

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso site na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210

Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (0**41) 352-1200

Fax: (0**41) 252-1311 – CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

São Paulo/SP: R. Jesuino de Brito, 21 – Fone: (0**11) 3932-0015

Fone/Fax: (0**11) 3932-0974 – CEP: 02.925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

Curitiba : Juruá, n. 4, 2000.

198 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00246

CONVERSA COM A POLÍCIA JUDICIÁRIA

L. A. Machado¹

Ementa: 1. A titularidade constitucional do inquérito policial e da investigação criminal pela Polícia Judiciária (Federal, na União, e Civil, nos Estados). 2. O entendimento do princípio constitucional da ampla defesa, pessoal e técnica, do investigado. 3. O *due process of law* e o princípio do contraditório. 4. A vinculação do Ministério Público, como *dominus litis* criminal, a inquérito policial ou informações que não tenha produzido. 5. A conseqüente inconstitucionalidade da absorção, pelo Ministério Público, da investigação e do processo crime. 6. O ato administrativo vinculado do inquérito policial e da denúncia. 7. A imprestabilidade da prova coligida pelo Ministério Público, fora do processo crime, pela aplicação do princípio do fruto da árvore envenenada (*poisonous tree doctrine*).

I. INTRODUÇÃO

Foi-me dada a responsabilidade de tratar nesta nossa conversa sobre os poderes constitucionais da polícia judiciária como se fora uma conferência. Vou tentar me desincumbir dessa responsabilidade, dentro das minhas limitações, da melhor forma possível. Mas quero iniciar lembrando CESARE PEDRAZZI, um dos maiores, senão o maior, criminalista italiano, professor titular da Faculdade de Direito federal de Milão, quando o indaguei sobre o então recente *Codice de Procedura Penale*, então recém-editado, e que pretendia substituir o sistema inquisitório pelo contraditório, a exemplo do *Criminal Procedure Code* americano. Disse-me PEDRAZZI que não se mudariam séculos de tradição inquisitorial apenas com a lei.

(1) Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFPR.

Eu acho muito importante a participação do Povo nos negócios do Estado, porque o meu conceito de Estado é um conceito relacional e não um conceito de personalidade jurídica. Eu não vejo o Estado como o Outro, nas palavras do TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ. O Estado não é, desde um conceito interno, uma pessoa jurídica; o Estado é uma relação de poder entre as majorias e as minorias que o compõem. M. SEABRA FAGUNDES disse que quem precisa da lei não é a maioria; à maioria, a maioria basta; quem precisa de lei é a minoria porque, na verdade, quando uma sociedade sai de um estado da natureza, em que tudo é permitido, para alcançar um estado de direito, em que alguma coisa é proibida, ela o faz através do uso da força. Só a força institucionaliza o Estado, ensina NORBERTO BOBBIO. Mas este poder político de institucionalização do Estado tem que ceder passo imediatamente à sua constitucionalização, cuja primeira tarefa, constitucionalizado, é, exatamente, regulamentar o monopólio da força que o Estado detém e, nesse ponto, nessa regulamentação da força que o Estado detém, surgem as duas vertentes: a vertente jurídica, em que o Direito Penal representa a limitação da força do Estado; e a atuação da Administração Pública, esta sim, com personalidade jurídica – na bela lição de GARCÍA DE ENTERRÍA –, através de sua atividade policial.

Eu não consigo separar o Direito Penal de uma noção do Estado. Não é possível que se adote um conceito de Estado sem que isso se reflita no conceito de Direito Penal. Hoje se discute, nos Estados Unidos, a constitucionalização do processo penal.

Notem que, para mim, não é tão importante a formulação do direito positivo. Importante é o conceito de Estado que se adote para que se possa encaminhar uma interpretação correta da norma de direito positivo. Pode-se ter um conceito de Direito Penal positivista, servindo ao Estado totalitário. O Projeto FERRI, da Itália, de 1920, não foi adotado na Itália, ainda que tenha sido encomendado pelo fascismo: foi adotado na extinta URSS, porque não importa o dispositivo que ali está articulado; importa a interpretação, importa a aplicação, como MAURACH ensinou: recheiar de valor a norma positiva criminal Penal; é esse recheio de valor

que dará um Direito Penal autocrático, ditatorial ou democrático com a mesma e imutável norma positiva. O mesmo código pode servir a todas essas visões de Direito Penal.

Nós temos um defeito na nossa estrutura judiciária. O nosso Judiciário olha de cima para baixo. O nosso Judiciário decide em confronto com o entendimento do Povo. Quando, na verdade, para mim, o Direito Penal está voltado para as atividades administrativas do Estado; destinatário da norma penal não é o administrado: este não tem que saber a tipicidade utilizada pelo Direito Penal. Tem que ter, sim, o conceito na esfera do profano – para usar a linguagem saborosa de ALCIDES MUNHOZ NETTO; tem que saber sim, aquilo que lhe é proibido e aquilo que lhe é permitido, sem que tenha noções de tipicidade, porque o tipo se dirige à atividade do Estado, quando diz: Estado, você só pode começar a tolher a liberdade de uma pessoa quando essa pessoa cometer esta conduta típica. O Estado é o destinatário da norma penal, não o administrado.

Mas, eu dizia que há uma distorção no Poder Judiciário, porque, na verdade, a jurisprudência deveria ser feita pelos juízes de grau inferior de jurisdição e esses juízes deveriam buscar os conhecimentos doutrinários e sociológicos para preencher de valor os conceitos jurídicos penais de acordo com o entendimento do Povo. Não se pode ter o mesmo conceito de pudor público na praia do Pepino, no Rio de Janeiro, ou nas barrancas do Rio Amazonas, ou no interior do Ceará. No Brasil, viajam-se quilômetros e se atravessam séculos, como ensinou FRANCISCO WEFFORT, o sociólogo. Sai-se da Avenida Paulista, que representa uma sociedade pós-industrial, e, logo em seguida, se atinge, em poucas horas de vôo, em avião dos mais lentos, um Brasil colonial. Então, é preciso que o conceito jurídico-criminal seja o conceito da comunidade. Essa a grande lição, não aprendida, do direito inglês: o Povo diz o direito material. Não se pode impor a uma tribo indígena, em vias de absorção, um conceito de pudor público que se teria na Catedral da Sé, em São Paulo. Não se pode admitir, hoje, a imposição jesuítica colonial do conhecimento.

Note-se, portanto, que é preciso que o Poder Judiciário afigure ao Povo o conceito do permitido e do proibido para poder dizer a ele e poder dizer aos de cima qual o conceito.

Na magistratura italiana, e eu não sou entusiasta da magistratura italiana no que ela se confunde com os chamados *juízes das mãos limpas*, uma forma contrefacta do ministério público que alguns estaduais, no Brasil, querem copiar no que tem de mais autoritário e antidemocrático, digo desde logo que não vejo com bons olhos o que esses juízes das mãos limpas estão fazendo. Na Itália, como aqui, basta o início do processo criminal e as coisas daí caminham a passos de cágado; parece-me muito um bombardeio acústico sem nenhuma realidade, mas de qualquer forma há lições a serem aprendidas com a magistratura italiana, como essa de que o tribunal superior só cassa uma sentença se ela estiver em desacordo, não com a jurisprudência desse tribunal superior, mas com a jurisprudência dos juízes de primeiro grau da região em que a sentença foi proferida.

Não é possível que o STF, fechado em Brasília, seja capaz de fixar um conceito de pudor público, um conceito de honra, um conceito de mulher honesta, que são conceitos sociológicos e, portanto, mutáveis no tempo e no espaço, para todo o Brasil.²

Pode-se perguntar o que a polícia tem a ver com isso? A polícia tem muito. Desde 1988, o art. 37 da CF/88 incluiu, entre os princípios do Estado de democrático de Direito, o princípio da legalidade. Esse princípio da legalidade faz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirmar que não basta ao Estado, à Administração Pública, não agir em desacordo com a lei, porque é preciso que aja de acordo com uma lei específica (tipicidade) que a autorize a praticar aquele ato expresso. Esse princípio administrativo da legalidade constitucional é o mesmo princípio da legalidade do Direito Penal.

(2) Quando o faz, como no caso de erro invencível sobre a idade de menor na configuração do estupro presumido, os desinformados, auxiliados pela mídia, agridem a decisão correta.

O Delegado de Polícia, autoridade policial, está investido, pelo Código de Processo Penal, de poder legal de indeferir a formação de inquérito. Por que? Porque, no processo penal, começa-se punindo para saber se, ao fim e ao cabo, se deve punir. A própria essência do processo penal é punitiva. É um processo dialético, em que se busca a verdade real, como se busca também, hoje, a verdade real, no processo civil, mas é um processo dialético em que a dúvida, a dúvida razoável, para se utilizar um conceito americano que me parece muito correto, a dúvida razoável milita em favor do réu; a dúvida razoável começa na instauração do inquérito policial.

O inquérito policial é uma atividade administrativa vinculada. Só quando surge a fumaça do bom direito, só quando surge a capacidade de se vislumbrar uma tipicidade de conduta, a autoridade policial está legalmente autorizada a abrir o inquérito respectivo. Se o fizer contra esse princípio da legalidade estará cometendo abuso ou desvio de poder; estará praticando uma ilegalidade. É superada a discussão de que o inquérito policial é uma mera coleta de informações que servirá de base para a denúncia do Ministério Público. A atividade policial não é uma atividade subordinada; é uma atividade antecipada, mas não uma atividade subordinada. É uma atividade tão importante em termos constitucionais, em termos de respeito dos direitos e garantias individuais, como a atividade do Ministério Público, como a atividade da Magistratura. Jurisdição, que é o poder de dizer o Direito, é também da Administração Pública, principalmente da autoridade policial. Dizer definitivamente o direito, que é a jurisdição em sentido estrito, é a jurisdição do Poder Judiciário; mas, desde o momento de baixar uma portaria, a autoridade policial está exercendo uma atividade jurisdicional ampla, vinculada ao princípio da legalidade na sua face criminal.

De outra parte, esse procedimento administrativo, vinculado ao princípio da legalidade, um ato administrativo que só pode ser praticado quando exista a fumaça do bom direito, quando exista a visão de uma conduta típica, traduz portanto um critério de certa oportunidade vinculada ao dever-poder de instauração inquérito policial. O Delegado de Polícia, que não é subordinado hierárquica e administrativamente ao Ministério Público, tem o critério da

análise dos elementos típicos para a abertura do inquérito, desde a sua visão independente. Esta visão não faz com que o procedimento administrativo do inquérito policial seja um procedimento formal, obediente a leis e a princípios.

AUGUSTIN GORDILLO, excelente administrativista argentino, diz que ofender um princípio é muito mais grave do que ofender uma lei específica, porque o princípio informa a interpretação da lei. O procedimento administrativo chamado inquérito policial não é um processo formal. O inquérito policial é informal, obediente aos princípios constitucionais da publicidade e da ampla defesa, que significa a defesa técnica, a defesa pessoal mas não está subordinado à formalidade do procedimento. Desenvolve-se mais solto, é muito mais informal e eu vejo nisso a possibilidade de serem suplantadas deficiências de pessoal, na medida em que não seja necessário carimbar folhas e folhas ou fazer despachos; basta o encaminhamento através de um relatório, que seria um ofício, dizendo que, produzidas tais e quais provas testemunhais e periciais, chegou-se à conclusão que o provável autor do crime é fulano de tal. A polícia judiciária deve ser operacional, investigativa, jamais burocrática.

Há um ato de terrorismo que não tem nada a ver com a polícia, que é o terrorismo do Ministério Público quando denuncia. Não se perca de vista o mote desta conversa: o monopólio investigatório da polícia judiciária, seja ela a estadual (polícia civil), seja a federal.

Eu tenho uma experiência – que Deus me permitiu ter – de Promotor de Justiça e de Chefe de Polícia, digamos assim, de Advogado e de Professor. Eu conheci todos os lados; participei ativamente em todos os lados, porque, já à beira dos 60 anos, procuro manter intacta a minha capacidade de emoção e de entusiasmo. Participei ativamente das minhas atividades de Promotor, de Policial, de Advogado e de Professor. Eu sei que há hoje uma dificuldade muito grande: os criminosos evoluem tecnicamente de maneira rápida e nós ainda vivemos uma conceituação de Direito Penal ultrapassada. Eu digo que o Direito Penal entrou em coma e fixo a data em que ele entrou em coma: morto o EVERARDO LUNA, morto o ALCIDES MUNHOZ NETTO, morto o HELENO

FRAGOSO, o Direito Penal parou. Mas os criminosos não pararam. Sabemos, psiquiatricamente, que há o criminoso por tendência. A visão freudiana, de que todo homem é mau (e seria fácil trabalhar com esse conceito), foi substituída por uma visão muito mais moderna de – vou dizer – um novo e científico tipo lombrosiano, cientificamente mais correto, proposto por JUNG, que é o da *persona*; algumas pessoas já nascem informadas por critério de maldade. É biológico, é psiquiátrico, é mais científico que a paternalista nova-velha lei da criança e do adolescente. É o que os americanos chamam de *serial killers*. As pessoas que têm, que mostram prazer com a prática do crime. Esse desvio de conduta foi percebido pelos alemães na década de 30, quando criaram a figura do criminoso por tendência. Sabe-se, na atividade policial, na atividade prática, quantos criminosos por tendência são conhecidos. Mas, para o Direito Penal brasileiro, cristalizado num conceito bio-psicológico normativo de imputabilidade, não é possível se trabalhar com esse conceito; mais: impõe-se o paternalismo de um Ministério Público que não pratica com eficiência a sua função constitucional, a ação penal de iniciativa pública, seu monopólio, e que pretende se espriar na proteção descabida ao criminoso de menor idade e comandar a polícia, de que não há exemplo no mundo, salvo no falido sistema dos juízes das mãos limpas, nem tão juízes, nem tão mãos limpas, que o diga o seu guru, o ex-juiz e atual deputado Antonio di Pietro. Nós temos que poder dizer à pessoa: você merece esta pena pelo crime que você cometeu e merece esta outra pena pela conduta de vida que você tem. O que MEZGER chamava de inimidade ao Direito, a pessoa que dirige a sua vida em busca do seu pior ego, na definição de BOKELMANN, a pessoa que, no momento vital do cometimento do crime, entre o bem e o mal, opta pelo seu pior ego e comete o crime. Isso é científico e nós precisamos nos aparelhar para entender o científico. A ciência nos dá a solução para o problema da perda momentânea da consciência, a pessoa que sabe, mas não pode se guiar de acordo com esse conhecimento para ter uma conduta adequada ao Direito. Então, veja-se que o mundo científico se desenvolve ao lado do Direito Penal. É como se estivéssemos numa corrida de fórmula 1, com um carro Volkswagen comum sendo ultrapassado por todos

os fórmulas 1 modernos e olhando e achando que continuamos certos. Essa é a visão da vitimologia, a vítima sempre a culpada pelo crime; é preciso que sacudamos o Direito Penal, e temos que começar a sacudir o Direito Penal a partir do inquérito policial, monopólio constitucional da polícia judiciária.

Há dois tipos de legislação penal no mundo ocidental. A legislação consuetudinária do direito anglo-saxão (hoje em total desuso nos Estados Unidos) e a legislação positiva do continente europeu, que adotamos. Ambas têm como premissa a consciência coletiva da necessidade da norma; numa, no direito anglo-saxão, essa consciência coletiva cria diretamente a norma; noutra, no direito continental europeu, essa consciência coletiva é filtrada pelos Poderes em que se dividiu o monarca absoluto (legislativo, executivo e judiciário), para que se transforme em lei. Mas, ao mesmo tempo em que sofisticamos a formação da lei penal, criamos a necessidade de uma fiscalização da sua constitucionalidade. Enquanto no direito consuetudinário anglo-saxão, desde logo se estabelece a legitimidade da norma, no nosso tipo de direito, depois de formulada a norma, temos de examinar a sua legitimidade. Já houve um jusfilósofo que disse que a lei ilegítima é uma não-lei. Então, temos de ter consciência que, na medida em que, exercendo um poder na Administração Pública, na atividade de controle do poder de fora do Estado, no monopólio que força que o Estado detém, estamos diante de uma necessidade de jurisdição e é preciso que as autoridades policiais se invistam dessa responsabilidade de saber que exercem uma jurisdição, ainda que administrativa. Significa uma jurisdição que deve ser subordinada ao conhecimento do Poder Judiciário, mas uma jurisdição, tanto na abertura de um inquérito, quanto no indeferimento de abertura do inquérito. Mas é preciso que, desde logo, as autoridades policiais assumam a responsabilidade desse princípio da legalidade, que é o princípio da anterioridade da lei penal, mas também o princípio da tipicidade penal.

Eu acho que é muito fácil reclamar; é muito difícil participar. Estamos vivendo – no dizer de UMBERTO ECO – uma nova Idade Média, um novo tribalismo. Veja a dissolução das nações – que

pareciam tão solidamente estruturadas – em tribos, aquelas tribos antigas, como os macedônios, os croatas, os sérvios, os bósnios. Na Rússia, há a dissolução de uma estrutura estatal artificial e vivemos, em termos de comunidade, um novo medievalismo. Os prédios, os edifícios de apartamentos nada mais são do que pequenos condados que estão submetidos a um pequeno conde, que é o síndico. Lembro-me de uma palestra que fiz em São Paulo, quando um Promotor de Justiça disse que vivia numa prisão domiciliar, na medida em que saía de casa para o Ministério Público e do Ministério Público para casa. Somos prisioneiros de nós mesmos.

Essa é uma visão sociológica que deve ser atentada; há uma regressão. TOYNBEE já disse que a História não é só feita de avanços; ela é feita de avanços e de recuos. Estamos sentindo hoje, de novo, a medievalização, não só nos costumes, mas também na ideologia. Estamos revivendo – às vésperas de uma guerra santa entre muçulmanos, judeus e católicos – coisas que pareciam sepultadas. Então, o problema é mesmo de participação, de fiscalização.

Nos países mais civilizados, quando se começa um processo crime, mantém-se essa otimização, porque há celeridade entre a prática do crime e o resultado final; decorrem apenas alguns meses. Então o povo fica informado e passa a ter confiança. Mas o Ministério Público americano – que não investiga – é um Ministério Público de exemplos, como disse FERRANDO MANTOVANI, não um Ministério Público como o nosso. Aqui o Ministério Público denuncia todos os crimes que ele imagina que tenham sido cometidos, sem qualquer compromisso com o resultado final, e ainda quer investigar; devia o poder quando, a pretexto de um inquérito civil secreto, pretende coletar provas para o processo crime. Nos Estados Unidos, pelo conceito de oportunidade, o Ministério Público escolhe o crime que vai processar. Mas lá, por essa motivação, por essa informação constante, massiva dada pela imprensa ao processo crime, o Ministério Público se assenta nas investigações da polícia judiciária.

II. A TITULARIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL E DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A CF/88 faz titular, do inquérito policial, a polícia civil estadual, a exato teor do art. 144, IV:

“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”.

–, e § 4º:

“Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Esse texto constitucional mantém a intocabilidade do CPP ao dispor, no art. 4º, que:

“A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”,

mas tornou inexistente (seja por inconstitucionalidade, seja por revogação), por confronto com ele, o parágrafo único do art. 4º do CPP:

“A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

Isso porque a lei não pode cometer as funções de elaboração de inquérito policial e de investigações criminais a quem não se revista expressamente de autoridade policial, segundo a CF/88. A leitura que se deve fazer dessa atribuição administrativa constitucional é ser uma garantia individual, a garantia da imparcialidade e impessoalidade do Ministério Público, *dominus litis* e que, por isso, não deve, e não pode, investigar ou coligir informações para o exercício da ação processual criminal.

RENÉ DOTTI já disse que:

“O conceito jurídico-processual penal de autoridade não poderá, é óbvio, refugir aos indicadores constitucionais e legais. Segundo a lei fundamental, incumbe às polícias civis ‘as funções de polícia judiciária e apuração das infrações penais, exceto as militares’. E as polícias civis são dirigidas por delegados de polícia de carreira’ (art. 144, § 4º).

(...)

No meu entendimento, a ‘autoridade policial’ referida pelo art. 69 da Lei 9.099/95, é o órgão que desempenha as funções constitucionais-legais da polícia judiciária dirigida por Delegado de Polícia (de carreira ou não, porém, Delegado)”.³

A obediência a esse princípio, do monopólio da investigação criminal pela polícia civil, dirigida por delegado de polícia de carreira, é imposição do princípio da legalidade, sintetizado por C. A. BANDEIRA DE MELLO como a obrigação de a administração pública só agir quando um texto de lei específico a autorize a agir. Não se pode negar, pois, o monopólio, pela polícia civil estadual, no seu âmbito, da investigação e coleta de provas e indícios criminais, aí compreendido o inquérito policial.

MAURO CAPPELLETTI ensinou:

“Quello che più di tutto sembra caratterizzare I diritti fondamentale è il fatto che essi, i quali pur usano attribuirsi al “individuo” (garantías individuales son detti, ad. es., nella vigente Costituzione messicana del 1917, mentre la Costituzione reppublicana spagnola del ‘21 li chiamava garantías individuales y políticas), sono in realtà permeati di un valore che trascende lo uomo singolo e investe tutta intera la società. Di fronte ad una illegitima violazione di domicilio o ad un arresto arbitrario o al divieto di una pacifica riunione, come di fronte ad una legge o ad una sentenza formalmente o materialmente incostituzionale, si sentono in modo diretto

(3) A autoridade policial na Lei 9.099/95, jornal Gazeta do Povo, edição de 15.04.96, p. 19.

*colpiti tutti il cittadini e non quelli soli, che immediatamente siano interessati: colpiti in quel loro diritto di libertà, che è in fondo uno solo (o meglio sta alla base, è la causa, di tutti I diritti): spetta ad ogni uomo e la sua lesione lede ciascuno”.*⁴

III. O DUE PROCESS OF LAW

Assim como o princípio da ampla defesa, o do devido processo legal deve ser entendido desde um enfoque material, afastando-se de logo o formal. Devido processo legal não é o que obedece aos ditames de uma lei infraconstitucional, mas o que faz prevalecer o conceito da ampla defesa e do contraditório. Ainda que JACINTO COUTINHO entenda que o princípio que orienta o processo criminal brasileiro é o misto (mistura de inquisitório e de contraditório, o que significa prevalência inconstitucional do inquisitório), entendendo que a CF/88 hoje impõe o princípio dialético do contraditório, da disponibilidade do conhecimento antecipado das provas (princípio da boa-fé), da participação na formulação dessas provas e no distanciamento do Ministério Público, assim como do juiz, na coleta inicial das mesmas; há, a respeito, decisão do STJ:

“RHC. Constitucional. Processual Penal. Magistrado. Ministério Público. O Magistrado e o membro do Ministério Público se houverem participado da investigação probatória não podem atuar no processo. Reclama-se isenção de ânimo de ambos. Restaram comprometidos (sentido jurídico). Daí a possibilidade de arguição de impedimento, ou suspeição”.⁵

Note-se que a decisão permaneceu no terreno da participação nas investigações, sem adentrar a autoria das investigações; basta o Ministério Público ter *participado* (não feito, dirigido) as investigações, para que fique impedido de atuar no processo crime. Isso porque, em sendo autor, as investigações restariam imprestáveis, por inconstitucionalidade; e seriam irrecuperáveis, frutos que seriam da árvore envenenada (*poisonous tree*).

(4) *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano – Dott. A Giuffrè Editore – 1976, p. 1-2.

(5) RHC 4.679-PR, STJ – Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

*“In SILVERSTHORNE LUMBER Co. v. U.S. (1920) the Court held invalid a subpoena that had been issued on the basis of information acquired through an illegal search. Just as the prosecution could not use in court evidence obtained directly from the unconstitutional search, neither would it be allowed to use evidence obtained indirectly via a subpoena based upon that search. The exclusionary rule was applicable to all evidence ‘tainted’ by the unconstitutional search, and that taint extended to evidence subsequently obtained through the use of information acquired during that search. This SILVERSTHORNE requirement of exclusion of ‘secondary’ or ‘derivative’ evidence later came to be described as the ‘fruit of the poisonous tree’ doctrine”.*⁶

Significa: como a investigação criminal feita pelo Ministério Público é inconstitucional – por ofender o monopólio constitucional das polícias civis e federal –, todas as provas e indícios coletados são inconstitucionais, entendimento decorrente da *fruits of poisonous tree doctrine*, adotada pelo STF. Neste passo, a Resolução 97/94 da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná é imprestável, por inconstitucionalidade. JACINTO COUTINHO já elaborou parecer nesse sentido.

IV. A DENÚNCIA COMO ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO

O Ministério Público é um órgão da administração pública (que, como ensina GARCÍA DE ENTERRÍA,⁷ tem personalidade jurídica) constitucionalmente encarregado da ação criminal de iniciativa pública.

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

-
- (6) ISRAEL-LAFAVE, *Criminal Procedure*, 5th. edition, West Publishing, Saint Paul, Minnesota, § 6.6, p. 286.
- (7) “(sólo la Administración Pública está realmente personificada dentro del vasto complejo orgánico que llamamos Estado). *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, cuarta edición, n. 3, p. 26.

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.⁸

O Ministério Público está inserido no Cap. IV – Das Funções Essenciais da Justiça, junto com a Advocacia-geral da União e a Advocacia em geral e a Defensoria Pública. Não possui personalidade jurídica própria, mas é o encarregado de exercer o *jus puniendi* do Estado. Neste passo, a denúncia é um ato administrativo e um ato administrativo vinculado a um inquérito ou a informações produzidas por terceiro, jamais pelo próprio Ministério Público. A vinculação é tão evidente que HELENO FRAGOSO apontou a possibilidade de haver abuso de poder na denúncia.

“7. Há, porém, outro importante aspecto a ser considerado em relação à denúncia. Ela não pode ser um ato de prepotência. A lei a reveste de formalidades indispensáveis; tem ela como pressupostos essenciais elementos que garantem e asseguram o direito de liberdade do cidadão. É necessário que ela descreva um fato que em tese constitui infração penal; é indispensável que se funde em justa causa para o processo, exigindo nosso antigo direito que apresentasse o corpo de delito ou o fundamento de fato da acusação pública. Por isso JOÃO MENDES ensinava que é ela também uma exposição ‘demonstrativa’, ‘porque deve descrever o corpo de delito e dar as razões de convicção’.

Não pode o MP ‘inventar’ que alguém praticou um crime e iniciar ação penal, ainda que a denúncia esteja revestida de todas as formalidades a que alude o art. 41 do CPP. O MP é, às vezes, fiel servidor dos interesses do poder executivo, e o governo estaria armado de um poder tirânico e intolerável se o MP pudesse, principalmente em processos políticos, iniciar ação penal como um ato de puro arbítrio e opressão. O MP não é uma espécie de inquisidor-mor que possa a seu bel-prazer, denunciar quem bem entenda ou quem apraz ao executivo (em cujo nome atua) perseguir.

(8) CF.

Não se cogita aqui de “ilegalidade”: a denúncia pode ser formalmente incensurável. Cogita-se, isso sim, de ‘abuso de poder’, ou seja, de desvio dos deveres do próprio ofício, na prática arbitrária de um ato legal. Há abuso de poder quando o funcionário se serve ilegitimamente de faculdades ou de meios de que legalmente pode dispor. O abuso de poder é, em suma, o mau uso de poder na denúncia, quando o MP, inteiramente fora da realidade e sem qualquer elemento de convicção, inicia o procedimento criminal.

Não há dúvida de que o *habeas corpus* constitui o remédio adequado para corrigir a ação abusiva do MP. A CF/88, no art. 141, p. 23, estabelece que se dará *habeas corpus*, quando a violência ou coação, atual ou iminente, caracteriza ‘ilegalidade ou abuso de poder’.”⁹

V. CONCLUSÃO

Penso ter estabelecido a importância da polícia judiciária no quadro do Estado Democrático de Direito, mais especificamente no exercício constitucional do monopólio de força do Estado. Como ensinou BOBBIO, o que institucionaliza o Estado é a força, mas o que o constitucionaliza é o controle jurídico da força.

(9) **Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva.** Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 13, p. 72-3.