 853.

21 Ressaltando a ligação entre maior regulação diminuição de problemas interpretativos para os policiais em sua ação concreta, ver Raposo, 2006, p. 15.

22 Sobre a relevância da fundamentação da atuação policial discricionária: Valente, 2009, p. 189.

23 Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990, p. 77.

24 Correia, 1987, p. 110; Canotilho, 2003, p. 734. Também Muniz e Proença Jr., 2007b, p. 53. Todos distinguem entre oportunidade e propriedade da ação policial: “Por oportunidade se entende a escolha policial de agir, ou não, diante de uma determinada situação. Não agir, não intervir na situação, é uma alternativa possível e, assim quando se considera a oportunidade da ação, isto inclui a decisão de não fazer nada. Por propriedade se entende a escolha policial da forma de agir entre diversas alternativas possíveis. Neste sentido, uma ação só é “apropriada”, ou não, diante da decisão de agir, mas mesmo a decisão de não fazer nada admite a consideração da forma apropriada de não se fazer nada. Com isso, tem-se claro que “oportunidade” e “propriedade” de uma ação policial são dimensões distintas que se complementam”.

No âmbito criminal as margens para uma discricionariedade na escolha dos meios são relativamente amplas quanto às atividades de prevenção criminal e à forma de executar as diligências investigativas, podendo-se dizer que elas se encontram abrangidas pelo conceito de autonomia técnica e tática inerente à atividade policial²⁵. Assim, se o policiamento preventivo será feito mediante patrulha pedestre, cavalo ou viatura, a forma de alocação dos recursos policiais para a realização das atividades preventivas, se a intervenção policial será feita de forma camuflada ou a Polícia já anunciará sua chegada com sirenes (para afugentar o provável agressor e salvar a vítima), como administrar uma manifestação multitudinária, como antecipar-se a um possível evento potencialmente lesivo, são atos que, a princípio, estão dentro de uma liberdade de escolha. O necessário é que as medidas a serem escolhidas (especialmente quando restritivas de direitos) estejam dentro dos parâmetros dos pressupostos de fato previstos em lei e quanto a esses pressupostos é que não pode haver margem de discricionariedade aberta, como corolário do princípio da segurança jurídica e do Estado de Direito²⁶.

No exercício de uma atividade preventiva, a configuração de uma situação de indicação perfunctória de suspeita (juízo de possibilidade razoável) pode permitir algum juízo de conveniência de realização ou não da diligência, bem como a escolha de qual seria a diligência de intervenção mais conveniente do ponto de vista da produção do resultado mais desejável²⁷. Todavia, outras situações de alta suspeita (juízo de alta probabilidade) de ocorrência de um perigo impõem um dever de ação pela Polícia, especialmente quando há uma necessidade de proteger a vítima (expressão do dever fundamental do Estado de proteção à vítima), que apenas poderia ser afastado mediante a presença de alguma condição concreta impeditiva de atuação. Nessa última situação de atividade policial protetora, há um direito fundamental subjetivo do cidadão à intervenção policial, não se podendo falar propriamente de discricionariedade²⁸. Nem sempre tal solução será cristalina, pois um dever de atuação poderá eventualmente conflitar com outro dever de atuação para proteger um bem concretamente de valor superior e, diante da reserva do possível, numa situação que exija ação imediata, haveria que se escolher qual dos dois deveres seria cumprido primeiramente (a defesa do bem jurídico mais relevante). Ainda assim, o dever de proteção exigiria uma obrigação de atuação policial diante de uma situação de perigo concreta, a qual não poderia ser arbitrariamente afastada, a não ser diante de outras razões jurídicas, o que acaba por limitar o espaço da discricionariedade na ação de prevenção²⁹. A atuação preventiva, exposta a amplos espaços de discricionariedade, sujeita-se a um controle político da comunidade, através dos instrumentos de *accountability* institucional³⁰.

25 É nesse sentido que devem ser interpretadas as usuais afirmações de que as matérias ligadas ao poder de polícia devem estar abrangidas por uma atuação discricionária, na qual a previsão genérica de uma competência legal prevê embutida as medidas necessárias (v.g., Di Pietro, 2001, p. 198; Cretella Jr., 2006, p. 17). Genericamente sobre a discricionariedade policial: Muniz e Proença Jr., 2007b, p. 41; Sousa, 2009, p. 51-67. Essa afirmação é verdadeira para as medidas não restritivas de direitos fundamentais (prevenção geral de riscos sociais), mas possui limitações quando às medidas de polícia concretamente restritivas de direitos fundamentais.

26 Ressaltando a necessidade de tipicidade legal quanto à previsão das medidas de polícia: Raposo, 2006, p. 15.

27 Assim, Valente (2009, p. 159) defende a existência de um princípio geral de oportunidade da ação policial, e exemplifica-o da seguinte forma: se um policial verifica uma pessoa conduzindo um cão em via pública, com coleira, mas sem a devida autorização da Junta de Freguesia para circular com o animal (em Portugal tal é exigido), ao invés de simplesmente multar o infrator o policial poderá informá-lo da irregularidade da situação e da necessidade de regularizar a situação. Registre-se que esse poder de oportunidade em não aplicar uma multa pode ser uma perigosa brecha de arbitrariedades (especialmente para a corrupção). Ainda assim, o exemplo é de uma atividade de manutenção da ordem, de policiamento administrativo, não criminal.

28 Especificamente sobre a inexistência de discricionariedade quanto à ação policial preventiva de proteção a uma vítima concreta, ver Andrade, 2001, p. 347; Sousa, 2009, p. 64.

29 Segundo Sousa (2009, p. 65), em determinadas situações, é possível que não se atenda a um chamado de ajuda em razão da necessidade de se manter um efetivo em estado de alerta para atender a outras chamadas eventualmente mais graves (já que o “estado de alerta” também é uma ação policial – v.g., se o policial está sozinho no posto, não poderia deixá-lo vazio para atender uma demanda ordinária); ou ainda, diante de uma manifestação coletiva de protesto em que ocorrem pequenas ilegalidades, uma eventual não ação policial pode ser justificada como estratégia para se evitar reações mais violentas (ser uma fagulha no barril de pólvora). Mas as omissões não de ser sempre justificadas, por serem uma exceção à regra de obrigatoriedade de ação diante de um perigo concreto.

30 Muniz e Proença Jr., 2017b.

A margem de liberdade quanto à escolha dos meios nem sempre será ampla, pois em várias situações a ação da Polícia será vinculada, ou seja, reconhecendo a presença dos pressupostos de fato, a Polícia deverá agir de determinada forma, sob pena de sua omissão injustificada constituir uma violação de um dever de agir, portanto uma ilegalidade. Assim, por exemplo, se há uma situação claramente de suspeita da prática de crime, o policial está obrigado a intervir, pois as situações de não atuação policial diante da situação de flagrante delito são sempre excepcionais³¹. Aqui há atuação vinculada, por determinação legal. Ainda que haja uma situação de obrigação de intervenção policial nas situações indicadas, resta a liberdade de avaliar o momento mais propício para a realização da diligência, e os meios e modo de atuação com vista à sua execução. Essas estão inscritas no âmbito da autonomia técnica e tática da autoridade policial e, portanto, no âmbito de sua discricionariedade.

Apesar de se reconhecer alguma margem de discricionariedade quanto à escolha dos meios legais à disposição da atividade policial no âmbito da atividade preventiva, essa discricionariedade não é ilimitada. Ela está balizada nos princípios constitucionais que condicionam a atuação policial discricionária, entre os quais: a proporcionalidade, a igualdade, a impessoalidade, a racionalidade (enquanto vedação de decisões irracionais, portanto arbitrárias e injustas) e as demais normas de natureza principiológica, bem como a finalidade legal do ato³².

O princípio da proporcionalidade condiciona a legitimidade da medida restritiva de direitos fundamentais e, mesmo que não esteja expressamente declarada na situação, enquanto princípio constitucional imanente a toda a ordem jurídica, possui aplicação obrigatória. Em verdade, os pressupostos de direito das medidas de polícia constituem, em grande medida, uma concretização do princípio da proporcionalidade. Assim, a medida a ser escolhida pela autoridade policial deverá ser uma medida adequada à situação diagnosticada, deverá ser a medida que proporciona a menor restrição possível de outros direitos correlatos e apenas poderá restringir direitos para assegurar a realização de outros direitos fundamentais que no caso concreto se mostram com peso proporcionalmente superior³³. Assim, entre as diversas medidas legais admissíveis, a Polícia está autorizada a utilizar-se da medida que respeite o princípio da proporcionalidade, não lhe sendo admissível eleger uma desnecessariamente gravosa para a situação. O princípio da proporcionalidade apresenta-se como um conjunto de parâmetros jurídicos internos à racionalidade da atuação discricionária e, nessa medida, condicionam a sua legitimidade³⁴.

Também o princípio da igualdade condiciona o exercício da discricionariedade policial na escolha das medidas legais admissíveis. O tratamento com igualdade é um dos princípios mais estreitamente unidos com a ideia de justiça, de ausência de arbitrariedade³⁵. Se a autoridade policial ordinariamente adota determinadas medidas para certos pressupostos de fato, não pode arbitrariamente deixar de aplicar tais medidas em outra situação idêntica; ou, se a Polícia ordinariamente não tem aplicado

31 A obrigatoriedade está expressa no art. 301 do CPP (as autoridades públicas “deverão prender” quem se encontrar em flagrante delito). Todavia, novamente aqui se coloca o problema das zonas de incerteza: há situações que claramente há uma suspeita forte que permitem reconhecer uma obrigatoriedade de intervenção, mas há situações de suspeita tênue que acabam por dar uma margem de discricionariedade na intervenção policial: Bittner, 2003, p. 47.

32 Defendendo que o uso de conceitos jurídicos indeterminados não necessariamente torna ilegítima a concretização do princípio da legalidade, mas funcionam como técnicas de concessão de discricionariedade, controlável mediante os demais princípios constitucionais aplicáveis: Correia, 1987, p. 334; Andrade, 2001, p. 342. Relembramos, todavia, que especificamente para as medidas de polícia há regras diferenciadas de aferição da legitimidade, que exigem um maior fechamento tanto dos pressupostos jurídicos quanto da previsão abstrata da medida a ser aplicada. Quanto às hipóteses de limitação da discricionariedade, Di Pietro (2001, p. 197) lembra que ela também é limitada pela competência, forma e finalidade do ato legal, de sorte que a discricionariedade sempre será um espaço de liberdade na moldura legal (em sentido semelhante: Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990, p. 44).

33 Genericamente sobre o princípio da proporcionalidade como critério de solução das colisões de direitos fundamentais: Andrade, 2001, p. 275-324 e 199; Canotilho, 2003, p. 1253-1304. Especificamente para o processo penal, ver: Gonzalez-CUellar Serrano, 1990.

34 Sobre essa relação entre proporcionalidade e controle da discricionariedade, ver: CORREIA, 1987, p. 77.

35 Benda, 2001, p. 494.

determinadas medidas a determinadas situações, não poderia num caso concreto arbitrariamente invocá-las. O princípio da igualdade, enquanto princípio constitucional estruturante, também condiciona a atuação policial, atuando como um “princípio de comutação”, ou seja, “uma norma que opera a comutação de linhas de orientação interna discricionária em preceitos jurídicos externos, juridicamente vinculados”³⁶. Ao criar um padrão de conduta a partir da interpretação de preceitos que inicialmente seriam indeterminados e atribuiriam certo nível de discricionariedade em sua aplicação, a atividade policial cria para si mesma uma autovinculação, uma obrigação de agir de forma semelhante em casos semelhantes³⁷. Em síntese, não é possível atuar perante situações iguais de forma desigual nem atuar de forma igual perante situações desiguais sem que exista uma razão objetiva suficiente para tanto, pois o exercício da discricionariedade nesses moldes seria no fundo uma atuação arbitrária, porque desigual, portanto contrária ao Estado de Direito³⁸. Essa perspectiva da igualdade está umbilicalmente ligada ao princípio da boa-fé, ou da lealdade, enquanto princípio de tutela da confiança na ação da Administração Pública.

O princípio da igualdade também deve ser conjugado com o da razoabilidade no âmbito da alocação dos recursos materiais e humanos das forças policiais. Por exemplo, a alocação integral de recursos policiais em áreas nobres (de classe média alta), em detrimento de áreas de alta conturbação criminal (classe baixa), pode indicar uma violação tanto do princípio da igualdade quanto do dever fundamental de proteção eficiente.

O princípio da impessoalidade (ou dever de atuação objetiva) limita a discricionariedade, pois impõe que todos (e apenas) os fatos e interesses relevantes para a decisão devem ser tomados em conta. Assim, a exclusão arbitrária de fatos ou interesses relevantes ou a inclusão na motivação da decisão de fatos ou interesses não relevantes constituiu uma violação da impessoalidade, pois não se pautou em uma atuação racionalmente objetiva³⁹.

De forma mais genérica, o princípio do Estado de Direito, conjugado como princípio da justiça, determinam ambos que mesmo as escolhas discricionárias sejam guiadas por padrões racionais de escolha, ou seja, funcionam como uma proibição de escolhas irracionais, impondo decisões com base em critérios racionais⁴⁰. Além dos dois princípios referidos, outras normas de natureza principiológica aplicáveis ao caso concreto poderão eventualmente limitar o âmbito da discricionariedade decorrente de um conceito jurídico indeterminado⁴¹.

Além desses parâmetros, a discricionariedade quanto à atribuição de consequências jurídicas está condicionada pelos fins do poder discricionário, que, de forma genérica, é sempre a finalidade

36 Canotilho, 2003, p. 735. Defendendo que a praxe administrativa cria uma autovinculação informal para a Administração Pública, que mitiga sua discricionariedade: Otero, 2003, p. 854. Wolf e Bachof chegam a sustentar que, no caso de medidas policiais urgentes (*unerlässliche Gefahrenabwehr*), a norma que habilita a atuação da Administração é consuetudinária e não de lei formal, ainda que, quando ligar-se à restrição de direitos fundamentais, deva ser necessariamente dotada de generalidade e abstração: *apud* CORREIA, 1987, p. 84.

37 É claro que a auto-vinculação deve ser aplicada com flexibilidade, excluindo-se os precedentes ilegais e reservando-se margem para a correção de entendimentos. Sobre a auto-vinculação policial decorrente do princípio da igualdade, ver VALENTE, 2009, p. 174. Indicando precedentes do Supremo Tribunal Administrativo Português aplicando o princípio da igualdade como critério de limitação da discricionariedade policial, ver Sousa, 2009, p. 60.

38 Sobre a metodologia de controle do princípio da igualdade, ver Canotilho, 2003. P. 1296-7.

39 Sobre a aplicação do princípio da imparcialidade como limitador da discricionariedade, ver Duarte, 2008, p. 61.

40 Sobre o princípio da justiça como exigência de critérios racionais de atuação e decisão, ver Duarte, 2008, p. 67.

41 Sobre as normas principiológicas concretamente aplicáveis como fatores de restrição da discricionariedade administrativa, ver Duarte, 2008, p. 59. Especificamente quanto às restrições do alcance da atuação policial concreta, ver Muniz e Proença Jr., 2007b, p. 47: “Expressam o universo de valores culturais e expectativas sociais de uma *polity* sobre o mandato policial, estabelecendo diversas instâncias de instrumentalidade que buscam aproximar o exercício do mandato destes valores e expectativas. Os contornos do mandato policial retratam de maneira sensível as interações entre a sociedade e seu governo, buscando dar conta da pluralidade de convicções, interesses e opiniões. Refletem, portanto, um processo continuado de aproximações, um ir e vir, que se apresenta na forma de prioridades políticas, expedientes legais e normativos, diretrizes organizacionais ou administrativas, doutrinas ou métodos de ação, demandas locais, comunais ou minoritárias, clamores, vivências e proposições nascidos das experiências e experimentos diante das circunstâncias da vida real”.

pública, e especificamente no exercício da atividade policial é sempre a prevenção da prática de possíveis atos criminosos (ou de dano social), de restabelecimento da legalidade ou o esclarecimento de uma situação suspeita de prática delituosa⁴². Se um ato policial é praticado fora desse escopo geral (para obtenção de vantagens pessoais, por mera perseguição ou humilhação do abordado, ou ainda para “dar uma lição” ao suspeito), há desvio de finalidade, que inquina de ilegalidade a diligência e constitui abuso de autoridade, por desvio de poder⁴³. Nessa linha, ainda que haja um espaço de discricionariedade, este jamais chega a configurar plena liberdade de conduta, pois sempre estará vinculada ao fim público. Seria o caso, por exemplo, de utilização de revistas pessoais contra uma pessoa específica, ainda que numa situação de aparente suspeita, mas que em verdade possui a finalidade de constituir mero instrumento de retaliação, perseguição ou punição (foge-se do interesse público para atingir um interesse particular do policial)⁴⁴.

Finalmente, os espaços de discricionariedade também estão limitados pela competência legal, já que uma autoridade policial não pode praticar atos que estejam na esfera de competência de outra autoridade policial: regra geral a Polícia Militar não investiga crimes (exceto para a sua atividade de inteligência criminal ou no âmbito sumário de recolha de informações no caso de flagrante delito), regra geral a Polícia Civil não realiza atividades de policiamento preventivo ostensivo (exceto quanto ela está diretamente ligada à prevenção de um crime específico, especialmente quando há habitualidade)⁴⁵.

Assim, apesar de haver inicialmente uma discricionariedade quanto à atribuição de consequências jurídicas (quais diligências a realizar) diante de uma situação fática legalmente prevista, a conjugação dos diversos critérios expostos (proporcionalidade, igualdade, impessoalidade, racionalidade, finalidade pública) acaba por estabelecer balizas relativamente estreitas, que permitem efetivamente um controle *a posteriori* da legalidade do exercício do poder discricionário pelos órgãos de controle da atividade policial, seja pelo juiz, seja pelo Ministério Público⁴⁶. Tais princípios constituem não apenas critérios para um mero afastamento de escolhas manifestamente inadequadas, mas muitas vezes elas acabam por apontar, diante das peculiaridades do caso concreto, para uma única solução possível, situação em que o poder abstratamente discricionário se converteria em um poder concretamente vinculado.

3. NORMAS PROCEDIMENTAIS DE GARANTIA

Ao disciplinar o procedimento concreto de realização das medidas de polícia, a lei deve prever de forma minimamente satisfatória um procedimento que assegure uma mínima proteção

42 Sobre a necessidade de um fim constitucionalmente relevante para justificar as restrições de direitos fundamentais, ver Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990, p. 99-106.

43 Sobre o desvio de finalidade, ver Di Pietro, 2001:194; Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990, p. 45. Especificamente sobre o desvio de poder no exercício do poder de polícia, ver Cretella Jr., 2006, p. 12-16; Sousa, 2009, p. 62.

44 Para vários outros exemplos de limitação da atuação policial à finalidade pública, ver Valente, 2009, p. 152. Indicando que a realização de um controle de identificação com a mera finalidade de intimidar o abordado, ou ainda uma presença massiva de policiais fortemente armados a uma manifestação de rua pacífica com o fim de intimidar os manifestantes, constituem situações de desvio de finalidade, ver Sousa, 2009, p. 55-56. Ele conclui (*ibidem*: 57): “quaisquer excessos das forças de segurança no sentido de dar à sua atuação policial um efeito profilático representam uma violação das funções policiais, desde logo porque a ação policial é simplificada à custa da limitação dos direitos fundamentais dos particulares (princípio da não simplificação das operações policiais)”.

45 Indicando diversas áreas de possível coincidência de atribuições para a atuação policial, ver Muniz e Proença Jr., 2007b, p. 44-46.

46 Indicando a possibilidade de controle judicial da discricionariedade sobre as consequências jurídicas da situação de fato, com fundamento nos referidos critérios, ver CORREIA, 1987, p. 113. Vale citar outra passagem (CORREIA, 1987, p. 174): “quando o ato encerra um momento criativo insusceptível de decomposição em proposições lógicas, a única garantia de que o uso do poder se harmoniza com o ordenamento jurídico que o cria reside no enquadramento harmônico do ato numa atividade regida por princípios que asseguram a sua natureza funcional”. Indicando, com fundamento no direito alemão, que a violação de tais princípios gera um “vício de discricionariedade”, que pode gerar tanto uma “omissão no exercício da discricionariedade” quanto um “excesso de discricionariedade” (*Ermessensnichtgebrauch, Ermessensmangel, Ermessensunterschreitung*), ver Sousa, 2009, p. 60-62.

aos direitos fundamentais em jogo, bem como permita uma suficiente realização dos valores de eficiência e promoção da segurança pública na diligência. Também se deve criar um sistema que, por sua realização processual, permita identificar as diligências que foram realizadas fora do paradigma legal e, portanto, permitam dar-lhe uma resposta de desestímulo adequada.

A atuação policial é palco de inúmeras possíveis restrições a direitos fundamentais e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige que se busque constantemente o aperfeiçoamento dos procedimentos policiais visando a que se permita a realização eficiente da investigação criminal com o fechamento das brechas de discricionariedade, protegendo-se através do procedimento⁴⁷. Protege-se preventivamente através do procedimento de atuação policial, através do devido processo legal⁴⁸.

A previsão de mecanismos processuais de controle da atividade policial é parte integrante do conceito de *fairness* (ou *équité*) processual, de princípios previstos no art. 6º da CEDH, e ainda dos art. 7º e 8º da CADH, um procedimento que deve ser plenamente respeitoso dos direitos fundamentais⁴⁹. Portanto, o mandado constitucional de responsabilização por desvios policiais também impõe a construção de mecanismos eficientes de se verificar se houve ou não um desvio policial.

Assim, na disciplina de cada uma das diligências deve-se avaliar quais são as áreas de vulnerabilidade para a eventual prática de uma arbitrariedade, criando-se um procedimento que procure minorar a probabilidade de ocorrência do desvio.

Algumas diligências restritivas de direitos fundamentais estão subtraídas da livre iniciativa policial, estando dependentes de prévia autorização judicial, como é o caso da prisão fora da situação de flagrante delito, da busca domiciliar fora da situação de flagrante delito (ou consentimento do morador ou desastre), das interceptações telefônicas e da quebra de sigilos constitucionalmente qualificados (uma construção jurisprudencial sobre os sigilos bancário, fiscal e telefônico). Em outras situações, quando já é deferido à Polícia a legitimidade para uma ação inicial de restrição de direitos, deve-se prever um procedimento que permita aos órgãos de controle aferir a adequação da ação concreta com os parâmetros legais, com a obrigação de elaboração de relatórios e posterior fiscalização da legalidade da diligência⁵⁰.

Por exemplo, são normas procedimentais de garantia no caso das buscas domiciliárias e revistas pessoais, a exigência de prévio mandado judicial para a realização de buscas domiciliárias (art. 241, CPP, c/c art. 5º, XI, CRFB/1988), contendo a indicação do endereço e dos motivos da diligência, com a finalidade de individualizar seu objeto e evitar o uso indiscriminado do mandado para outros locais (art. 243, CPP); a limitação ao período diurno quando fora da situação de flagrante delito (art. 5º, XI, CRFB/1988, e art. 245, *caput*, CPP); a obrigação de leitura do mandado e ordem para entrega da coisa antes do início da diligência (art. 245, *caput*, e § 5º, CPP); a obrigação de uso da força apenas em situações de desobediência ou recalcitrância do morador (art. 245, §§ 2º e 3º, CPP); a obrigação de acompanhamento da diligência por uma testemunha vizinha (art. 245, § 4º, CPP); a obrigação de lavrar um auto com o relatório da diligência com duas testemunhas (art. 245, § 7º, CPP); a possibilidade de comunicação dos motivos da diligência ao morador mesmo se não localizada a coisa, se o requerer (art. 247, CPP); a obrigação de menor importunação possível aos moradores (art. 248, CPP); e a preferência de realização de revista pessoal em mulher por outra mulher (art.

47 Segundo Andrade (2001, p. 149), há uma inter-relação entre a dimensão organizacional, as garantias institucionais e o dever de proteção, as quais constituem em seu conjunto projeções objetivas dos direitos fundamentais.

48 Nesse sentido, indicando que os clássicos precedentes estadunidenses *Mapp vs. Ohio* (sobre provas ilícitas) e *Miranda vs. Arizona* (sobre o direito à informação do direito ao silêncio no interrogatório) foram soluções judiciais construídas para se criar um ambiente propício à inexistência (ou diminuição) de desvios policiais, ver WALKER, 2001, p. 9.

49 Sobre os direitos fundamentais a normas de organização e procedimento, ver ANDRADE, 2001, p. 149.

50 A prestação de contas quanto ao exercício concreto da discricionariedade é elemento essencial da legitimidade da intervenção policial. Ver: Muniz e Proença Jr., 2007b.

249, CPP). Todo esse conjunto de normas visa a dar concretude ao princípio da proporcionalidade e à necessidade de proteção dos interesses constitucionais em jogo no âmbito de uma busca domiciliar. Com a participação de testemunhas e a obrigação de elaboração de relatório, visa-se a institucionalizar um procedimento que assegure a minimização de possíveis arbitrariedades. A vedação de arbitrariedades é expressa no próprio procedimento de realização da diligência policial.

Os procedimentos estabelecem limites de ação, como no caso da vedação de realização de revistas pessoais em mulher por um policial homem, salvo excepcionalidade (art. 249, CPP). No caso de prisão em flagrante, havendo necessidade de uso da força para realizar a diligência, será necessária a lavratura de um auto de resistência, com indicação de duas testemunhas, (art. 292, CPP); toda diligência deverá ser documentada em um auto de prisão em flagrante com formalidades próprias destinadas a vedar prisões ilícitas, tais quais a exigência de um número mínimo de testemunhas (presenciais ou instrumentárias), a nota de culpa, o prazo fatal para conclusão de 24 horas e a necessidade de posterior comunicação da prisão ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública (no caso de não haver defensor constituído), para o respectivo controle. Durante o interrogatório, o interrogando deverá ser informado de seus direitos (com o direito ao silêncio) e tal informação deverá constar do respectivo termo de interrogatório para aferição do efetivo cumprimento⁵¹; por outro lado, se o réu for advertido de que deve falar a verdade sob pena de responsabilização, tal situação configurará nulidade⁵². Para compelir uma testemunha a comparecer e prestar depoimento, sob pena de condução coercitiva, é essencial que primeiramente ela seja formalmente intimada, para se documentar sua desobediência à ordem de comparecimento (art. 218, CPP). Há formalidades quanto às perícias destinadas a reforçar sua veracidade (documentação formal, indicação de fotografias, manutenção de parte do material apreendido para nova perícia – cf. art. 164, 169, e 179, todos do CPP e art. 32, § 1º, da Lei n. 11.343/2006).

Todos esses dispositivos revelam um princípio maior, que é o da formalidade da atividade policial, com a obrigação da sua documentação para posterior controle.

As formalidades de garantia não devem ser excessivas, pois uma hipertrofia de garantias pode levar à ineficiência sistêmica, que por sua vez geram novas violações de direitos fundamentais. Por exemplo, uma excessiva e desnecessária burocracia na tramitação das investigações pode ser causa para uma demora acentuada que venha induzir a dispersão das informações investigativas, a prescrição, ou as anulações por filigranas processuais⁵³. Por outro lado, a mera eleição da eficiência, ainda que à custa do risco de desvios, não promove efetivamente a segurança pública, mas incrementa a insegurança diante do possível desvio policial. Há que se maximizar ambas as diretrizes fundamentais da atividade policial: eficiência com garantias contra o eventual abuso. E um padrão de atuação procedimental alinhado à dupla finalidade de proteção (proteção dos interesses sociais mediante uma realização efetiva da atividade policial e proteção dos interesses individuais da pessoa submetida à intervenção policial) é essencial como ponto de partida para a estruturação da atividade policial.

51 Estabelecendo a necessidade tanto de advertência ao direito ao silêncio como da respectiva documentação, no interrogatório policial, sob pena de configuração de prova ilícita: STF, HC 80949, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 30 out. 2001, DJ 14 dez. 2001, p. 26.

52 Nesse sentido: STJ, RMS 14.901/TO, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 21 out. 2008, DJe 10 nov. 2008.

53 Ver nesse sentido nossa discussão sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade como causa de legitimação da utilização de provas formalmente ilícitas (mas que se tornam materialmente lícitas diante da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto): Ávila, 2007.

4. REFLEXÕES PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público foi alçado pela Constituição de 1988 a um verdadeiro *Ombudsman* dos direitos fundamentais. É o que se depreende de sua função de promover a defesa da ordem jurídica e dos direitos indisponíveis (art. 127, CRFB/1988) e de ser um fiscal quanto ao respeito aos direitos fundamentais pelo Estado (art. 129, inciso II, CRFB/1988). Para o exercício dessa função, a atuação do Ministério Público vai muito além da tradicional perspectiva punitiva, mas se cristaliza num conjunto de ações proativas para promover os direitos cuja defesa lhe cabe, corrigir ilegalidades e evitar sua reiteração⁵⁴. Para além da tradicional atuação demandista perante o Judiciário, surge um novo campo de ação resolutivo, com especial foco nos instrumentos de atuação extrajudiciais, como o termo de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/1985); a recomendação (art. 6º, inciso XX, LC n. 75/1993); as audiências públicas e relatórios anuais (art. 27, parágrafo único, inciso IV, Lei n. 8.625/1993); o estabelecimento de canais de recebimento de denúncias de irregularidades, como as ouvidorias e setores de atendimento ao público (art. 27, parágrafo único, inciso I, Lei n. 8.625/1993); o procedimento administrativo para o acompanhamento e fiscalização continuada de políticas públicas (art. 8º, inciso II, Res. n. 174/2017 – CNMP); a participação em conselhos de direitos ou o acompanhamento das ações de órgãos públicos (art. 6º, §§ 1º e 2º, LC n. 75/1993); a articulação do trabalho em rede, mediante participação em reuniões, a realização de projetos institucionais e campanhas de conscientização social, dentre outras áreas (sobre a política de atuação resolutiva do Ministério Público, ver a Res. n. 57/2017 – CNMP).

Podem ser identificadas cinco fases de uma ação policial à luz do Estado de Direito: (1) regulamentação minuciosa (Constituição, leis, regulamentos administrativos, recomendações); (2) treinamento continuado; (3) ação policial de acordo com tal paradigma legal; (4) documentação da ação mediante um relatório circunstanciado e fundamentado; e (5) fiscalização efetiva do relatório pelos órgãos de controle (interno e externo), com eventual investigação no caso de possível desvio⁵⁵.

Assim, a máxima regulamentação possível da atividade policial enquanto instrumento de contenção de arbitrariedades emerge como um postulado inerente ao Estado de Direito⁵⁶. Portanto, a atuação do Ministério Público de fomentar esta regulamentação policial interna é uma forma de concretizar sua função constitucional de promover os direitos difusos e promover o respeito aos direitos fundamentais.

O problema do progressivo fechamento das brechas de discricionariedade policial pela jurisprudência torna-se crônico diante de dois fatores: a ausência de sistemas de feedback imediatos quanto à atuação policial e a imediatidade do tempo policial. No primeiro âmbito, os outputs do Sistema de Justiça nem sempre são repassados institucionalmente à Polícia: ordinariamente ela apenas realiza seu trabalho investigativo e o repassa ao Ministério Público, de sorte que os resultados infrutíferos serão colhidos em primeira mão pelo Ministério Público em juízo e não pela Polícia. Essa circunstância redobra a relevância das recomendações de padrões de ação pelo Ministério Público à Polícia, pois aquele é o destinatário primeiro dos insucessos da atividade policial. A atuação em sistema pressupõe o diálogo, de sorte que há uma verdadeira obrigação de feedback pelo Ministério Público à Polícia, enquanto pressuposto do aperfeiçoamento da atividade policial. Quanto ao segundo âmbito, o diagnóstico da situação problemática, decisão de intervenção e execução da diligência

54 Ver por todos: Almeida, 2010.

55 Ávila, 2016a, p. 407.

56 Costa (2004) argumenta sobre a relevância da regulamentação da atividade policial para a contenção de arbitrariedades, destacando que usualmente as Polícias tendem a se isolar do restante da sociedade, criando valores e crenças próprios, que vêem o problema da violência policial e dos eventuais excessos de forma diferenciada do restante da sociedade, e, portanto, tendem a admitir com maior facilidade como legítimas as grandes brechas de discricionariedade não regrada (uma perspectiva funcionalista de sua própria atividade). Também indicando os perigos de insulamento decorrentes do “mito da profissionalização policial”, v. Bertaccini, 2009, p. 151-161.

são fases praticamente simultâneas na atividade policial, sem muito espaço para ponderações ou análises de precedentes. Daí a especial relevância da regulamentação estrita da atuação policial, pois aqui a segurança jurídica é alcançada pelo condicionamento de atuação segundo a pauta legal, no âmbito do treinamento.

Quando padrões de atuação desviantes se tornam conhecidos, o direito à proteção jurídica coletiva preventiva permite justificar interações entre o órgão de controle externo e a Polícia, tendentes à implementação de alterações de procedimentos tendencialmente arbitrários para outros procedimentos que possibilitem a redução do arbítrio. Tais tratativas ocorrem fundamentalmente através de reuniões, para tratativas mediante negociações recíprocas ou para a própria construção das soluções, ou ainda mediante recomendações, quando o órgão de controle externo já possui uma posição fixada sobre o tema. Se as tratativas administrativas se tornarem infrutíferas, parece-nos inegável a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para a alteração de procedimentos policiais tendencialmente abusivos, devidamente documentados. Nessa última situação, será admissível uma ação civil pública para impor reformas institucionais ao Departamento de Polícia.

Finalmente, a segurança de que a pauta normativa será efetivamente executada pelo policial se dá mediante a interiorização da norma pelo treinamento policial e a supervisão constante da atividade policial. É através do treinamento que o policial condiciona-se ao padrão de atuação alinhado aos valores democráticos expressos pela legalidade policial⁵⁷. A complexidade das situações com as quais o policial irá se confrontar exige que ele já tenha interiorizado a resposta adequada às diversas situações, ou, ao menos, os princípios essenciais que deverão orientar sua tomada de decisão. Este condicionamento da resposta policial deve ser guiada pela interiorização dos valores ligados à proteção de direitos fundamentais no exercício da atividade policial. Diversas normas internacionais de direitos humanos destacam a relevância do treinamento policial (v. o art. 10.1 da Convenção Contra a Tortura da ONU). Portanto, a adequação do treinamento policial também é uma área inerente à atividade de controle externo.

Há ainda uma atividade de controle pelo Ministério Público na apreciação das consequências jurídicas decorrentes dos pressupostos de fato das medidas restritivas de direitos fundamentais. Aquando da remessa de autos que narrem essas diligências, há necessidade de uma avaliação pelo Ministério Público quanto à fundamentação da presença dos pressupostos de fato, à efetiva presença dos indícios de tais pressupostos e, acima de tudo, à conformidade do ato com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da igualdade, da impessoalidade, da racionalidade, e da finalidade pública. Como muitas vezes a conjugação desses princípios acaba apontando para uma solução vinculada (ou com baixas margens de discricionariedade, limitadas à forma de execução da medida), o escrutínio crítico pelo órgão de controle permite afastar as soluções eventualmente arbitrárias, que claramente conflitem com o ordenamento jurídico. Acima de tudo, a análise pelo Ministério Público deve ser prospectiva, procurando construir soluções para se evitar a reiteração do desvio.

Em relação às normas procedimentais de controle, o Ministério Público deve zelar para que as diligências restritivas de direitos fundamentais tenham uma adequada formalização, para se permitir o controle a posteriori. Uma análise criteriosa da práxis policial permite concluir que há diversas diligências policiais ainda sem procedimentos de controle, como o caso de disparo de arma de fogo, de revista pessoal sem apreensão, de restrições momentâneas de liberdade, de buscas domiciliares

57 Genericamente, sobre a relevância do treinamento policial para sua adesão à legalidade e como fator de profilaxia do desvio policial: Prenzler, 2009, p. 65. Bittner (2003, p. 176-181) defende de forma mais ampla que a própria posse no cargo policial deveria ser precedida de um curso de formação semelhante de uma pós-graduação policial. Indicando que o processo de reclamação de desvios policiais devem indicar possíveis áreas que necessitam de melhor disciplina e interiorização mediante treinamento, ver Walker, 2001, p. 100.

realizadas em situação de flagrante putativo e de inúmeras outras. Para suprir tais omissões, é conveniente a realização de reformas legislativas e a normatização administrativa regulamentar.

Um dos avanços pelo Ministério Público nesta temática é a exigência de instauração de inquérito policial para averiguar as mortes decorrentes de intervenção policial e o conjunto de procedimentos de controle obrigatórios por parte do Ministério Público nesta situação (cf. Resolução n. 129/2015). A nosso sentir, em outras situações em que a atuação policial pratica um fato típico criminal, ainda que acobertado por uma excludente da ilicitude, deveriam ter necessariamente uma documentação e controle pelo Ministério Público.

Finalmente, no âmbito das diligências de investigação criminal não restritivas de direitos fundamentais, ainda que se reconheça um amplo espaço de discricionariedade à autoridade policial para conduzir as investigações, há igualmente um conjunto de diligências usualmente necessárias conforme as circunstâncias concretas. Por exemplo, se o crime foi praticado em local com câmaras de vigilância, surge um verdadeiro dever de diligência policial na preservação dessa prova. Ou se o crime deixou vestígios, há um dever de requisitar as perícias necessárias à sua documentação.

Assim, no âmbito da atividade de colheita das informações investigativas destinadas a subsidiar o oferecimento da denúncia, considerando que tal atividade está teleologicamente direcionada à atuação funcional do Ministério Público, este órgão também possui o poder de expedir recomendações genéricas à Polícia indicando ex ante a forma que entende ser mais correta para a realização da atividade investigativa, de forma a zelar pela celeridade e racionalidade na investigação criminal (cf. art. 27, parágrafo único, inciso II, Lei n. 8.625/1993)⁵⁸. Esse processo de diálogo entre Ministério Público e Polícia também poderá auxiliar a suprir as eventuais omissões legais, sedimentando tais boas práticas em “Procedimento Operacional Padrão” para a investigação criminal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Ministério Público, enquanto órgão constitucional de controle externo, possui uma função de Ombudsman da atividade policial, devendo ter uma postura ativa para promover os aperfeiçoamentos institucionais necessários ao efetivo respeito aos direitos fundamentais na atividade policial, tanto na perspectiva de controle de excessos quanto de insuficiência de atuação.

A discricionariedade policial sem quaisquer balizas acaba se convertendo em arbitrariedade e violando o paradigma da legalidade, postulado básico do Estado de Direito. A atividade de prevenção criminal possui parâmetros mais fluídos de vinculação, dada sua natural imprevisibilidade. Atividades de reação a um ilícito já concretizado possuem alguns parâmetros vinculados (juízos de alta probabilidade com atuação vinculada) e outros abertos à discricionariedade da forma de investigar (v.g., quais testemunhas ouvir numa investigação).

A sedimentação das boas práticas de atuação policial, à luz dos princípios fundamentais, permitem aferir a adequação da atuação policial num caso concreto. Os princípios constitucionais da proporcionalidade, da igualdade, da impessoalidade, da racionalidade e da finalidade legal permitem construir balizas para aferir a legalidade de uma decisão discricionária.

Os eventuais conceitos jurídicos indeterminados nos pressupostos de fato das medidas restritivas de direitos fundamentais e as boas práticas policiais devem ser densificados no âmbito da regulamentação administrativa. É dever do Ministério Público fiscalizar esta atividade de regulamentação interna.

As balizas legais do exercício da discricionariedade policial devem ser controladas mediante normas procedimentais de garantia. Cabe ao Ministério Público zelar pelo cumprimento de tais procedimentos de controle. No âmbito das medidas restritivas de direitos fundamentais de iniciativa direta pela autoridade policial, cabe ao Ministério Público analisar criticamente, a posteriori, a legitimidade das escolhas discricionárias conforme os parâmetros regulamentares, de boas práticas, e à luz dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. **Revista Jurídica**. Bebedouro/SP: UniFafibe, ano II, n. 1, mar. 2010. Também disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Fundamentos do controle externo da atividade policial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016a.

_____. **Investigação criminal: o controle de direção mediata pelo Ministério Público**. Curitiba: Juruá, 2016b.

_____. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BENDA, Ernst. El Estado Social de Derecho. In: BENDA, Ernst et al. (Orgs.). **Manual de derecho constitucional**. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2001, p. 487-559.

BERTACCINI, Davide. **La política di polizia**. Bolonha: Bononia University Press, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. Como as democracias controlam as polícias: os mecanismos institucionais de controle da atividade policial. **Novos Estudos**. **CEBRAP**, v.70, n.3, 2004.

CRETELLA Jr., José. **Tratado de direito administrativo**. v. 5: poder de polícia e Polícia. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DUARTE, David. A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa do Provedor de Justiça). In: VVAA. **O Provedor de Justiça: novos estudos**. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2008, p. 35-77.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madri: Colex, 1990.

GRIMM, Dieter. Constitutional observations on the subject of prevention. In: ALBRECHT, Peter-Alexis; BACKES, Otto. **Crime prevention and intervention: legal and ethical problems**. Berlim: Walter de Gruyter, 1989.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. **Manuel - procédure pénale**. 5ª ed. Paris: Lexis Nexis, 2009.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JR., Domicio. Bases Conceituais de Métricas e Padrões de Medida de Desempenho Policial. In: CARUSO, H.; MUNIZ, J.; BLANCO, A.C. (Orgs.) **Polícia, Estado e Sociedade**: práticas e saberes latino-americanos. Rio de Janeiro: Publit, 2007(a). Também disponível em: <<http://blog.comunidadessegura.org/policiaesociedade/files/2008/04/basesconceituaisdemetricas.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

_____; _____. Da Accountability Seletiva à Plena Responsabilidade Policial. In: CARUSO, H.; MUNIZ, J.; BLANCO, A.C. (Orgs.) **Polícia, Estado e Sociedade**: práticas e saberes latino-americanos. Rio de Janeiro: Publit, 2007(b). Também disponível em: <<http://blog.comunidadessegura.org/policiaesociedade/files/2008/04/art11.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PRENZLER, Tim. **Police corruption**: preventing misconduct and maintaining integrity. Boca Raton: CRC Press, 2009.

RAPOSO, João. **Autoridade e discricionariedade**: a conciliação possível? Lisboa: ISCPSI, 2006.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de protecção policial de direitos, liberdade e garantias**. Coimbra: Coimbra, 2012.

SOUSA, António Francisco de. **A polícia no Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do Ministério Público e da Polícia**: prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2013.

_____. **Teoria geral do direito policial**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

WALKER, Samuel. **Police accountability**: the role of citizen oversight. Belmont: Wadsworth Thomson Learning, 2001.