

CONDUÇÃO DE MAGISTRADO OU MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO POR POLICIAL DO ESTADO, EM CASO DE FLAGRANTE DELITO

MIGUEL, Marco Antonio Alves ¹

RESUMO

O presente estudo tem por escopo contribuir com questão de ordem prática de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, de competência das polícias militares estaduais, ou seja, por meio das autoridades militares estaduais, e de polícia judiciária, civil ou militar, quando, excepcionalmente, da prisão em flagrante e condução policial de Magistrado e Membro do Ministério Público, por cometimento de crime, diante da legislação pertinente.

Palavras chave: prisão em flagrante; condução policial; magistrado; ministério público; autuação.

¹ Mestre em Direito. Graduado pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Pós-graduado pelo CAES-Polícia Militar do Estado de São Paulo, onde exerce a docência na disciplina de Direito Administrativo; docente afastado do Centro Universitário Eurípides de Marília; Pesquisador e Conselheiro Editorial da Revista LEVS-UNESP; membro do Grupo de Pesquisa e Gestão Urbana e Trabalho Organizado-GUTO, UNESP; Editor Chefe da Revista NECPOP da Academia de Polícia Militar do Barro Branco; Coronel da PMESP - Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça de São Paulo.

1. Introdução

Sabe-se, que qualquer um do povo está sujeito a praticar atos infracionais quer pela simples inobservância de regras administrativas, como uma infração de trânsito, quer pela prática de condutas comissivas ou omissivas mais graves, como aquelas capituladas nos códigos penais, comum ou militar, e leis extravagantes.

Da mesma forma, a legislação processual penal estabelece que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (artigo 301 do CPP), bem como estabelece as hipóteses de flagrante (artigo 302 do CPP). Assim, faculta a qualquer um do povo e obriga as autoridades policiais, civil ou militar, a prender quem quer que esteja em situação de flagrante delito.

Normalmente, o militar do estado, em atividade de policiamento ostensivo, é a primeira autoridade policial a chegar ao local de ocorrência, até mesmo quando “qualquer um do povo” prende alguém em flagrante. Em face de seu preparo técnico, profissional e discernimento como agente da administração pública e no exercício do poder de polícia, delibera acerca da ocorrência, ouvindo preliminarmente as partes envolvidas, testemunhas, apreendendo material de crime e preservando local de delito, quando for o caso, registrando em Boletim de Ocorrência tudo que lhe compete, inclusive deliberando por conduzir as partes à autoridade competente, normalmente a de polícia judiciária, comunicando-a do ocorrido, para as atribuições de sua alçada.

No Estado de São Paulo, mesmo nas infrações penais de menor potencial ofensivo, e, por isso mesmo, dispensando-se a autuação em flagrante delito, os militares têm o dever de conduzir as partes para a Delegacia de Polícia mais próxima, para novo registro do mesmo fato em outro Boletim de Ocorrência, agora pelo escrivão

de plantão, com a supervisão de autoridade de polícia judiciária civil, que deliberará acerca de outras providências que lhe são afetas².

Se os milicianos têm o dever de conduzir partes às Delegacias de Polícia, mesmo depois de registrado por eles mesmos o Boletim de Ocorrência, que possui todos os requisitos de um Termo Circunstanciado, nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, com maior razão, lhes incumbem conduzir as partes à Delegacia de Polícia, notadamente quando encontram autor da infração penal dentro das hipóteses de flagrante delito.

O problema está na condução de Magistrados ou Membros do Ministério Público à Delegacia de Polícia nas hipóteses de flagrante. Outro, se a autoridade de polícia judiciária deve autuar tais autoridades em flagrante delito, ou seja, adotar aquelas medidas burocráticas e cartorárias de registro do fato e suas implicações legais, naquilo que lhe reserva o *codex*.

Sem o pretexto de aprofundar o estudo, eventualmente àquelas pessoas que gozam de imunidades diplomáticas, imunidades parlamentares e imunidades presidenciais, pretende-se, nos itens subsequentes, por força de delimitação do tema, discorrer acerca das missões constitucionais de cada um dos órgãos de segurança pública e das prerrogativas dos Magistrados e Membros do Ministério Público eventualmente encontrados nas hipóteses de flagrante delito, estabelecendo-se proposta de medida na condução e discricção, por parte de autoridade policial estadual, às autoridades competentes para precederem. Entrementes, também não se tratará de explicitar acerca da prisão especial e forma de recolhimento do preso nas condições apontadas.

² Resolução SSP 233, de 9.9.2009.

2. Sistema e órgãos encarregados da segurança pública

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição de 1988, em seu artigo 144, disciplinou a questão de Segurança Pública e trouxe como norma constitucional uma definição nominal e estipulativa de Segurança Pública, logo em seu *caput*, procurando não contrariar a doutrina do direito administrativo comparado, de modo a não provocar maiores polêmicas acadêmicas.

O referido artigo constitucional, ao falar em “responsabilidade de todos” e indicar de forma genérica, os bens a “preservar” (a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio), atribuiu até mesmo ao cidadão comum, individualmente, responsabilidade na promoção da segurança pública. Advirta-se, entretanto, que o objetivo do constituinte foi o fortalecimento da participação comunitária e da sociedade civil e isso é relevante no mundo contemporâneo, como será demonstrado.

Foram criadas, em nível constitucional, novas polícias federais: a Polícia Rodoviária Federal, antiga Patrulha Rodoviária Federal, e a Polícia Ferroviária Federal, esta até hoje não saída do papel, sem que essas duas organizações fossem órgãos da Polícia Federal.

Pela primeira vez, ainda na história constitucional do Brasil, são inscritas na Constituição Federal as Polícias Cíveis, institucionalizando o anacrônico inquérito policial, de forma indireta³. Às Polícias Cíveis dos Estados e do Distrito Federal, excetuando a competência da União, competem as funções de “polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”⁴.

³ De outra forma, propôs-se a criação dos juizados especiais no artigo 98, inciso I, ou seja, compatibilizou-se a existência do inquérito policial com o que se conhece hoje por Termo Circunstanciado, expressão utilizada na Lei nº. 9.099 de 26 de setembro de 1995, como forma de registrar as infrações penais de menor potencial ofensivo.

⁴ Cf. artigo 144, § 4º, da C. F.

Por outro lado, às Polícias Militares incumbiu, observando rigorosamente a linguagem constitucional, a “polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”⁵. Portanto, todo o policiamento ostensivo preventivo e, em particular, o uniformizado ou fardado, que proteja o cidadão e mantenha o bom estado da coisa pública, está, por assim dizer, mais bem definido nos papéis das Polícias Militares.

Em relação aos corpos de bombeiros militares, existem algumas exceções polêmicas, uma vez que o legislador constitucional tem, através dos tempos, reconhecido que o Corpo de Bombeiros do Rio de Janeiro foi e é um órgão independente da Polícia Militar do Rio de Janeiro por razões históricas, da mesma forma que o Corpo de Bombeiros de Brasília e alguns outros estados da federação.

As Guardas Municipais surgem pela primeira vez na Constituição Federal, na condição de órgãos de vigilância patrimonial municipal, sem integrarem o elenco dos órgãos de Segurança Pública, isto é, não respondendo à condição de polícia e sim de vigilância no âmbito do Município, conforme dispõe o “caput” do artigo 144, da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 possui o mérito de haver tratado o tema Segurança Pública de forma sistemática e transparente, fugindo da linha de omissão normativa constitucional, ao entender que as normas reguladoras dos órgãos integrantes do sistema Segurança Pública são classificadas como normas constitucionais materiais e não meramente formais, pois sobre esses órgãos repousa também a estrutura do Estado, particularmente na época contemporânea das sociedades pós-modernas, região do tempo e do espaço, onde crescem a criminalidade, o narcotráfico, a degradação e a dissolução paulatina da família, instituição fundamental da comunidade, por meio de condutas

⁵ Cf. artigo 144, § 5º, da C. F.

caracterizadoras das linhas de fuga nos termos da filosofia contemporânea.

Em se tratando de um dos campos de atuação da polícia administrativa, a segurança tem um valor de atuação e principal responsabilidade do Estado.

Assim ensina Moreira Neto (2005, p. 401):

[...] tanto o Estado como o direito são ambos instrumentos da segurança, considerada esta sob seus dois aspectos fundamentais: a *manutenção das ordem social* e a *manutenção da ordem jurídica*. A manutenção da *ordem social*, entendida com um conceito concreto, referido às pessoas, aos bens e às suas instituições espontâneas, e a manutenção da *ordem jurídica*, como um conceito abstrato, referido ao Estado e a suas instituições estabelecidas (grifo do autor).

A função de polícia de segurança pública, que aparenta ser pleonástica, pode ser considerada como a atividade destinada a manter a ordem social, referida às pessoas, bens e instituições sociais em geral, e a ordem jurídica referida ao Estado e suas instituições.

A segurança pública enquanto atividade desenvolvida pelo Estado, traduz-se em empreender ações e oferecer estímulos ativos para que os cidadãos possam conviver, trabalhar, produzir e usufruir o lazer, protegendo-os dos riscos a que estão expostos.

As instituições responsáveis por essa atividade atuam no sentido de inibir, neutralizar ou reprimir a prática de atos anti-sociais, assegurando a proteção coletiva e, por extensão, dos bens e serviços.

Para o cumprimento de suas respectivas missões constitucionais ligadas à segurança pública brasileira, há uma linha de diferenciação entre o que seja polícia administrativa e polícia judiciária. Essa linha traduz-se sempre a partir da ocorrência ou não do ilícito penal. Porém, essa divisão é doutrinária, como ensina Lazzarini (apud DI PIETRO, 2005, p. 112):

[...] a linha de diferenciação está na ocorrência ou não do ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito é praticado, é a polícia judiciária que age.

Na prática, é impossível de ser efetivada. No ciclo de polícia, o órgão policial que está exercendo atividade de polícia preventiva, ou seja, polícia administrativa da ordem pública, diante do ilícito penal que não conseguiu evitar, passa, automática e imediatamente, ao exercício da atividade de polícia repressiva, isto é, à polícia judiciária.

As Polícias Militares, no ciclo de polícia, embora tenham de cumprir sua missão de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, atuam em função de polícia administrativa preventivamente, até a ocorrência da infração penal. Daí, prosseguindo nesse ciclo, as Polícias Militares atuam em atividade de repressão imediata, desempenhando função de polícia judiciária, tal como diligências em decorrência de estado de flagrância, perseguição e detenção de criminosos, apreensão de materiais objetos do crime, apresentando-os às autoridades de polícia judiciária federal, ou estadual, conforme o caso. Os delegados de polícia são os responsáveis pela formalização e a devida apuração do ilícito penal, por meio do inquérito, a ser remetido oportunamente à Justiça Criminal. Obedecem eles, nesse contexto, o estabelecido no Direito Processual Penal.

Portanto, as Polícias Militares exercem atividades de polícia judiciária quando da ocorrência do ilícito penal, ou seja, atividade de repressão imediata, no momento em que encaminham o infrator e as provas indiciárias coletadas, principalmente em casos de flagrante delito, à polícia judiciária comum, estadual ou federal.

No plano municipal, as funções de segurança pública se restringem à atividade de vigilância, voltada à segurança patrimonial de bens, serviços e instalações dos Municípios que instituírem as Guardas Municipais.

Aliás, as Guardas Municipais não são consideradas polícia municipal e, portanto, não se destinam prioritariamente à proteção de pessoas.

O constitucionalista Silva (1992, p. 661), confirma essa asserção:

Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não lhes autorizou a instituição de órgão policial e menos de polícia judiciária.

Os municípios, por sua vez, têm a faculdade de criarem Guardas Municipais.

As referidas Guardas não podem ter atribuições concorrentes com o serviço de segurança prestado pelo Estado através de suas Polícias Militares. Os Municípios que a criaram vêem grande utilidade à coletividade, notadamente na proteção de escolas, hospitais, pronto-socorros, creches, centros educacionais e esportivos, centros de saúde, mercados, monumentos, prédios públicos municipais em geral, cemitérios, portanto, em toda a infra-estrutura municipal que pode sofrer ações de vândalos.

Como não há lei ordinária federal regulando as Guardas Municipais, elas deverão limitar-se ao texto constitucional e à correspondente lei federal em vigor. Por isso, não podem exercer patrulhamento nas ruas, realizar barreiras policiais, identificar transeuntes, uma vez que as normas jurídicas não lhes reservaram o poder de polícia.

No ensinamento de Gasparini (apud LAZZARINI, 1995, p. 49):

Os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, a toda força, não são predominantemente locais, dado destinarem-se a coibir a violação da ordem jurídica, a defender a incolumidade do Estado e dos indivíduos e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores. De fato, a quebra da ordem jurídica e os atentados contra o Estado e os indivíduos são comportamentos que repercutem além dos limites do município, que transcendem suas fronteiras. Escapam, pois, do predominantemente municipal e determinam, em razão disso, outra ordem de competência as cujos integrantes cabem presta-los (grifo do autor).

Por isso mesmo, os municípios não são obrigados a criar e manter as Guardas Municipais. Se criarem, jamais podem as guardas agir como polícia de ordem pública ao arrepio da Constituição e das leis, pois, os mandantes e executores, assim agindo, incorrerão à responsabilidade penal, civil e administrativa, de tudo sob o controle do Poder Judiciário.

2. Flagrante delito: prerrogativas do magistrado e membro do ministério público

O Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, instituiu o Código de Processo Penal (CPP). O Decreto-lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969, criou o Código de Processo Penal Militar. Ambos preveem a prisão em flagrante, bem como as hipóteses dessa prisão cautelar de natureza processual⁶.

No entanto, por prerrogativa de função, que significa prerrogativa de foro especial, e não privilégio, a autuação da prisão em flagrante e a investigação de crime praticado por Magistrado e Membro do

⁶ CPP, art. 301 e art. 302. CPPM, art. 243 e art. 244.

Ministério Público serão conduzidas por autoridade determinada legalmente, respectivamente, Presidente do Tribunal e Procurador Geral de Justiça.

2.1. Legislação pertinente a magistrados

Em situação de prisão de Magistrados, estabelece a Lei Complementar à Constituição Federal nº 35/79 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

[...]

“Art. 33. São prerrogativas do Magistrado:

II – não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do Órgão Especial competente para o julgamento, **salvo em flagrante de crime inafiançável**, caso em que a **autoridade fará imediata comunicação e apresentação** do Magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado);

[...]

“III – ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do Órgão Especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

Parágrafo único: quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do Magistrado, a **autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento, a fim de que se prossiga na investigação**” (grifo do autor).

Percebe-se que o inciso II do artigo 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional encontra-se **vetado** (grifo do autor).

O atual Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo disciplina, em sua Seção VI, Capítulo III, Título I, os seguintes artigos relevantes:

[...]

“Art. 90. O juiz somente poderá ser preso nas hipóteses previstas no Estatuto da Magistratura ou Lei Orgânica (art., 33, II, da

Lei Complementar 35, de 14.3.79).

Art. 91. O recolhimento e a condução do magistrado serão definidos pelo Presidente do Tribunal.

Art. 92. **O Presidente do Tribunal de Justiça** ou, na impossibilidade, o Vice-Presidente, será **comunicado**, imediatamente, **da prisão**, conduzindo-se o detido, ato contínuo e obrigatoriamente, à sua presença ou de desembargador do órgão Especial designado, especialmente, **para a lavratura do flagrante**.

§ 1º **Lavrado o flagrante**, o Presidente do Tribunal mandará **recolher o magistrado em cela especial do estado-maior da Polícia Militar do Estado** e convocará o Órgão Especial, no prazo máximo de 48 horas, remetendo a cada desembargador cópia do autor de prisão em flagrante.

§ 2º O órgão especial deliberará sobre a subsistência da prisão e o local onde deverá permanecer o detido, expedindo, se for o caso e incontinenti, o alvará de soltura.

§ 3º Quando, no **curso de qualquer investigação**, houver **indício da prática de crime por magistrado**, a **autoridade policial**, civil ou militar, **remeterá os autos, de imediato, ao Tribunal de Justiça**, para prosseguimento da investigação e realização das diligências necessárias.

§ 4º O relator poderá **requisitar o concurso da autoridade policial**, para, sob sua direta fiscalização, **auxiliar nas investigações**, dependendo a quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico ou de dados eletrônicos de autorização do Órgão Especial.

Art. 93. **O magistrado não será levado a repartição policial**, cabendo à Presidência do Tribunal de Justiça tornar disponível meio de contato imediato, comunicando às autoridades, especialmente para o fim do artigo precedente.

[...]

Art. 94. No caso de transgressão às disposições desta Seção, por parte da autoridade policial ou de seus agentes, o Presidente do Tribunal de Justiça tomará as

providências devidas para **responsabilização** disciplinar e criminal” (grifo do autor).

Observe-se, portanto, que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo não faz diferença quanto à prisão do magistrado por crime inafiançável ou afiançável.

Ainda pelo Regimento, verifica-se que a autoridade policial, civil ou militar, não pode conduzir preso em flagrante o magistrado à Repartição Policial e, por isso, fica defeso à autoridade de polícia judiciária autuar e presidir o Auto de Prisão em Flagrante Delito. Muito menos deverá conduzir à Repartição Policial na hipótese de o magistrado ter praticado infração penal de menor potencial ofensivo.

O policial militar ou civil deverá comunicar ao Tribunal de Justiça a infração perpetrada pelo magistrado em situação de flagrante e, em seguida, conduzi-lo-á preso à presença do Presidente do Tribunal de Justiça, que providenciará a elaboração do Auto de Prisão em Flagrante. À autoridade de polícia judiciária, civil ou militar, só poderá atuar se houver requisição do relator para que colabore nas investigações.

Aliás, se a autoridade de polícia judiciária, civil ou militar, no decorrer de investigação policial, para tanto, já com Inquérito Policial ou Inquérito Policial Militar instaurado, respectivamente, encontrar indícios da prática de crime perpetrado por magistrado, deverá remeter os autos do Inquérito ao Tribunal de Justiça, que prosseguirá nas investigações.

2.1. Legislação pertinente aos membros do ministério público

Verifica-se que a legislação pertinente que trata das prerrogativas dos Membros do Ministério Público não é muito diferente daquela já vista em relação aos Magistrados.

Percebe-se que Lei Orgânica

Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.265/93, determina:

[...]

“Art. 40 – Constituem prerrogativas dos Membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica:

[...]

III – ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça;

IV – ser processado e julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça de seu Estado, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a exceção de ordem constitucional;

V – ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final.

Art. 41 – Constituem prerrogativas dos Membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras prevista na Lei Orgânica:

II – **não ser indiciado em inquérito policial**, observado o disposto no parágrafo único deste artigo.

[...]

Parágrafo único – Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte do membro do Ministério Público, a autoridade policial civil, ou militar, **remeterá imediatamente, sob pena de responsabilidade**, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração” (grifo do autor).

A Lei Complementar à Constituição Paulista nº 734/93, no que se refere às garantias e prerrogativas dos Membros do Ministério Público, encontram-se:

[...]

“Art. 222 – Quando, no curso de

investigação, houver indício de prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar, **remeterá imediatamente** os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração do fato (grifo do autor).

[...]

Art. 224 – Constituem prerrogativas dos Membros do Ministério Público, além de outras asseguradas pela Constituição e por outras leis:

[...]

III – ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de **crime inafiançável**, caso em que a **autoridade, sob pena de responsabilidade**, fará, de imediato, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça;

IV – ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final e à dependência separada no estabelecimento em que houver de ser cumprida a pena;

[...]

XVIII – **não ser indiciado em inquérito policial**, observado o disposto no artigo 222 desta Lei Complementar” (grifo do autor).

Verifica-se que o art. 41, parágrafo único, da Lei Complementar à Constituição Paulista nº 734/93, estabelece que em investigação instaurada por autoridade policial civil ou militar, houver indício da prática de crime por parte de Membro do Ministério Público, devem os autos ser remetidos de imediato ao Procurador-Geral de Justiça, para que se prossiga na investigação.

O parágrafo único do artigo 41 da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), determina de maneira inequívoca que “a autoridade policial ou militar remeterá **imediatamente, sob pena**

de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, **a quem competirá dar prosseguimento à apuração”** (grifo do autor). Portanto, é defeso à autoridade de polícia judiciária, civil ou militar, prosseguir em investigação policial, assim que verificar no Inquérito instaurado indícios da prática de crime perpetrado por Membros do Ministério Público, no decorrer de apuração infracional, que se tenha autoria até então desconhecida.

Assim, por prerrogativa de foro especial, a investigação deve ser conduzida pelo Procurador Geral de Justiça.

Por deferência ao dispositivo legal, não poderia ter outro tratamento o Membro do Ministério Público, por parte de quem conduz a ocorrência nas hipóteses de flagrante delito ou não, diferente daquele dispensado ao Magistrado. Ou seja, o policial militar ou civil, condutor da ocorrência, deverá comunicar à Procuradoria Geral de Justiça a infração perpetrada por membro do ministério público e, em seguida, conduzi-lo-á preso à presença do Procurador Geral de Justiça, que deliberará pela instauração do Auto de Prisão em Flagrante, adotando todas as medidas elencadas no CPP que a autoridade de polícia judiciária adotaria.

À autoridade de polícia judiciária, civil ou militar, é defeso colaborar nas investigações, diferente quando o agente é Magistrado, a menos por força de requisição, bem como não deve, por questão deontológica, promover divulgação a pessoas da imprensa, quando conduz ou conhece a prática de infração penal de Membro do Ministério Público ou mesmo de Magistrado.

2.3. Uso de algema, emprego de força e condução em viatura policial

Ainda, por questões técnicas e legais que podem interferir na melhor prática policial, efetuada a prisão em flagrante daquele que tem direito a prisão especial,

aqui os Magistrados e Membros do Ministério Público, nos termos do art. 295 do Código de Processo Penal e do art. 242 do Código de Processo Penal Militar, “*não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso*” (art. 284 CPP).

É vedado o emprego de algema àqueles que têm direito à prisão especial, pois estipula o art. 234 do Código de Processo Penal Militar, cuja analogia leva à aplicação do mesmo dispositivo aos presos sujeitos à Justiça Comum:

“§ 1º - O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, **e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242**” (grifo do autor). Aliás, para todas as situações de emprego de algemas, já existe a Súmula Vinculante nº 11, do STF, que estabelece:

“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Os Magistrados e Membros do Ministério Público não podem ser algemados eventualmente presos em flagrante, bem como, em decorrência, também não podem ser conduzidos no guarda-presos de viatura policial.

Em caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso, é permitido pelo Código de Processo Penal o emprego de força para se efetivar a prisão⁷.

Como o presente estudo tem por escopo facilitar a ação do policial, diante dessas excepcionalidades apresentadas, ou seja, infrações penais perpetradas por Magistrados ou Membros do Ministério Público, até mesmo no sentido de se evitar qualquer tipo de apuração desnecessária para

responsabilizar esses profissionais que já atendem uma demanda considerável de ocorrências, as mais diversas e complexas, é interessante lembrar que tanto o Poder Judiciário quanto o Ministério Público estaduais possuem as Assistências Policiais Militares, cujos Chefes procuram estreitar a comunicação entre os órgãos, dirimir dúvidas e facilitar ação conjunta, no sentido de preservar sempre a imagem institucional e dos membros dos poderes do estado e, eventualmente, policiais condutores de ocorrências nas hipóteses aqui apresentadas.

Conclusões

A Polícia Militar, além de cumprir sua missão de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, atua em função de polícia administrativa preventivamente, até a ocorrência da infração penal e atua em atividade de repressão imediata, desempenhando função de polícia judiciária, tal como diligências em decorrência de estado de flagrância, perseguição e detenção de criminosos, apreensão de materiais objetos do crime, apresentando-os às autoridades competentes para deliberarem, prosseguindo da persecução criminal. O militar do estado, em atividade de policiamento ostensivo, é, normalmente, a primeira autoridade policial a chegar ao local de ocorrência.

Excepcionalmente, Magistrado e Membro do Ministério Público podem cometer infração penal. Embora gozem de prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais podem, como qualquer um do povo, ser preso e autuado em flagrante delito.

O condutor da ocorrência, normalmente o militar do estado e na condição de autoridade policial, não pode conduzir Magistrado e Membro do Ministério Público à Repartição Policial, mesmo em situação de flagrante.

Percebe-se que a Resolução SSP nº 233, de 9.9.2009, não se aplica quando os autores são Magistrados ou a Membros do

⁷ CPP, art. 284 e CPPM, art. 234.

Ministério Público, pois no conflito de norma, preserva-se a de maior hierarquia, que, por isso mesmo, justifica eventual responsabilização do militar do estado. Apenas, fica o miliciano, a seu alvedrio, comunicar o fato ao Delegado de Polícia da circunscrição policial, apenas em homenagem à referida Resolução.

O Magistrado deve ser conduzido à presença do Presidente do Tribunal de Justiça e o Membro do Ministério Público à presença do Procurador Geral do Estado, os quais adotarão as medidas necessárias para a autuação em flagrante delito, respectivamente, se não for o caso de relaxar a prisão.

As autoridades policiais, civis ou militares, não podem autuar em flagrante delito Magistrado ou Membro do Ministério Público. Mesmo em decorrência de investigação policial por meio de Inquérito, assim que houver indícios da prática de crime por parte do Magistrado ou Membro do Ministério Público, os autos deverão ser encaminhados, respectivamente, ao Presidente do Tribunal de Justiça e ao Procurador Geral de Justiça, não podendo a autoridade de polícia judiciária prosseguir nas investigações.

A autoridade policial, civil ou militar, se for condutora do flagrante, deve elaborar o respectivo Boletim sobre a natureza dos fatos, a qualificação dos envolvidos e as primeiras medidas acautelatórias e probatórias e, se for requisitada, deverá encaminhar essa peça à autoridade competente pela autuação em flagrante delito, sempre com o dever ético de manter a discricção do fato, normalmente a jornalistas e seus prepostos.

O Magistrado e Membro do Ministério Público não devem ser algemados, nem conduzidos em guarda preso de viatura.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Procuradoria Geral de Justiça possuem as suas Assessorias Policiais Militares, e os respectivos Chefes devem ser comunicados de imediato para facilitar a

comunicação e o encaminhamento das partes em relação a flagrantes envolvendo Magistrados e Membros do Ministério Público.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: IMESP, 2000.
- _____. Decreto-lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Código Processual Penal Militar. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1002.htm>>. Acesso em 10 de mar. 2010.
- _____. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/LCP/Lcp35.htm>>. Acesso em 10 de mar. 2010.
- _____. Lei nº 8.265/93, de 12 de fevereiro de 1993. **Lei Orgânica Nacional do Ministério Público**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/L8625.htm>>. Acesso em 11 de mar. 2010.
- COGAN, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO. **Da prisão em flagrante de membros do ministério público e magistrados**. Disponível em <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2003/02-25_josedamiaopinheiromcogan.doc>. Acesso em 11 de mar. 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

- JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal** Anotado. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LAZZARINI, Álvaro. A Segurança Pública e o aperfeiçoamento da Polícia no Brasil. **A Força Policial**, São Paulo, n. 05, p. 5-76, jan./mar. 1995.
- _____. Poder de Polícia e Direitos Humanos. **Força Policial**, São Paulo, n. 30, p. 7-30, abr./maio. 2001.
- MIGUEL, Marco Antonio Alves. **Polícia e Direitos Humanos: Aspectos Contemporâneos**. 2006. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SÃO PAULO. Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993 de São Paulo. **Institui a Lei Orgânica do Ministério Público e dá outras providências**. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/176741/lei-complementar-734-93-sao-paulo-sp>>. Acesso em 10 mar. 2010.
- _____. Resolução SSP 233, 9. 9. 2009. **Regulamenta a elaboração do Termo Circunstanciado previsto no artigo 69, da Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em <http://www.ambiente.sp.gov.br/upload/s/arquivos/conv234_09/Resolucao_SSP_de_09-09-2009.pdf>. Acesso em 10 mar. 2010.
- _____. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Regimento trata do funcionamento do Tribunal de Justiça, regulando a competência de seus órgãos, a instrução e julgamento dos processos e a disciplina de seus serviços. DJE, de 02/10/2009. Disponível em <<http://gecon.tj.sp.gov.br/gcnPtl/downloadNormasAbrirConsulta.do>>. Acesso em 10 mar. 2010.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TÁCITO, Caio. Poder de Polícia e Polícia do Poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 162, p. 86, out./dez. 1995.
- _____. Princípio de Legalidade e Poder de Polícia. **Revista de Direito**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 16, jul/dez, 2001.