

**A ILEGAL ACAREAÇÃO PRODUZIDA PELA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE
MINAS GERAIS EM CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES COM A POLÍCIA CIVIL
ESTADUAL AO LAVRAR O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NA
COMARCA DE SERRO-MG, SOB A ÓTICA DA INTEGRIDADE DE RONALD
DWORKIN**

Carlos Henrique Generoso Costa¹

RESUMO

Ressalta o conflito de atribuições entre a Polícia Civil e a Militar, ambas de Minas Gerais, na lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD), produzindo uma acareação ilegal, pelos milicianos, por violar princípios como a Ampla Defesa, vedação a Não Autoincriminação, ao Devido Processo Legal e a Proibição da Prova Ilícita.

Tais princípios constitucionais estão amparados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) e a teoria da integridade de Ronald Dworkin que nos fornece embasamento teórico para sustentar a ilegalidade na hipótese de flagrância, o que enseja, por si, o relaxamento imediato da prisão ilegal.

Palavras chave: Ronald Dworkin; Princípios Constitucionais; Auto de Prisão em Flagrante Delito; Prova Ilícita; Conflito de Atribuições.

¹ Bacharel em Direito pela PUC Minas. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O artigo representa a práxis jurídica vivenciada pelo neófito da advocacia, ao deparar-se com a violação escancarada do texto constitucional, sobretudo dos princípios processuais penais previstos na CR/88.

Portanto, trata-se de um caso real discutido no judiciário, em que a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais ao perseguir um suspeito pela suposta prática do art. 157, §1º, II, não informou, sequer os direitos constitucionais do conduzido.

Tais violações deram-se em virtude do conflito de atribuições, pois, ao realizar o instituto da acareação, a Polícia Militar violou atribuição da Polícia Civil mineira, em prejuízo da Ampla Defesa, da Vedação a Não Autoincriminação, ao Devido Processo Legal Constitucional e a Proibição da Prova Ilícita.

Insta salientar, que os princípios constitucionais, para Ronald Dworkin, possuem status de normas jurídicas, sobretudo quando são requisitos constitucionais do flagrante legal, como se lê do texto da CR/88, art. 5º, incisos: LIV, LV, LVI, LXI, LXIII, LXIV, LXV e LXVI.

2 DO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE A POLÍCIA MILITAR E A POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O conceito de conflito de atribuições nos é fornecido pela CR/88, em seu art. 105, I, g:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

g) **os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas** e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

Ou seja, conflito de atribuições se dá entre autoridades administrativas, ou administrativas e judiciárias. Foi o que aconteceu entre as polícias Civil e Militar mineiras.

Para situar a situação, eis o breve relato dos acontecimentos, onde chamaremos de suspeitos A e B, as pessoas que sofreram a violação, já que no processo ele ou ela se tornam *res sacra*, a vítima será alcunhada por C.

O suspeito A foi preso em flagrante delito no dia 01 de dezembro de 2012, sob a alegação miliciana que ele e o suspeito B, em concurso de pessoas, subtraíram, pra si, mediante violência da vítima C, na cidade de Serro/MG, em dia anterior ao flagrante incerta quantia em dinheiro.

Ato contínuo, a Polícia Militar iniciou rastreamento dos suspeitos, sendo que a vítima C, foi enviada ao hospital. Ao abordar os suspeitos A e B o condutor, sequer informou os seus direitos constitucionais e os obrigou a irem até o local onde encontrava-se a vítima C, para realizar uma acareação.

Pergunta-se a polícia militar ao abordar os suspeitos não teria que informar os direitos constitucionais dos conduzidos, antes da prática de uma possível acareação e os militares possuem atribuição para tal?

Claro que sim, apenas para a primeira pergunta, entretanto após a acareação, quando a vítima os reconheceu é que foram informados os direitos previstos no art. 5º, LXIII, ou seja, houve uma inversão de procedimentos, sendo que a polícia militar invadiu atribuição da polícia civil que deveria realizar, se fosse necessária a acareação.

A única coisa que os milicianos deveriam fazer era informar todos os direitos constitucionais, sobretudo o de não produzir prova contra si e os conduzir até a autoridade da polícia civil, ou seja, até o delegado que possui atribuição para realizar a acareação legal.

3 A NATUREZA JURÍDICA DO ART. 5º LXII E LXV PARA A DOUTRINA CLÁSSICA E A SUA INCOMPATIBILIDADE NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DA INTEGRIDADE

Os princípios constitucionais, previstos no art. 5º, da CR/88, autorizam as hipóteses de flagrância, sendo que o flagrante legal deve preencher, cumulativamente, os incisos LIV, LXI, LXII, LXIII e LXIV, bem como a legislação infraconstitucional, conforme artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP/41).

Ainda determina o texto constitucional art. 5º, LXV, que “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*”, ou seja, ocorrendo alguma violação dos referidos incisos ou dos artigos 301 e seguintes do CPP/41, na prisão em flagrante, deve-se expedir o alvará de soltura imediatamente.

Para a doutrina clássica, na linguagem de José Afonso da Silva (2009), interpreta-se que tal norma é de eficácia plena (art. 5º, LXV).

Já o art. 5º, LXI, “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*”, pode ser considerado para a doutrina clássica², com fulcro em José Afonso da Silva como de eficácia contida ou limitada, se conjugada com o Decreto-Lei 3.689 que foi recepcionado pela CR/88.

O CPP/41 trouxe a norma infraconstitucional prevista nos artigos 301 e seguintes, que delimitam a aplicabilidade do aludido artigo, ou seja o constituinte originário ao recepcionar tal texto infraconstitucional e anterior a Constituição atual já conhecia o instituto do flagrante, o que dificulta, por si, a determinação da natureza jurídica do art. 5º, LXI, já *in fine* tal inciso leva a entender a sua natureza de norma de eficácia limitada.

Ainda que, discordemos da doutrina de José Afonso da Silva, tal discussão quanto a natureza jurídica do art. 5º, LXI, encontra-se superada, já que seguimos a linha teórica da doutrina mineira, em que tal classificação encontra-se ultrapassada:

Após essa pequenas e necessárias reflexões, algumas críticas também são pertinentes, pois demonstram que, apesar do uso corriqueiro da teoria, ela se torna insustentável à luz de perspectivas hermenêuticas mais sofisticadas.

1ª) Crítica: esta é uma teoria de cunho semântico, que define, *a priori*, o conteúdo normativo de uma norma, ou seja, na verdade ele predetermina o conteúdo normativo da norma jurídica. Uma norma jurídica diferencia-se do seu texto. Essa teoria confunde a norma jurídica com o seu texto. Ela não leva em consideração o momento de

² Utiliza-se o termo no sentido que lhe atribuiu Hans Georg Gadamer (1999).

aplicação do que está contido no texto da norma esquivando-se ou esquecendo-se de analisar a quais normas tem eficácia plena e quais tem eficácia limitada, sem relacioná-las com um contexto ou melhor com uma situação de aplicação, bastando para a classificação o texto da norma.

2ª) Crítica: essa teoria faz uma subversão do ordenamento jurídico, pois ela passa a dar mais importância e sobretudo peso à legislação infraconstitucional! Ora não estamos aqui defendendo a desnecessidade de regulamentação e esmiuçamento das normas constitucionais, porém essa necessidade não pode se sobrepor à força normativa da Constituição²³⁷, fazendo com que os Poderes Públicos, vez por outra utilizem-se de um verdadeiro “álibi” para a não viabilização de direitos definidos e assegurados na Constituição²³⁸.

3ª) Crítica: é de notar que essa teoria pretende apenas classificar as constituições quanto à eficácia das regras constitucionais, uma vez que dada sua lógica, parece não se aplicar aos princípios constitucionais, que moderno constitucionalismo, são espécies normativas dotadas de igual dever de observância que as regras constitucionais. Todavia, os princípios se diferenciam das regras, justamente, pela sua lógica de aplicação, que somente se revela diante do caso concreto e nunca *a priori*. Até porque os princípios se ligam aos direitos fundamentais, em sentido amplo, e por isso mesmo, devem ser considerados por um constitucionalismo renovado como normas de eficácia plena a serem concretizadas em situação de aplicação²³⁹. (FERNANDES; PEDRON, 2011, p.84-85).

²³⁷ Um exemplo interessante ocorreu na década de 90 (do século passado) na jurisprudência do STF. O art. 5º, inciso XII, CR/88, trouxe explicitamente a possibilidade de interpretação telefônica por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Após inúmeras interpretações concedidas pelo Poder Judiciário (conforme ditame constitucional), que resultaram em uma série de prisões por delitos desvelados nas interceptações, a discussão teve análise do STF, pois, ao serem presos com base nas interceptações telefônicas concedidas, uma série de *habeas corpus* foi interposta sob a alegação de que a prova com base na interceptação era ilícita por falta de regulamentação legal. O STF aceitou essa tese por considerar a norma inscrita no art. 5º, XII, de eficácia limitada e deferiu uma série de *habeas corpus*. Somente em 1996 a interceptação telefônica foi regulamentada pela Lei 9.296/96. Conclui-se, então, que, nesse caso, passou a ser mais importante para o STF a norma infraconstitucional do que a própria Constituição porque não existe norma infraconstitucional regulamentando-a, subvertendo o ordenamento.

²³⁸ Crítica também exposta por André Ramos Tavares, nos seguintes moldes: há uma tomada de consciência de que as normas programáticas não são implementadas por força de decisões essencialmente políticas. Se é certo que se reconhece o direito à discricionariedade administrativa, bem como a conveniência e oportunidade de praticar determinados atos, não se pode tolerar o abuso de direito que se tem instalado na atividade desempenhada pelos responsáveis por implementar as chamadas normas programáticas. Após diversos anos de vigência da Constituição, fica-se estarecido como o desprezo com que foram premiados determinados comandos constitucionais, com uma doutrina formalista a serviço da desconsideração de sua normatividade plena. *Curso de direito constitucional*, p. 85. No que tange a algumas normas programáticas que dizem respeito a direitos sociais, temos que alguns Tribunais pátrios (para alguns: assumindo uma postura ativista), incluindo o STF, já vem dando uma aplicação imediata às mesmas à luz da teoria do mínimo existencial atrelado à dignidade da pessoa humana. Os exemplos atuais envolvem, sobretudo, normas sobre saúde e educação presentes na Constituição. Como exemplo, citamos o RE nº 410.715 (Rel. Min Celso de Mello).

²³⁹ Clássica já se tornou a definição de J.J. Gomes Canotilho, que entende que a Constituição deve ser compreendida como um sistema jurídico aberto de regras e princípios. Nesses termos: (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sobre a forma de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 1.085.

O importante é entender que tal texto constitucional constitui princípio jurídico, logo norma jurídica que deve ser respeitada no âmbito judicial.

4 A TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Nesse sentido, impera informar que os princípios constituem o norte da interpretação, limites ao alvedrio estatal, portanto os magistrados não possuem discricionariedade na escolha de um ou outro princípio, segundo as suas convicções pessoais, mas no sentido de que os princípios são padrões obrigatórios para as autoridades públicas de uma comunidade, conforme aduz Ronald Dworkin:

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. **O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredito a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como “válido”** (DWORKIN, 2002, p. 114, *grifos nossos*).

Dworkin estabelece o conceito de princípio ao referir-se ao argumento de política:

O primeiro é menos relevante quando um tribunal julga um princípio, pois um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade. **Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor.** Assim um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento (DWORKIN, 2002, p. 134, *grifo nosso*).

O argumento de princípio leva a considerar sob uma nova luz a reivindicação das partes mitigando a margem discricionária judicial, já que as restrições institucionais perduram até a decisão judicial, pois, o princípio oferece uma justificativa para a decisão particular, de forma que haja coerência na sua aplicação “*Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual;*” (DWORKIN, 2002, p. 142).

De tal forma, precisamos explicar a ilegalidade providenciada na prisão em flagrante pelos milicianos e pela polícia civil ao violar princípios como a Ampla Defesa, não Autoincriminação, Devido Processo Legal Constitucional na lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD), todos que culminaram na total ilegalidade da flagrância.

5 A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO PROCESSO PENAL

Se o princípio constitui norma jurídica, deve ser respeitado, ou seja, é fato incontroverso que a sua violação produz ilegalidade na lavratura do APFD, como já demonstrado pela perspectiva da teoria da integridade de Ronald Dworkin e pela violação escancarada da CR/88.

5.1 A violação da Ampla Defesa

A Ampla Defesa desdobra-se em princípios como a autodefesa que é a defesa realizada pelo próprio agente; defesa técnica que é a garantia da participação de um defensor regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a defesa efetiva que é a realização de atos pelo advogado que garantam a aplicação mínima dos direitos do acusado ou suspeito.

Primeiro, há que se ressaltar que o advogado nos termos do art. 133 da CR/88 e do art. 2º, caput, da Lei 8.906, “[...] é indispensável a administração da justiça [...].”

O que é confirmado pela CR/88, art. 5º, LXIII, que trata da ilegalidade da prisão em flagrante delito na hipótese de sua ausência, sobretudo se produzidas ilegalidades, como ocorreu na espécie pela polícia militar em absurdo conflito de atribuições com a polícia civil em uma ilegal acareação.

O cerceamento da Ampla Defesa constitui hipótese de nulidade absoluta por violação do art. 5º, LV, da CR/88, conforme sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), *"Súmula 523 No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

Quem define com clareza o direito de defesa é o desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), Carlos Biasotti:

Efeito grande do progresso cultural dos povos, o direito de defesa constitui, de presente, garantia impostergável do indivíduo. Toda vez que acusado de crime, tem jus à defesa, mesmo que, vilíssimo entre os de sua condição, esteja naquele ponto da escala zoológica onde o homem confina com a animalidade bruta (BIASOTTI, 2009, p. 153).

Desta feita, indiscutível é a violação do princípio da ampla defesa, sobretudo sob o enfoque da autodefesa e da participação do advogado na hipótese da flagrância.

5.2 A violação do princípio da Não Autoincriminação

Quanto a violação da auto defesa que constitui desdobramento da ampla defesa e do direito de não produzir prova contra si mesmo, leciona a mais conceituada doutrina do direito processual penal na atualidade, o procurador Eugênio Pacelli de Oliveira, em sua obra Curso de processo penal:

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio e à não autoincriminação não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse. Nessa última hipótese, a participação do réu somente poderá ocorrer em casos excepcionalíssimos, em que, além da previsão expressa na lei, não haja risco de afetação aos direitos fundamentais da pessoa [...]

A não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária decorre, além do próprio sistema de garantias e franquias públicas instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa prevista no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos Pacto São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. (OLIVEIRA, 2010, p. 43-44).

Busca-se ressaltar que vive-se hoje no paradigma³ denominado de Estado Democrático de Direito, organizado pelo sistema do *civil law*, de origem romano-germânica em que o texto expresso da lei prepondera sobre os precedentes judiciais, nessa toada enfoque primordial deve ser dado aos princípios constitucionais.

A produção da prova contra si, evidencia a violação do art. 5º, LXIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Desta forma, é indiscutível a violação do texto constitucional dotado de supralegalidade, pois, a Polícia Militar ao abordar os suspeitos lhes obrigaram a produzir provas contra si e sequer os informaram do direito constitucional de não participar da ilegal

³ Utilizamos o termo na acepção de Thomas Samuel Khun (2006).

acareação.

A violação da Ampla Defesa, sobretudo na forma da autodefesa, culminaram na produção da prova ilícita, já que o princípio da Não Autoincriminação restou totalmente mitigado pela ação da Polícia Militar.

Por assim dizer, dispõe o Decreto Lei 678/92, Pacto São José da Costa Rica, que foi recebido pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro como norma constitucional, por tratar de direitos e garantias fundamentais, prevê expressamente os princípios da Ampla Defesa e Não Autoincriminação em seu art. 8º:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
 - e
 - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Desta feita, os suspeitos A e B, foram obrigados a produzir prova contra si mesmo, já que os policiais militares os obrigaram a comparecer no hospital, o que ensejou a produção da prova ilícita, segundo o comando do texto supra legal, art. 5º, LVI, “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*”

5.3 A Vedação da Prova Ilícita

Quanto a produção da prova ilícita na fase pré-processual, manifesta-se o grande criminalista, Damásio Evangelista de Jesus, em sua magistral obra, Código de Processo Penal Anotado:

Provas inadmissíveis

No processo penal vigora o princípio da liberdade da prova, o qual não possui, entretanto, caráter absoluto. São inadmissíveis no processo as chamadas provas ilegais, gênero que se subdivide nas espécies: prova ilegítima e prova ilícita. Ilegítima é a prova cuja produção é vedada por norma processual (por exemplo, arts. 155, par. ún., 158, 206, 207 e 479 do CPP). Ilícita é aquela cuja produção ofende norma de Direito Material (constitucional ou infraconstitucional). Uma confissão obtida mediante tortura, v.g., constitui prova ilícita (art. 1º da Lei n. 9.455/97), da mesma forma que uma prova obtida com violação à intimidade (CF, art. 5º, X). A Constituição Federal consagrou como dogma a inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas (art. 5º LVI). O art. 157, caput, do CPP, com redação da Lei n. 11.690/08, dispõe que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais e legais. (JESUS, 2010, p. 187-188).

A produção de prova ilícita é indiscutível, haja vista que a ofensa a CR/88 salta aos olhos, devendo, de plano ser desentranhadas do processo, sendo que as provas daí derivadas estarão contaminadas, devido a teoria dos frutos da árvore envenenada.⁴

4.4 A violação do Devido Processo Legal Constitucional

O art. 5º, LIV, da CR/88 assegura a todos o Devido Processo Legal Constitucional, ou seja, *"A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa."* (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 61).

⁴ Ainda que o Supremo Tribunal Federal (STF) não reconheça a contaminação da prova ilícita produzida no inquérito: EMENTA: HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA. 1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (fruits of the poisonous tree). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo. 2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do writ. Ordem denegada. (HC 83921, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 27-08-2004 PP-00070 EMENT VOL-02161-02 PP-00209 RTJ VOL-00191-02 PP-00598).

O processo ou procedimento⁵ deve ser tipificado na legislação, deve estabelecer garantias procedimentais e materiais, conforme leciona a doutrina mineira do direito processual, através da sua figura mais ilustre:

O due process significa, em primeiro lugar, no quadro constitucional brasileiro, que o conteúdo da jurisdição é a legalidade (*nullus actum sine lege*): é a precedência da lei à vontade jurisdicional e, se a lei constitucional assegura o contraditório, é este *conditio sine qua*, como afirma Comoglio, tanto do "direito de ação" quanto do "direito de defesa" que também é um "direito-de-ação-contrária". (LEAL, 2009, p. 191).

O devido processo legal constitucional constitui garantia fundamental do indivíduo, sobretudo quando foco da persecução penal, de forma que a violação dos procedimentos previstos constitucionalmente demonstram a ilegalidade da prisão em flagrante delito.

⁵ Para exame mais aprofundo consultar Aroldo Plínio Gonçalves (1999).

6 AS HIPÓTESES DE FLAGRANTE

Dispõe a legislação processual penal, no 302, as hipóteses de flagrante:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
 I - está cometendo a infração penal;
 II - acaba de cometê-la;
 III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
 IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Diz se o flagrante delito, quando se é possível falar das situações em que há crepitação, já que flagrante deriva do latim *flagrare*, o que significa fogo, ardência.

A hipótese do art. 302, I, do CPP/41 evidencia a "[...] situação de ardência, de visibilidade incontestável da prática do fato delituoso [...]" (OLIVEIRA, 2010, p. 513).

O art. 302, II, CPP/41 demonstra que o delito acaba de ser cometido, ou melhor existem elementos que caracterizam a prática do fato criminoso, "[...] o agente não é surpreendido no instante em que executa a ação penalmente ilícita, mas sim tão logo a comete." (MUCCIO, 2009, p. 130).

Ambas as situações anteriores caracterizam o chamado flagrante próprio, real ou verdadeiro.

O art. 302, III, relata o flagrante impróprio, irreal ou quase flagrante sendo que "A expressão "logo após" abarca todo o espaço de tempo que flui para a polícia chegar ao local, colher as provas do delito e iniciar a perseguição do autor." (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 514).

Já o art. 302, IV, nos traz a figura do flagrante presumido ou ficto, a diferença basilar entre o flagrante presumido e o impróprio "[...] residiria, assim, no fato de que um (impróprio) haveria perseguição, e, no outro (presumido), o que ocorreria é o encontro." (OLIVEIRA, 2010, p. 514).

Existem outras hipóteses, como o flagrante facultativo, em que qualquer pessoa pode efetuar a prisão.

No flagrante esperado a polícia antecipa-se ao criminoso, e, tendo ciência de que a infração ocorrerá, faz campana e realiza a prisão, tão logo a execução inicia-se. Esse flagrante não é previsto na legislação, mas pela doutrina.

No flagrante provocado ou preparado o autor é induzido ou instigado pela autoridade policial a praticar a conduta delitativa, ocasião em que é surpreendido pela ação repressiva, existe, aqui, uma verdadeira armadilha.

Nesse sentido, o STF editou a Súmula 145, "*Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.*" Trata-se de verdadeiro crime impossível.

Quanto ao flagrante prorrogado, retardado, postergado, diferido estratégico ou ação controlada, diz respeito a possibilidade da autoridade policial deixar de realizar o flagrante, ainda que a execução já esteja iniciada, com o fito de captação de maior número de infratores ou provas é o que prevê a Lei número 9.034/95 em seu art. 2º, II.

A Lei 11.343/06 prevê, no art. 53, II, também prevê a figura do flagrante postergado, sendo que o juiz que delibera sobre a prorrogação já é competente para o processo. Em ambas as situações escolhe-se a melhor oportunidade para realizar o flagrante.

No flagrante forjado existe uma armação para se incriminar pessoa inocente, constitui flagrante, absolutamente, ilícito. O agente forjador comete o delito de denúncia caluniosa, art. 339 do Código Penal (CP/40), se for funcionário público poderá incorrer nas iras da Lei 4.898/65.

Existe ainda a espécie do flagrante por apresentação em que o agente, voluntariamente, se apresenta a autoridade policial, nesse caso se estiverem presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, requisitos da prisão preventiva, a autoridade policial poderá representar pela preventiva.

Em breve síntese são as hipóteses de flagrante previstas na legislação brasileira, ora na doutrina.

7 O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES E AS HIPÓTESES LEGAIS DE ACAREAÇÃO

Houve uma inversão de papéis pela polícia militar que deveria cientificar os suspeitos de seus direitos constitucionais e legais e os conduzir até a autoridade policial que seria o órgão com atribuição para realizar a acareação.

Nestes termos, estabelece a CR/88, art. 5º, LXIII: "[...] o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...]"

Quanto ao instituto da acareação dispõe Guilherme de Souza Nucci ao comentar o art. 229 do CPP:

1. Conceito de acareação: é o ato processual, presidido pelo juiz, que coloca frente a frente declarantes, confrontando e comparando manifestações contraditórias e divergentes no processo, visando à busca da verdade real. Registremos que a acareação, tal como prevista neste capítulo pode ser realizada igualmente na fase policial (art. 6º, VI, CPP) (NUCCI, 2009, p.510).

Por assim dizer, o Código de Processo Penal de 1941, apenas em sete hipóteses menciona o instituto da acareação que são as previstos nos artigos 6º, VI; 185, §8º; 229; 400 caput; 411, caput; 473, §3º e 531 todas do CPP/41, de forma que as hipóteses são contempladas pela participação ora da autoridade policial, ou seja, o delegado de polícia civil, ou do juiz. Hipóteses que analisaremos uma a uma.

O art. 6º, VI do CPP/41: "*Art. 6o Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: VI – proceder a reconhecimento de pessoas e, coisas e a acareações;*"

Tal artigo está localizado no Título II, do CPP/41, que trata do inquérito policial. Quando tal artigo menciona autoridade policial ele está se referindo ao delegado de polícia civil, ou um preposto seu.

Não há previsão legal de se realizar acareação, na fase inquisitorial, pela Polícia Militar, o que provoca o conflito de atribuições entre a polícia civil e a militar que administrativamente não pode realizar acareações que são previstas estritamente na legislação processual penal sob pena de se criar uma analogia *in malam partem* na interpretação.⁶

⁶ A doutrina clássica sustenta: A exigência da lei prévia e estrita impede a aplicação, no direito penal, da analogia *in malam partem*, mas não obsta, obviamente, a aplicação da analogia *in bonam partem*, que encontra justificativa em um princípio da equidade. É preciso notar, porém, que a analogia pressupõe falha, omissão

Só existem hipóteses de acareação quando presididas pelo delegado ou pelo juiz!

O art. 185, §8º, do CPP/41, dispõe:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

Tal artigo está localizado no Título VII, que trata da prova e Capítulo III que fala do interrogatório do acusado, tal acareação indubitavelmente se dá na presença do magistrado, assim como as demais formas de acareações previstas nos demais artigos do CPP/41.

Como dispõe os artigos 229 e 400, caput do CPP/41:

Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Parágrafo único. Os acareados serão repreguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Os artigos 411, caput e 473, §3º ao estabelecerem o rito do procedimento do júri, também limitam a acareação sob a presidência do juiz:

Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

da lei, não tendo aplicação quando estiver claro o texto legal que a *mens legis* quer excluir de certa regulamentação determinados casos semelhantes (TOLEDO, 2011, p. 27). Ainda que tal interpretação não encontre amparo na teoria da integridade.

§ 3º As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

Pela mesma forma o CPP/41, ao estabelecer o rito do procedimento sumário estabelece a participação do magistrado ao conduzir a acareação, conforme art. 531:

Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.

Por assim dizer, inexistente a hipótese legal para a realização de acareação por parte da Polícia Militar, por interpretação sistemática⁷ do CPP/41 a hipótese do flagrante tornou-se ilegal por violar a Ampla Defesa, a não Autoincriminação e ao Devido Processo Legal.

O que aconteceu foi um passeio alegórico dos milicianos ao conduzir o requerente até o hospital local, pois a polícia militar realiza um trabalho ostensivo, não deve investigar fatos, o que é da atribuição da polícia civil, deveriam apenas conduzir o suspeito até a delegacia e nada mais do que isso.

É o que determina a CR/88, ao delimitar as atribuições das polícias na segurança pública, sob pena de negativa de vigência do seu art.144, §4º e §5º:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

[...]

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

[...]

§ 8º - Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

⁷ Tal interpretação também encontra-se superada pela doutrina de Ronald Dworkin. A interpretação sistemática: [...] Procura relacionar a lei que examina com outras que dela se aproximam, ampliando seu ato interpretativo. Busca encontrar o verdadeiro sentido da lei, em seu aspecto mais geral, dentro do sistema legislativo, afastando eventuais contradições (BITENCOURT, 2010, p. 174).

A Constituição que é formal e rígida, estabelece as atribuições das polícias dos estados, civis e militares, desta forma, não há que se permitir que os milicianos serranos passem com a sua camionete por cima do texto constitucional, de forma que ao seu alvedrio estabeleçam a sua própria legislação processual violando os princípios da Ampla Defesa, da Não Autoincriminação, da Vedação a Prova Ilícita e do Devido Processo Legal em um desejo voraz de satisfação pessoal.

Por derradeiro, as palavras de um dos maiores advogados criminalistas de todos os tempos deve ser lembrada, Néelson Hungria:

Jamais devemos apagar de nossa memória três princípios centrais da processualística tradicional: *Reus res sacra; nemo tenetur se detegere; satius esse impositum relinqui facinus nocentis quam innocentem dammare.* (O réu é coisa sagrada; ninguém é obrigado a depor contra si mesmo; é preferível deixar impune um culpado a condenar um inocente)” (Néelson Hungria, in Revista Forense, vol. 138, p. 339).

Néelson Hungria relata, em uma leitura dworkiniana, a necessidade de se respeitar, no processo penal, princípios basilares como o Favor Rei, Devido Processo Legal Constitucional, Não Autoincriminação e a Não Culpabilidade.

8 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, podemos concluir que a acareação produzida foi ilegal por violar princípios constitucionais, logo normas jurídicas, que representam na acepção de Ronald Dworkin, a partir da sua teoria da integridade, os pilares da sociedade.

A violação de princípios constitucionais é impensável no paradigma do Estado Democrático de Direito, sobretudo a negativa de vigência dos artigos da Constituição que ensejam a nulidade do flagrante delito, como o Devido Processo Legal, Ampla Defesa, Vedação as Provas Ilícitas, Presunção de Inocência, direitos do preso (permanecer calado, assistência da família e de advogado).

Tais violações, providenciam, por si o relaxamento imediato da prisão, nos termos do art. 5º, LXV, CR/88, por se tratarem de princípios jurídicos, sendo que a Polícia Militar não pode invadir atribuições da Polícia Civil ao realizar o instituto da acareação, sob pena de infringir a integridade do direito através do Devido Processo Legal Constitucional criando-se a repudiável analogia *in malam partem*, prevista na doutrina clássica.

Impera informar que vivemos no paradigma do Estado Democrático de Direito em que a sociedade íntegra está calcada em princípios constitucionais que representam o sentimento borbulhante da esfera pública de discussão, destarte o texto constitucional não pode ser violado pelo alvedrio das autoridades públicas que devem se inflexionar ao Devido Processo Legal, previsto na Constituição.

REFERÊNCIAS

BIASOTTI, Carlos. **Advocacia Criminal: Teoria e Prática - Modelos de Petições para profissionais e aspirantes a concurso.** São Paulo: Millennium, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em Fevereiro, 2013.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (PACTO SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em Fevereiro, 2013.

DECRETO 678. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em Fevereiro, 2013.

DECRETO LEI 2.848/1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em Fevereiro, 2013.

DECRETO LEI 3.689. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em Fevereiro de 2013.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *Curso de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.* 7ª edição. Tradução de Flávio Paulo Meurer, título original: *Warheit und methode.* Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1992.

JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal Anotado.* São Paulo: Saraiva, 2010.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das Revoluções Científicas.* São Paulo: Perspectiva, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEI 8.906/1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm Acesso

em Fevereiro, 2013.

LEI 4.898/65. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm Acesso em Fevereiro, 2013.

LEI 9.034/1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm Acesso em Fevereiro, 2013.

LEI 11.343/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acesso em Fevereiro, 2013.

MUCCIO, Hidejalma. **Prática de processo penal:** teoria e modelos. São Paulo: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 83921/RJ.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000012663&base=baseA cordaos> Acesso em Janeiro, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** Bahia: JusPODIVM, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2011.