

DA ILEGITIMIDADE DOS ATOS PROBATÓRIOS DESENVOLVIDOS PELA POLÍCIA MILITAR: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

*ABOUT THE
ILLEGITIMITY FROM THE
EVIDENCE ACTS DONE
FOR THE PSTENSIBLE
POLIC: ANALYSIS WITH
THE LEGALITY VIEW*

Felipe Martins Pinto¹

Jéssica Oníria Ferreira de Freitas²

Resumo

No presente artigo empreende-se uma análise acerca da legitimidade de atos probatórios realizados pela polícia militar frente ao princípio da legalidade. Para tanto, estuda-se a definição constitucional da competência dos órgãos policiais, notadamente da polícia militar.

Determinada tal competência, se analisa o argumento utilizado para legitimar os atos instrutórios dos milicianos, qual seja, a fé pública. Discute-se, então, se a atividade probatória desenvolvida pela polícia militar é compatível com o modelo de um Estado de Direito, assentado em princípios de ordem constitucional, com destaque para a legalidade.

Palavras-chave: Estado de Direito. Polícia militar. Princípio da legalidade. Fé pública.

Abstract

This paper presents an analysis about the legitimacy of probatory acts performed by ostensible police, considering the principle of legality. To this end, we study the constitutional definition of the powers of law enforcement agencies, especially the ostensible police. Defined this powers, we analyze the argument used to legitimate acts of investigation of militiamen: the "public faith". It is discussed, then, if the probatory activity developed by the ostensible police is consistent with the model of Constitutional State, based on constitutional principles, with emphasis on the legality.

Keywords: Constitutional State. Pstensible police. Principle of legality. Public faith.

1. INTRODUÇÃO

A Jurisdição, enquanto poder estatal e ingrediente indispensável para o incremento das relações

¹ Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG.

² Mestranda em Direito Processual Penal pela UFMG.

sociais e para a consolidação do Estado de Direito Democrático, exige, para o alcance de seus escopos, a permanente defesa das prerrogativas de todas as classes que contribuem para o implemento de suas atividades, nelas incluídas a Advocacia privada e pública, a Magistratura, os serventuários, o Ministério Público e as forças policiais.

No tocante às atribuições de cada um dos segmentos, cujas relevantes contribuições viabilizam o exercício jurisdicional, verifica-se a repartição de tarefas entre as Polícias, o que não diz respeito ao grau de capacidade ou comprometimento dos integrantes de cada uma das forças policiais, mas à necessidade de otimização e potencialização da eficácia das missões institucionais de cada órgão policial.

Contudo, de maneira progressiva, presencia-se a realização de investigações conduzidas pelo Ministério Público e, no caso do Ministério Público dos Estados, a execução dos atos de instrução gradualmente

tem sido deixada a cargo de policiais militares.

A Constituição da República prevê expressamente no artigo 144, §5º, que as atribuições das Polícias Militares limitam-se ao policiamento ostensivo e à preservação da ordem pública, mas, em hipótese alguma, detêm atribuições investigativas, estas últimas sob a responsabilidade das Polícias Cíveis e da Polícia Federal, nos termos do § 1º e 4º do artigo 144 da Constituição da República de 1988.

Destaca-se que a Constituição da República regula o mínimo de situações, direitos e deveres indispensáveis para a manutenção da natureza jurídica do Estado e, dessa maneira, a eventual violação aos limites definidos por norma constitucional se traduz como a principal ilegalidade passível de ser cometida. Frise-se que as normas jurídicas são balizamentos para o exercício dos atos de Poder, seja no âmbito executivo, legislativo ou judiciário e, no caso das

normas constitucionais, o atendimento aos comandos vivifica os valores ínsitos ao modelo de Estado adotado.

Especialmente nas hipóteses que representarem restrições ao exercício do *jus puniendi*, a atuação dos órgãos oficiais dentro dos limites estatuídos pela Constituição da República é pressuposto de convalidação da ordem democrática.

No caso objeto do presente artigo, o artigo 144 não configura simples aconselhamento ou opinião, cuja observância esteja adstrita à vontade pessoal dos agentes, mas em sentido oposto, no que diz respeito a regras constitucionais, eventuais lapsos, descuidos ou negligências no adimplemento de atos oficiais do Estado por mais singelos ou insignificantes que possam transparecer, introduzem um nocivo precedente apto a deflagrar a subversão da ordem e a corrosão do modelo político-jurídico do Estado.

Ora, para o adequado exercício das nobres funções da Polícia Militar, os seus

agentes devem limitar as suas atuações às prescrições legais e especialmente constitucionais, na exata medida do alcance do princípio da legalidade, sendo-lhes vedado extrapolar o conteúdo positivado com o fito de imprimir sanção ou tratamento mais rigoroso ao indivíduo.

No entanto, como destacado inicialmente, integrantes da Polícia Militar são, com uma incômoda e crescente frequência, destacados para promover diligências probatórias, especialmente em investigações presididas por representante do Ministério Público dos Estados.

Na tentativa de blindarem os atos probatórios realizados por policiais militares contra alegações que possam questionar a sua validade, a fé pública é empunhada como escudo universal.

Com relação aos atos probatórios, maior denodo exige a utilização do argumento da fé pública, na medida em que a prova, enquanto elemento indispensável para suportar uma condenação na esfera

penal, depende de regras e métodos que inibam a personalidade dos envolvidos na sua produção e permitam a construção de um ato imparcial.

Assim, fatos e objetos que careceriam de uma análise técnica mais acurada a partir de métodos consolidados e reconhecidos cientificamente, são colhidos por policiais militares e convalidados em diversos processos criminais ao argumento de que os agentes responsáveis pela colheita do elemento de instrução estariam respaldados pelo manto da “fé pública”, argumento suficiente para autorizar a produção do ato probatório, independentemente da formação do agente ou dos limites legais e constitucionais.

O que ora se questiona é se o conceito de fé pública seria suficiente para legitimar a atuação de policiais militares mesmo fora de suas atribuições constitucionais, sendo tomado como instrumento apto a presumir de maneira absoluta a veracidade dos atos praticados ou atestados.

No presente trabalho, analisa-se a questão proposta sob a ótica do princípio da legalidade e da necessidade de segurança jurídica na atuação dos órgãos estatais. Dessa forma, serão abordados os argumentos apresentados como legitimadores da atuação da polícia militar em atividades probatórias, notadamente o conceito de fé pública, comumente utilizado como um argumento meta-jurídico.

Por fim, será discutida a legalidade da atuação de agentes da polícia militar na produção de elementos probatórios aptos a instruir apurações de natureza penal e a possibilidade ou não de utilização das referidas provas no âmbito do processo penal.

2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS ATIVIDADES DAS POLÍCIAS

A estruturação do Estado por meio de normas jurídicas oferece maior previsibilidade e

segurança aos indivíduos, evitando, assim, que o direito transforme-se em uma ameaça etérea e incerta que paira sobre os mesmos. Dessa forma, o princípio da legalidade, positivado no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República de 1988, sob a fórmula de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” tem função primordial no contexto de um Estado de Direito.

Longe de constituir um engessamento à evolução da sociedade e do ordenamento jurídico, representa, pelo contrário, uma garantia de liberdade, permitindo a atuação do Estado e do particular e, ao mesmo tempo, coibindo arbitrariedades.

Neste aspecto, o Estado de Direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos, visando à garantia dos direitos fundamentais, contrapõe-se ao estado absoluto seja ele autocrático ou democrático. Nem sequer por unanimidade

pode o povo decidir – ou consentir que se decida – que um homem morra ou seja privado de sua liberdade, que pensa ou escreva, que se associe ou não a outros³.

A atuação dos órgãos estatais, necessariamente, deve ser pautada pelo princípio da legalidade, seguindo com rigor a definição prévia de atribuições e limites previstos para cada função. É neste sentido, inclusive, que o artigo 37 da Constituição de 1988, ao elencar os princípios reitores da administração pública, aponta, em primeiro lugar, o princípio da legalidade, consubstanciado na fórmula segundo a qual a Administração – através de seus agentes – não pode fazer nada além do que a lei determina e é obrigada a fazer o que a lei determina.

³CADEMARTORI, Sergio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. 2ª Ed. Campinas: Millenium, 2007, p. 208-209. *Apud* PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 138-139.

A legalidade é um princípio insito ao Estado de Direito, sendo “justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria”⁴ e consiste na completa submissão da Administração Pública às leis, sendo o “antídoto do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular”⁵.

No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito mais estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição

autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes pueris – cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante –, viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes⁶.

Evidente, portanto, que os agentes públicos, uma vez que submetidos ao regime jurídico da administração pública, têm suas atribuições estritamente vinculadas à lei, devendo agir nos exatos limites estabelecidos por esta.

Inseridas nesse contexto estão as carreiras dos integrantes das forças policiais que, enquanto agentes públicos, têm suas atribuições legalmente definidas, nos termos do delineamento apresentado no artigo 144 da Constituição Federal.

O referido artigo dispõe que a segurança pública, cujo objetivo é a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. P.97.

⁵ Idem.

⁶ Idem. P.99.

patrimônio, é exercida por meio dos seguintes órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. O presente estudo se deterá na análise das atribuições estabelecidas para as polícias federal, civil e militar.

À polícia federal é reservada a atribuição de apurar infrações penais que envolvam interesse da União⁷,

⁷ Artigo 144, §1º: A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
 II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

nas quais exercerá, com exclusividade, as funções de polícia judiciária. Além disso, o referido órgão policial exerce ainda as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras.

Por sua vez, às polícias civis incumbem as funções de polícia judiciária, exceto as de natureza militar e as de competência da União. Já as polícias militares possuem atribuição de policiamento ostensivo, bem como de preservação da ordem pública. Tanto as polícias civis quanto as militares subordinam-se aos governadores dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, sendo que a organização e funcionamento de tais órgãos são disciplinados em lei estadual.⁸

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

⁸ A título exemplificativo, cita-se a Constituição do Estado de Minas Gerais, que regulamenta as atividades da polícia civil e militar no âmbito deste Estado. No artigo 139 define as atribuições da polícia civil, nos seguintes termos:

Art. 139 – À Polícia Civil, órgão permanente do Poder Público, dirigido por Delegado de Polícia de carreira e organizado de acordo com os princípios da hierarquia e da disciplina, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração, no território do Estado, das infrações penais, exceto as militares, e lhe são privativas as atividades pertinentes a:

I – Polícia técnico-científica;

II – processamento e arquivo de identificação civil e criminal;

III – registro e licenciamento de veículo automotor e habilitação de condutor. (grifos nossos)

Por sua vez, o artigo 142, inciso I, da mesma Constituição estadual, delimita a competência da polícia militar. Vejamos:

Art. 142 – A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, forças públicas estaduais, são órgãos permanentes, organizados com base na hierarquia e na disciplina militares e comandados, preferencialmente, por oficial da ativa do último posto, competindo:

I – à Polícia Militar, a polícia ostensiva de prevenção criminal, de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e de mananciais e as atividades relacionadas com a preservação e restauração da ordem pública, além da garantia do exercício do poder de polícia dos órgãos e entidades públicos, especialmente das áreas fazendária, sanitária, de proteção

A distinção entre polícia judiciária e ostensiva dispensa longas considerações, sendo que esta última tem por escopo prevenir a ocorrência de infrações penais, coibindo a prática do crime por sua presença e visibilidade, bem como realizando medidas preventivas e de segurança pública, conforme definição apresentada pela polícia militar do Estado de Minas Gerais:

Policiamento ostensivo é a modalidade de exercício da atividade policial desenvolvida intencionalmente à mostra, visível — em contraposição ao policiamento velado, secreto. Caracteriza-se pela evidência do trabalho da polícia à população, pelo uso de viaturas caracterizadas, uniformes, ou até mesmo

ambiental, de uso e ocupação do solo e de patrimônio cultural;

Ressalte-se que a única exceção à atividade de investigação da polícia militar é feita no artigo 142, inciso III, que prevê que compete à polícia militar e ao corpo de bombeiro militar a função polícia judiciária militar, ou seja, apenas quando se tratar de infração penal prevista no Código Penal Militar.

distintivos capazes de tornar os agentes policiais identificáveis por todos. A atividade de **policia**r consiste resumidamente em fiscalizar comportamentos e atividades, regular, ou manter a ordem pública, reprimindo crimes, contravenções, infrações de trânsito etc., zelando pelo respeito à legislação pelos indivíduos.⁹

Em função nitidamente distinta, a polícia judiciária atua após a ocorrência do suposto fato delituoso. Busca, então, a apuração da existência do suposto fato criminoso e autoria da conduta, construindo o lastro probatório necessário para que o titular da ação penal forme a *opinio delicti*.

A função precípua da Polícia Civil consiste em apurar as infrações penais e sua autoria. Sempre vigilante, pondera Pimenta Bueno, ela

indaga de todos os fatos suspeitos, recebe os avisos, as notícias, forma os corpos de delitos para comprovar a existência dos atos criminosos, sequestra os instrumentos dos crimes, colige todos os indícios e provas que pode conseguir, rastreia os delinquentes, captura-os nos termos da lei e entrega-os à Justiça Criminal, juntamente com a investigação feita, para que a Justiça examine e julgue maduramente (cf. *Processo penal brasileiro*).¹⁰

Assim, e tendo em vista a estrita legalidade que rege as atividades sujeitas ao regime jurídico administrativo, é certo que ao policial civil não cabe, por exemplo, realizar patrulhamentos em áreas de risco assim como, ao militar, não compete imiscuir-se em atividades de natureza probatória.

Todavia, tem-se verificado situação diversa e é cada vez mais frequente a realização de

⁹O *que é Polícia Ostensiva?* Disponível em:

<https://www.policiamilitar.mg.gov.br/portal-pm/4ciaesp/conteudo.action?conteudo=851&tipoConteudo=itemMenu>. Acesso em 19 de abril de 2012.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 1º volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. P.195/196.

atividades de cunho investigativo e probatório pela polícia militar, notadamente no curso de investigações presididas pelo Ministério Público dos Estados e, sistematicamente, o embasamento da atuação desviada repousa na abstrata, genérica e imprecisa fé pública. Assim, diligências probatórias produzidas e colhidas por integrantes da Polícia Militar têm sido utilizadas para lastrear propositura de ações penais e como material probatório para embasar as decisões judiciais, inclusive, sentenças condenatórias e, tudo isso, em afronta ao princípio da legalidade.

Adiante, serão analisadas as consequências negativas que referido desvio da função da polícia ostensiva pode acarretar à investigação policial, ao processo penal e ao próprio modelo de Estado de Direito.

3. A LEGITIMAÇÃO DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PROBATÓRIAS PELA POLÍCIA MILITAR – O TEMERÁRIO ARGUMENTO DA FÉ PÚBLICA

Como anteriormente apresentado, não obstante o preciso delineamento constitucional das atribuições conferidas a cada órgão policial, integrantes da Polícia Militar têm sido instados a atuar, frequentemente, na realização de diligências probatórias.

Um Policial Militar, por maior esmero que empregue na promoção de uma prova pericial, agirá além de suas atribuições estatuídas na Constituição da República, sem qualquer treinamento ou formação específicos para a consecução do ato e, portanto, norteará a realização da diligência essencialmente por seus valores, percepções e conhecimentos individuais. Além de malferir o princípio da legalidade, tal atitude repercutirá negativamente na credibilidade do material

probatório, com evidentes prejuízos para o processo penal.

Um condutor de veículo automotor pode deambular de maneira cambaleante por deficiência física, ter os olhos avermelhados por ressecamento da córnea, possuir péssima dicção e, ainda que as características possam coincidir com a postura normal de um indivíduo embriagado e, embora não seja este o caso, seria essa a conclusão apriorística a que chegaria uma pessoa que não detivesse conhecimento adequado e nem utilizasse os métodos próprios.

Uma pessoa jurídica pode ter a sua sede em local em que as portas estejam sempre cerradas, ou em lugar no qual funcione outro estabelecimento comercial e, dessa forma, a verificação *in locu* por policiais não será apta a demonstrar a existência ou não da pessoa jurídica, pois a maneira de comprovar o seu funcionamento regular, previsto em lei, depende de registro na Junta Comercial e

habilitação pelos órgãos fazendários.

Casos como esses, acima mencionados, exemplificam a maior falibilidade das diligências probatórias empreendidas por agentes da Polícia Militar, uma vez que não apresentam treinamento específico para a atividade de produção de provas. Todavia, apesar de tais vícios, tem prevalecido o argumento em prol da validade dos atos praticados pelos milicianos, uma vez que estes estariam acobertados pelo instituto da fé pública, do qual derivaria uma presunção de validade das atividades desenvolvidas.

Com efeito, a fé pública é uma característica inerente a todo ato administrativo, que goza da presunção de legitimidade, estando apto a produzir seus efeitos enquanto não for declarada sua invalidade.

Milita em seu favor uma presunção *juris tantum* de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade. Com efeito, se a Administração Pública só pode atuar se, como e quando a lei autoriza, há de se deduzir a presunção de legitimidade de seus atos,

isto é, que se presumem verdadeiros e que se conformam com o Direito. Assim, pode-se dizer que os atos administrativos nascem com essa qualidade e nada mais se exige para sua prevalência. Não se infira dessa afirmação que se está a dizer que os atos administrativos são sempre legais. Na realidade, embora não devessem, é certo que muitos desses atos são ilegais, conforme a prática tem demonstrado. (...) A Administração Pública, em face desse princípio, não tem necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade, salvo quando contestado na esfera judicial, administrativa ou perante o Tribunal de Contas.¹¹

Em um primeiro momento, deve-se salientar que a presunção de legitimidade dos atos administrativos é *juris tantum*, ou seja, relativa, podendo ser

questionada administrativa ou judicialmente.

Contudo, o argumento que evidencia a ausência de fé pública na prática, por milicianos, de atos da polícia judiciária, centra-se no próprio conceito de ato administrativo.

Concebido como a forma, por excelência, de execução da função administrativa do Estado, a doutrina especializada destaca a existência de cinco requisitos (ou pressupostos) necessários à configuração do ato administrativo e à produção válida de seus efeitos. São eles a competência do agente, o conteúdo, a finalidade, o motivo e a forma.

Interessa ao presente estudo destacar a *competência*, requisito primordial do ato administrativo e que impõe, para a consecução do ato, que o agente deva estar investido de poder legal específico para o desenvolvimento daquela determinada função. A identificação da competência, enquanto requisito da fé pública, exige que o ato administrativo decorra de lei, impõe que o mesmo seja inderrogável pela

¹¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 6. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. P.71.

Administração ou por acordo de terceiros e impede que o mesmo seja objeto de delegação ou de avocação quando a competência for prevista, com exclusividade, pela lei.

1. Decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, suas atribuições;

2. É inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público;

3. Pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei.¹²

Verifica-se que a competência é legalmente determinada, não podendo ser alterada por arbítrio do sujeito, uma vez que “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma

de direito”¹³. Dessa forma, um ato praticado por autoridade incompetente é inegavelmente inválido. Da mesma forma, é inválido o ato praticado além do limite legalmente imposto ao agente, ou seja, com abuso de poder.

Daí se conclui que o ato praticado por agente público em discordância com suas funções legalmente estabelecidas não possui validade, uma vez que carece de requisito imprescindível à configuração dos atos administrativos.

É evidente que a fé pública não constitui uma ampla e irrestrita presunção de veracidade, legalidade e legitimidade de todo e qualquer ato praticado pelo agente público, mas somente dos atos legalmente previstos para o cargo, emprego ou função que exerça. O agente que atua além desses limites legais não goza de qualquer presunção de validade em seu

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. P.189.

¹³TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro, DASP 1959, *apud* MOTTA, Carlos Pinto Coelho [coord]. *Curso Prático de Direito Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

favor, uma vez que sua conduta não constitui um ato de natureza administrativa e, portanto, não é abarcada pelas características inerentes aos mesmos.

Assim, o agente da Polícia Militar que atua na realização de diligências probatórias – atribuição conferida pela Constituição da República exclusivamente à polícia civil ou, em determinados casos, à polícia federal – pratica ato inválido, uma vez que extrapola a competência legalmente prevista para sua função. Referidos atos, portanto, não gozam dos atributos inerentes aos atos administrativos, dentre os quais a presunção de validade.

Logo, o argumento da *fé pública*, utilizado para conferir legitimidade aos atos de polícia judiciária realizados pela Polícia Militar, carece totalmente de procedência e não possui qualquer amparo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que referidos atos são praticados com abuso de poder e, portanto, são

inválidos, não gerando quaisquer efeitos legais.

4 – A ATUAÇÃO PERSECUTÓRIA DA POLÍCIA MILITAR E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO PENAL

Conforme já apresentado anteriormente, o princípio da legalidade é corolário de um Estado de Direito, conferindo previsibilidade e, portanto, segurança no que se refere à atuação do Estado frente à sociedade.

A legalidade é, ainda, princípio basilar do direito e do processo penal, seja pela imposição de taxatividade aos tipos penais, ou pela definição das regras a que está sujeita a persecução penal. A estrita submissão à lei é fundamental para que o *jus puniendi* estatal possa se realizar com o necessário respeito aos direitos e garantias constitucionalmente previstos.

O direito penal, pela qualidade dos bens jurídicos que visa a proteger e por dispor das sanções mais

severas frente às violações legais, coloca-se em uma situação especial e não constitui, por certo, apenas um meio de luta contra o delito, mas também – e, sobretudo – “um meio de garantir da melhor forma possível os direitos fundamentais daqueles que intervêm em um conflito penal”¹⁴. Para tanto, o ordenamento jurídico dispõe de instrumentos diversos de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, destacando-se determinados princípios e garantias, a exemplo do princípio da legalidade.

Não se pode perder de vista a face política da legalidade e, portanto, o

princípio não constitui apenas uma característica do sistema jurídico penal, mas sim sua missão e objetivo, o que gera uma estreita sujeição da jurisprudência à lei, uma maior transparência na aplicação do direito e em sua justificação e, deste modo, uma melhor previsibilidade e, ao mesmo tempo, controle do que ocorre na legislação e na jurisprudência penais¹⁵.

Acresça-se, ademais, que uma das diferenças marcantes entre o sistema inquisitório e o acusatório é o distinto conteúdo do princípio da legalidade processual: enquanto no sistema inquisitório é vinculada a valoração das provas, porém livre seu método de formação, no acusatório é livre a valoração, porém vinculado o método de aquisição das

¹⁴*El derecho penal conforme al Estado de derecho y el derecho procesal penal constituyen hoy no solamente un medio de persecución o de cruda “lucha” contra el delito; constituyen también un medio para garantizar de la mejor forma posible el aseguramiento de los derechos fundamentales de aquellos que intervienen en un conflicto penal, in HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Trad. Patricia S. Ziffer. Bogotá: Unoversidad Externado de Colombia, 1998. p. 20. (Tradução livre).*

¹⁵ *Del respeto dello [principio da legalidad] se espera una estrecha sujeción de la jurisprudencia a la ley, una mayor transparencia en la aplicación Del derecho y en su justificación, y de este modo, una mejor presivibilidad, y al mismo tiempo, controlabilidad, de aquello que sucede en la legislación y em la jurisprudencia penales. Idem. p. 22. (Tradução livre).*

provas¹⁶. Ferrajolo, ressaltando a importância do princípio da legalidade, expõe que “a observância do rito não é só uma garantia de justiça, mas também uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça”¹⁷.

Assim, se a atenção ao princípio da legalidade emerge como um pilar necessário à estruturação de um Estado de Direito, maior ênfase se confere a tal princípio no âmbito do processo penal, quando, pela natureza dos direitos em jogo, deve-se primar pelo respeito à forma como meio de efetivação das garantias previstas. É comum afirmar-se, inclusive, que no processo penal “forma é garantia”¹⁸.

¹⁶FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P.564.

¹⁷ Idem. P. 572.

¹⁸Neste sentido, pertinentes as considerações desenvolvidas por HASSEMER, ao discorrer sobre as diretrizes de um processo penal no Estado de Direito (*op. cit.*, p.82): “Las formalidades del procedimiento penal non son meras formalidades, em su núcleo son *formas protectoras* en interes de la totalidad de los

A Constituição de 1988 prevê que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI). Na mesma linha, o artigo 157 do código de processo penal estabelece que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável por sua produção¹⁹.

É evidente que, assim como a regularidade do método empregado, necessário também é a competência do agente que

intervinientes en el proceso y, ante todo, del imputado. Si se autoriza em el caso concreto a dejar de lado estas formalidades, de este modo se tornan dispositivos todos los pilares del derecho procesal penal.”.

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P.332.

atua na produção da prova, nos termos das atribuições estatuídas na legislação.

Assim, um exame de corpo de delito realizado por indivíduo que não seja perito e tampouco tenha formação acadêmica adequada, não apresenta validade²⁰. Da mesma forma, uma diligência probatória realizada por agente da polícia militar – que não possui competência para tanto – não apresenta validade e não pode, portanto, ser utilizada nem mesmo como lastro probatório para o oferecimento da denúncia ou queixa. Essa exclusão de provas ilícitas do processo

penal é, indubitavelmente, uma forma de garantir o respeito a direitos fundamentais, e de evitar que os tribunais se tornem cúmplices da ilegalidade e de assegurar ao povo que o Governo [leia-se, que os órgãos da persecução penal] ou agirá dentro da lei, ou não terá benefícios quando agir fora dela.²¹.

Dessa forma, ante a ilegalidade da atuação na instrução probatória por agentes da Polícia Militar, os atos probatórios realizados por tais indivíduos não são aptos a gerar efeitos, seja na fase pré-processual ou no curso da ação penal, devendo ser desconsiderados ou mesmo excluídos dos autos.

²⁰ Código de Processo Penal. Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1^o Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2^o Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

(...).

²¹CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n.12, p.172, out./dez.1995. *apud* PIERANGELI, José Henrique. *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 (Coleção Jus Aeternum, 6).p.87.

5- CONCLUSÃO

No presente trabalho, desenvolveu-se uma análise acerca da legitimidade das diligências probatórias realizadas pela polícia militar dentro do contexto de um Estado de Direito e, mais especificamente, dos princípios e garantias que norteiam o processo penal.

Atentou-se, prioritariamente, para o princípio da legalidade e seus desdobramentos tanto no âmbito administrativo quanto processual penal. Num primeiro momento, discorreu-se sobre a legalidade como pilar de um Estado de Direito e princípio norteador de todo ato da administração pública.

Neste sentido, também a atividade das polícias – órgãos públicos que são – deve ser adstritas ao regramento legal. No caso, deve-se ressaltar que as atribuições dos órgãos policiais são definidas na Constituição da República, a qual, ao tratar da segurança pública no artigo 144, estabelece a devida divisão de competências entre as polícias.

Quanto à fé pública, demonstrou-se que a mesma é inerente ao ato administrativo, que goza de presunção de validade. Todavia, é requisito do ato administrativo que o sujeito seja competente para sua realização, nos termos da definição de atribuições previstas em lei. Dessa forma, se o agente público extrapola os limites de suas atribuições, pratica ato inválido, que não apresenta, portanto, as características dos atos administrativos – inclusive a fé pública.

Assim, o agente policial que extrapola os limites de suas funções, age contra a lei, não podendo o argumento da fé pública ser utilizado para convalidar atos em afronta aos limites legais e constitucionais.

Inferiu-se, então, que as diligências probatórias realizadas por policiais militares, por extrapolarem os limites de suas atribuições constitucionais, carecem de validade. O policial militar não possui competência (elemento necessário para a se atribuir fé pública ao ato) para atividades investigativas, e, portanto, quando tal ato é por ele

praticado não é válido e não goza da presunção de legitimidade decorrente da fé pública.

Evidenciou-se, por fim, que o material de cunho probatório produzido pelos milicianos não é apto a ser utilizado no processo penal, seja na fase pré-processual ou, tampouco, no curso da ação penal. Com efeito, o processo penal estrutura-se sob a égide da legalidade, sendo que as formas adquirem especial relevância, na medida em que consubstanciam garantias individuais. Assim, eventual prova produzida em desconformidade com a lei – e, sobretudo, com a Constituição da República – deve ser desconsiderada no processo penal.

Por tudo que foi apresentado, conclui-se que a atuação da Polícia Militar em atividades de cunho probatório é ilegítima, não sendo validada pelo argumento da fé pública que, como foi demonstrado, não se aplica ao caso. A constância de tal desvio de função atenta contra princípios estruturantes do Estado de Direito,

consistindo em uma subversão da estrutura jurídica e política vigente.

Sublinhe-se com vigor que tal conclusão, como já afirmado, não retira o mérito e a importância da Polícia Militar, mas reforça a necessidade de serem observados os limites estatuídos na Constituição e nos textos legais, como condição de validade e legitimidade das intervenções estatais nos direitos dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 20ª Ed, São Paulo, Atlas, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, 3. Ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 6ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 2001.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*, Trad. Patricia S. Ziffer, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

MELLO, Celso Antônio
Bandeira de. *Curso de Direito
Administrativo*, 24^a Ed., São
Paulo, Malheiros, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho
[coord]. *Curso Prático de Direito
Administrativo*, 2^a Ed., Belo
Horizonte, Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli.
Curso de Processo Penal, 12^a Ed.,
Rio de Janeiro, Lumen Juris,
2009.

PIERANGELI, José
Henrique. *Direito Criminal*,
Belo Horizonte, Del Rey,
2005.

PINTO, Felipe Martins.
Introdução crítica ao processo penal,
Belo Horizonte, Del Rey,
2012.

TOURINHO FILHO,
Fernando da Costa. *Processo
Penal*, 1^o vol., São Paulo,
Saraiva, 2000.