

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

1º DEPTO. JUDICIAL ESPECIAL
Resolução 27.03/09
de 22.11.09
Assin.:
47

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA



Autos n. 101.501.2007.004483-5

Paulo Roberto de Lima, já qualificado nos presentes autos de ação penal movida pelo Ministério Público do Estado de Rondônia, por intermédio do advogado que esta subscreve, vem a vossa presença, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, interpor **Recurso Extraordinário**, requerendo, neste momento, a juntada aos autos das razões que seguem em anexo em 44 (quarenta e quatro) laudas impressas e rubricadas.

Por fim, postula a admissão do presente apelo extremo e seu envio ao E. Supremo Tribunal Federal.

Em anexo, os comprovantes dos portes de remessa e retorno dos autos, bem como do preparo.

São os Termos em que,

Pede Deferimento.

Porto Velho/RO, 20 de março de 2009.

Jeová Rodrigues
OAB/RO 1495

1709 25/03/2009 421778 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Comarca de Porto Velho/RO

Vara de Delitos de Tóxicos

Ação penal n. 501.2007.004483-5

Recorrente: Paulo Roberto de Lima

Recorrido: Ministério Público de Rondônia

RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Colenda Turma,

Douto Relator,

Digno Procurador-Geral da República,

1. Exposição do fato e do direito

Paulo Roberto de Lima interpôs recurso de apelação para obter a substituição total ou parcial da r. sentença juntada nas fls. 222/235, que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o recorrente à pena de reclusão, fixada em 14 (quatorze) anos, pela prática do crime tipificado nos arts. 33, caput, e 35, caput c.c. 40, inciso V, todos da Lei n. 11.343/2006, determinando o regime fechado para o início da execução penal.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

Em sessão de julgamento realizada no dia 1^o de outubro de 2008, a Primeira Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar suscitada pela defesa, e, no mérito, por maioria, deu provimento parcial ao recurso de apelação, determinando a exclusão da majorante (art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006), e declarando a absolvição em relação ao art. 35, da nova Lei Antidrogas, mantendo a decisão apelada nos demais termos. Eis a ementa:

Tráfico. Mandado de busca e apreensão. Autoria. Associação. Tráfico interestadual.

Tratando-se da prática de delito tido por permanente como o tráfico ilícito de substância entorpecente, em que a consumação perpetua-se pelo tempo, restão autorizadas as buscas efetivadas pela autoridade policial, sendo prescindível a apresentação de mandado de busca e apreensão.

Verificando-se que as provas coligidas são suficientes para formar um juízo de convicção quanto ao transporte de substância entorpecente, mantém-se a condenação pela prática do comércio ilegal de drogas.

A aplicação da causa especial do art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 exige que os agentes tenham ultrapassado a divisa entre os Estados da Federação. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Exige-se, para configuração da associação para o tráfico, a demonstração do vínculo associativo entre os agentes para a prática do crime.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO.1339
OAB/RO.1495

Incabível o pedido de redução da pena nos moldes do disposto no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006 quando não preenchidos os requisitos cumulativos exigidos na lei. [sic].

Em razão de omissão ocorrida no referido acórdão acerca da tese defensiva relativa a prova obtida por meio ilícito (violação a garantia constitucional - art. 5º, XI), bem como de outros pontos abordados nas razões de apelação, foram interpostos **embargos de declaração** (fls. 374/380), os quais foram julgados **improvidos** (fls. 384/395).

Tal decisão permaneceu omissa, o que forçou a interposição de novos embargos declaratórios (fls. 398/401) até que fosse efetivamente declarada a questão suscitada. No entanto, novamente negou-se provimento aos embargos (fls. 407/409).

Então, esgotada a instância e presente o pressuposto do prequestionamento, o recorrente vem manejar o presente recurso extraordinário, com fundamento na alínea "a" do inc. III do art. 102 da Constituição Federal, devolvendo ao Supremo Tribunal Federal a matéria constitucional tal como está fixada, de maneira incontroversa, no acórdão ora recorrido, sem que isso signifique reexame de prova, mas apenas trabalhando os termos registrados e lançados na decisão, buscando a sua reforma.

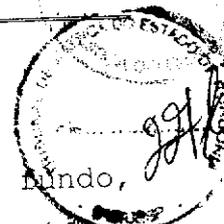
Esse ponto restará esclarecido adiante, que terá como objetivo demonstrar o cabimento do recurso extraordinário.

É a síntese necessária.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495



2. Preliminar (repercussão geral)

Antes de aprofundar na questão de fundo, cumpre inicialmente a demonstração de um ponto específico (requisito formal), também exigido para a admissibilidade do recurso extraordinário.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou ao art. 102 o §3º, dispondo sobre a obrigatoriedade da demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

Tal dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 11.418/2006, que acrescentou ao CPC o art. 543 - A, seguido de parágrafos, tornando obrigatória a demonstração, em preliminar formal (§2º), de repercussão geral da matéria constitucional discutida nos recursos extraordinários.

Após várias discussões sobre a aplicabilidade do referido dispositivo, bem como seu alcance no aspecto processual, o Pretório Excelso, através da Emenda Regimental n. 21/07, disciplinou a matéria, introduzindo alguns dispositivos em seu Regimento Interno, estabelecendo e definindo, inclusive, a obrigatoriedade de sua aplicação também nas ações penais.

Assim, passa-se à sua demonstração.

As questões constitucionais debatidas neste extraordinário (prova obtida por meio ilícito consistente em inobservância da inviolabilidade do domicílio - CF, art. 5º, LVI) além de possuírem extrema relevância, transcendem os interesses subjetivos da causa, sobretudo em relação ao aspecto jurídico, uma vez que a solução jurídica a ser conferida está intimamente relacionada a aplicação de garantia fundamental, como forma de compatibilizar os limites ético-jurídicos que

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RC
OAB/RC

restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal art. 5º, XI).

Para melhor compreensão, pertinente se faz um breve resumo sobre as três garantias fundamentais violadas, sendo que as duas primeiras estruturam o mesmo fundamento recursal (inviolabilidade do domicílio em correlação com a obtenção do elemento de prova por meio ilícito), e a última sendo o conteúdo do segundo fundamento recursal (ofensa ao contraditório):

A primeira garantia violada encontra previsão no inciso XI, do art. 5º, da CF, praticada por agentes policiais que após darem voz de prisão ao morador (Paulo Roberto), impedindo qualquer reação, realizaram buscas em sua residência, no período noturno, sem que houvessem fundadas razões (art. 240, §1º, do CPP) para justificar o procedimento, e ainda, e sem mandado judicial. Tal diligência resultou na apreensão de dois invólucros contendo substância entorpecente, encontrados, segundo os policiais, embaixo do estepe do veículo de propriedade do recorrente, o qual se encontrava estacionado na garagem da residência violada.

A segunda (art. 5º, LVI, da CF), está relacionada a primeira, em virtude da referida prova ilícita ter sido utilizada para fundamentar decisão penal condenatória, o que comprova também sua violação.

A terceira (art. 5º, LV, da CF), refere-se aos elementos probatórios utilizados pelo Órgão de origem para fundamentar a decisão recorrida, porquanto se baseou apenas em prova produzida na fase policial, não tendo, portanto, sido submetida ao contraditório, no momento de sua produção, além de ter sido retificada durante a instrução criminal.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

O ordenamento constitucional repele de forma clara e expressa toda e qualquer prova ilícita - **originária ou derivada** - por traduzir elemento inidôneo de informação, destituída, portanto, de eficácia jurídica.

A natureza jurídica do preceito constitucional previsto no inciso LVI do art. 5º, por si só, revela a importância e a necessidade da análise do RE que verse sobre sua violação, principalmente quando esta serve de base para a prolação de decisão penal condenatória, calcada unicamente em prova obtida por meio ilícito, como é a hipótese dos autos.

Neste caso concreto, a afirmativa de prova ilícita (CF, art. 5º, LVI) está vinculada diretamente a violação de domicílio (CF, art. 5º, XI), ante a inexistência de ordem judicial para que fossem procedidas as buscas na residência do recorrente Paulo Roberto, bem como se fundadas razões que autorizassem, com os elementos materiais disponíveis, a ilação de prática de crime em situação de flagrante.

A se validar a operação policial, nas circunstâncias em que foi realizada, a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio (CF, art. 5º, XI) se resume a nada, pois é evidente que a ilicitude não pode ficar na dependência do êxito ou não da diligência que os agentes resolvam empreender. Trata-se de uma garantia para o próprio agente policial, porquanto na hipótese de não obter êxito, estará indiscutivelmente praticando crime (art. 150, do CP).

Demais, não se tem notícia nos autos de que o recorrente tenha autorizado ou permitido a entrada dos policiais em sua residência. Pelo contrário, o conjunto

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

probatório - depoimentos dos próprios policiais -, demonstrando que ao chegarem na residência, foram atendidos pelo recorrente, e, de imediato, lhe deram voz de prisão, algemando-o, impedindo, desta forma, qualquer tipo de reação. Em seguida realizaram as buscas, sendo relevante frisar, no período noturno, sem mandado judicial.

O Supremo Tribunal Federal, visando evitar a ocorrência de eventuais prejuízos aos jurisdicionados, quiçá irreparáveis, o que seria um verdadeiro retrocesso, diante da evolução do direito (garantias constitucionais), ao disciplinar a matéria (demonstração de repercussão geral das questões constitucionais relativas ao recurso extraordinário), decidiu criar uma exceção à regra. Tal excepcionalidade permite o preenchimento do requisito em destaque por outras vias. Basta a comprovação inequívoca de que a decisão recorrida contraria manifestamente o posicionamento dominante do STF, para que se presuma a existência de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no RE.

Diante disso, necessário se faz a demonstração da jurisprudência dominante do STF, como forma de viabilizar a admissibilidade do RE, mormente com a inserção da nova exigência (demonstração de repercussão geral). Para tanto, serão transcritas algumas ementas de decisões proferidas pelas duas Turmas (Primeira e Segunda) da Corte Suprema, bem como citações de outras proferidas no mesmo sentido:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA DOMICILIAR (SEGUIDA DE APREENSÃO) REALIZADA POR GERENTE E SEGURANÇAS DE UM "FLAT", APÓS ASTUSIOSOS INGRESSO NO APARTAMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 241 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, INTEIRAMENTE CONTRARIADOS PELAS PROVAS COLHIDAS NA INSTRUÇÃO JUDICIAL: INADMISSIBILIDADE.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

1. "Habeas Corpus" deferido, como impetrado, para cassação da sentença e do acórdão que a confirmou.
2. Concessão de outro "writ", de ofício, para trancamento da ação penal, por falta de justa causa para condenação.
3. Decisão unânime: 1ª Turma.¹

Adiante se encontra a ementa de decisão proferida, por unanimidade, pela 2ª Turma do STF² a respeito da matéria em debate, a qual em virtude do brilhantismo de seu conteúdo possui caráter didático-pedagógico:

¹ STF - HC n. 76.336-0 - 1ª Turma - Rel. Min. Sidney Sanches - concedida a ordem em decisão unânime.

² STF - Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 90.376-2 - 2ª Turma - Rel. Min. Celso de Mello - decisão unânime. No mesmo sentido: HC n. 70.512-9 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence. HC n. 82.788-8 - Rel. Min. Celso de Mello. HC n. 80.420-9 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINARIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.

- Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes.

- Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF).

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

- A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

- A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

- Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

- A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

- A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

- Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

- A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..

Ainda sobre o tema, o eminente e saudoso Ministro Sepúlveda Pertence de forma magnífica, diga-se de passagem, que lhe era peculiar, em duas oportunidades definiu claramente a contraposição existente entre dois bens jurídicos tutelados pela Constituição, expondo, em seus preciosos votos, o seguinte:

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

O art. 5º, XI, da Constituição, retrata a difícil resultante de uma ponderação de valores contrapostos pela própria Constituição, que por, de um lado, a inviolabilidade do domicílio e, de outro, o interesse público na prisão em flagrante de autores de crimes que estejam a acontecer. Essa prevalência dada, na Constituição, ao interesse repressivo imediato não pode, a meu ver, ser levada às últimas conseqüências, sob pena de esvaziar inteiramente a garantia do domicílio. (HC n. 76.336-0 - 1ª Turma - Rel. Min. Sidney Sanches - concedida a ordem em decisão unânime).

O caso - como apresentado com maestria pelos impetrantes teria, assim, ingredientes de sobra para o aprofundamento - que tarda no Tribunal - da definição de novos contornos da garantia constitucional do domicílio, além de propiciar a rediscussão do alcance do veto à admissibilidade da prova ilícita, em particular, da contaminação das provas derivadas, que tem dividido a Casa. (HC n. 79.512-9 - Tribunal Pleno - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - concedida a ordem).

Sobre a repercussão geral do segundo fundamento recursal, é notória a sua objetividade em relação à ordem jurídica, porquanto a garantia do contraditório deve ser observada concretamente na tramitação do processo penal, não podendo o julgador se esquivar ou tangenciar as questões previamente fixadas pela parte quando oportunizada para tanto.

Com relação ao princípio do contraditório, cita-se, na oportunidade, Ada Pallegri Grinover:

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

Handwritten signature

4. Contraditório e valoração das provas

Evidentemente, de nada serviria assegurar às partes o direito à prova, se o juiz pudesse deixar de apreciá-la e valorá-la, no momento do julgamento.

Handwritten number 2201
Official stamp

Por isso, todas as provas e alegações das partes, garantidas, como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio.

É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou da persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente deste. Por ele, como afirmamos, o juiz "forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos" (*Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 2d., São Paulo, 1982, p. 57).

E, entre nós, é categórico Barbosa Moreira:

"*Last but not least*, trata-se de garantir o direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. Essa prerrogativa deve entender-se insita no direito de ação, que não se restringe, segundo a concepção hoje prevalecente, à mera possibilidade de pôr em movimento o mecanismo judicial, mas inclui a de fazer valer razões em juízo de modo efetivo, e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidos aos autos" ("A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito" in *Temas de direito processual*, Segunda Série, São Paulo, 1980, p. 88).³

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O conteúdo da garantia do contraditório*. In *Novas tendências do direito processual*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pp. 31-32; grifou-se.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

Como forma de satisfazer a exigência relativa ao novo requisito (repercussão geral), quanto ao segundo fundamento recursal, apresenta-se, nesta oportunidade, o posicionamento do STF a respeito do tema constitucional específico, suscitado pelo recorrente desde as alegações finais (fls. 158/201), sendo reiterado nas razões do recurso de apelação (275/325), e se encerrando neste recurso extremo:

Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação.⁴

Grifo Nosso.

Assim, restando apontada a contrariedade a jurisprudência dominante da Suprema Corte sobre as matérias (os dois fundamentos recursais) objetos do RE, o art. 323, §1º (segunda parte), do RISTF, **autoriza expressamente o reconhecimento da repercussão geral mediante a presunção de sua existência.**

Então, através de um procedimento analítico, constata-se que o acórdão recorrido contraria nitidamente o posicionamento predominante do STF sobre a matéria constitucional em debate, o que possibilita, nos termos do dispositivo precitado, a admissão deste recurso extraordinário.

Ademais, e para além da contrariedade em relação à jurisprudência dominante no STF - o que pode encerrar um juízo de valor -, o requisito formal disposto no art. 102,

⁴ STF - RE 287658 - 1ª T - Rel. Min. Pertence - DJ 10.3.03.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

§3º, da CF/88 (inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulamentado pela Lei n. 11.418/2006), encontra-se devidamente preenchido, e satisfatoriamente demonstrado, pois as questões constitucionais discutidas neste apelo extremo ultrapassam interesses particulares, porquanto **a garantia** de que trata o inciso LVI, do art. 5º, manifestamente **se sobrepõe ao subjetivismo da causa**, porque trata-se de debater os limites, a extensão e a profundidade do exercício do poder estatal, numa relação **espácio-temporal-concreta** com garantias fundamentais do cidadão.

A Constituição Federal, em dispositivo revestido de conteúdo expressamente vedatório (art. 5º, LVI), desautoriza, ante a incompatibilidade com os postulados que regem uma sociedade apoiada em bases democráticas, qualquer prova obtida, pelo Poder Público, mediante transgressão a cláusulas de ordem constitucional.

Apenas para enfatizar a gravidade da situação, recentemente, o eminente Ministro Gilmar Mendes - Presidente do STF - foi vítima dos abusos e arbitrariedades praticadas por agentes públicos (escuta telefônica sem autorização judicial - prova ilícita - violação às regras constitucionais), fato amplamente divulgado e noticiado pela imprensa nacional. Esse fato específico demonstra o completo desrespeito às garantias constitucionais, chegando-se ao absurdo de próprio Poder Público aviltar uma autoridade judiciária (Presidente do STF). Aqui cabe um pequeno desabafo. Imagine o que ocorre com um cidadão comum.

A toda evidência, a matéria constitucional versada no extraordinário apresenta notória relevância diante da gravidade do problema que se traz à baila, e reclama um pronunciamento por parte da Suprema Corte, uma vez que a violação a garantia constitucional (art. 5º, XI) praticada pelo

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

Poder Público, não apenas causa insegurança jurídica, gerando sensação de desproteção experimentada pela sociedade, mas também expõe a riscos qualquer cidadão que seja alvo de investigação policial, colocando-o em situação de extrema vulnerabilidade.

Há ainda um ponto importante a ser destacado. Após a realização de uma profunda e exaustiva pesquisa sobre o tema, constatou-se que a existência ou não de repercussão geral a respeito das violações das garantias constitucionais previstas no art. 5º, XI, LVI e LV, da CF, ainda não foram objeto de análise por parte do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, os **reflexos** emanados de eventual reconhecimento de repercussão geral da matéria constitucional versada neste RE (violação aos incisos XI, LVI e LV, do art. 5º, da CF) **são evidentes**, pois **repercutirão em outras ações** que tratem da mesma questão, **definindo critérios de aplicabilidade do novo requisito sobre a matéria em exame**, **superando**, desta forma, **as balizas subjetivas da causa**, como exige a regra.

De mais a mais, não se pode olvidar que **em uma sociedade fundada em bases democráticas**, a observância as **garantias fundamentais previstas no ordenamento jurídico que a rege é fator preponderante para sua própria consolidação e existência**. Então, seguindo-se tal raciocínio, a violação a qualquer dos incisos contidos no art. 5º da Constituição, é uma verdadeira afronta ao direito conquistado com excessivo esforço pela sociedade brasileira, que amargou durante anos um regime militar repressivo, desprovido de regras e garantias.

Enfim, seja pela demonstração efetiva, ou através de presunção, a verdade é que **a repercussão geral da matéria constitucional** debatida nas razões deste extraordinário

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

excede o limite singular da presente ação penal, por restarem violadas garantias fundamentais.

3. Demonstração do cabimento do recurso

A condenação do recorrente, nos termos definidos no acórdão recorrido, **fere diretamente dispositivos de norma constitucional**, sendo absolutamente contrária aos mandamentos insertos no art. 5º, incs. XI, LVI e LV, fato que, diante da redação contida no art. 102, inciso III, alínea "a" da CF/88 autoriza perfeitamente a interposição deste RE, em virtude da manifesta ofensa ao texto constitucional.

Cumprе esclarecer que tal prova, obtida por meio ilícito, não apenas serviu de base para a edição do decreto condenatório, como também foi utilizada pelo Tribunal a quo para fundamentar a manutenção da decisão de primeiro grau.

Outro detalhe é que, em situações como esta que se tem em análise, onde a motivação da interposição do RE é a contrariedade ao dispositivo constitucional, já se tem entendido maciçamente que **o cabimento se confunde com o mérito**, donde ou o reclamo é cabível por violação ao texto constitucional e, conseqüentemente, haverá o provimento, ou não será cabível a interposição e, naturalmente, denegado o sucesso aspirado. De qualquer sorte, em ambos os casos, para tais conclusões, imprescindível o apreço dos fundamentos do pedido de reforma da decisão recorrida, ou seja, do mérito da causa recursal.

Mas, tivemos o cuidado de demonstrar, mesmo superficialmente, a fundamentação/motivo da interposição deste recurso.

Maiores considerações serão feitas nas

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

exposições vindouras a respeito das razões do pedido de reforma do acórdão hostilizado.

3.1. Prequestionamento da matéria

Para a admissibilidade e conhecimento do RE, mister que o tema tenha sido ventilado no recurso e apreciado pelo Órgão recorrido, no caso, a Primeira Câmara Especial do TJRO.

De fato, houve esse enfrentamento direto da matéria. Como se pode ver no acórdão que julgou a apelação (fls. 363/372), a tese defensiva, referente a prova obtida por meio ilícito, bem como sua utilização para a prolação de decisão penal condenatória, foi analisada com a detida e minuciosa abordagem do dispositivo constitucional pertinente.

Esse prequestionamento vem estampado no seguinte excerto extraído do acórdão recorrido: "No que diz respeito a preliminar de obtenção de prova por meio ilícito ante a ausência de mandado de busca e apreensão para a entrada na residência do apelante Paulo Roberto, esclareço que tal matéria foi por diversas vezes decidida por esta 1ª Câmara Especial que quando se trata de prática de ilícito permanente, em que a consumação perpetua-se pelo tempo, resta autorizada as buscas efetivadas pela autoridade policial sendo prescindível a apresentação de mandado de busca e apreensão".

Assim, nota-se sem maiores esforços, que a matéria relacionada a prova obtida por meio ilícito, de natureza estritamente constitucional, está devidamente **prequestionada** no acórdão recorrido, tal como demonstrado, mediante as transcrições dos seus termos.

Em alguns casos, a 1ª T. do STF vem admitindo alguns recursos extraordinários, mesmo quando a ofensa é

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO.1495

431

reflexa à Constituição, caso, por exemplo, em que há o descumprimento de princípios constitucionais tais como o contraditório e da ampla defesa, como a decisão do Min. Sepúlveda Pertence assim ementada:

Ementa: I - Recurso extraordinário. Prequestionamento. Súmula 356. O Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a sua jurisprudência - já assentada na Súmula 356 -, no sentido de que, reagitada a questão constitucional não enfrentada pelo acórdão, mediante embargos de declaração, se tem por prequestionada a matéria, para viabilizar o recurso extraordinário, ainda que se recuse o tribunal a quo a manifestar-se a respeito (v.g. RE 210638, 1ª t., 14.04.1998, Pertence, DJ 19.06.1998; RE 208639, 2ª T., 06.04.1999, Jobim, DJ 04.02.2000, RTJ 172/273; RE 219934, Pl., 14.06.2000, Gallotti, DJ 16.02.2001).

II- Contraditório e ampla defesa: art. 5º, LV, da Constituição: conteúdo mínimo. 1. A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa tem o conteúdo mínimo: a decisão que o desconhece viola diretamente o art. 5º, LV, da Constituição, ainda que se pretenda conforme a lei estadual.⁵

É o que se infere da Súmula 356 do STF: "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário". Em outro acórdão, a 1ª Turma do STF deixa bem claro o que se exige de prequestionamento em termos de recurso extraordinário:

EMENTA: I. RE: prequestionamento: Súmula 356

O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido

⁵ STF, 1ª, T., RE 266397-2-PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 09.03.2004.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.⁶

Destarte, sendo certo que a matéria relevante foi totalmente abordada, discutida, visitada e decidida pelo Tribunal de origem, resta evidenciado que os confrontos trazidos neste apelo estão devidamente prequestionados na Instância inferior.

4. Razões do pedido de reforma da decisão

4.1. Primeiro fundamento recursal (ofensa aos incisos XI e LVI do art. 5º da CF)

A denúncia narra, como terceiro fato, que, após apreender a droga no caminhão conduzido por Reinaldo Campanha, os policiais se deslocaram até a residência de Paulo Roberto de Lima, encontrando 04 invólucros plásticos, contendo substância entorpecente, no interior do veículo Ford Focus, imputando o Ministério Público a conduta de manter em depósito, "visando à comercialização".

A defesa questiona o procedimento adotado pelos agentes policiais, pois a busca realizada na residência de Paulo Roberto, analisando os fins e as circunstâncias fixadas nos autos, conduz à inadmissibilidade da prova, eis que obtida por meio ilícito, qual seja, a invasão do domicílio. Eis o texto da garantia constitucional (inc. XI, art. 5º, CR/88):

⁶ RE 334.279-7-PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, STF, j. em 15/06/2004.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito, ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

No presente caso coloca-se em confronto dois interesses legítimos e constitucionalmente tutelados: a liberdade individual e a persecução penal. Tais valores devem ser compatibilizados, o que somente se apresenta possível com um caso concreto, confrontando a norma constitucional com os atos praticados e documentados (auto de prisão em flagrante).

Um parêntese.

A característica de **peça informativa**, onde não são aplicáveis as garantias do contraditório e da ampla defesa, em relação ao **inquérito policial** - incluindo o auto de prisão em flagrante delito -, não abre espaço jurídico ao estado para agir em desconformidade com a Constituição e as leis. A garantia do **devido processo legal**, como cláusula elástica e amoldável apta a resistir ao arbítrio no exercício do poder, é aplicável ao inquérito policial, como limite à atuação do Estado, para evitar a transformação do cidadão em mero objeto, negando-se-lhe a condição de **sujeito de direito**. Contraditório e ampla defesa, garantias que não se confundem, antes se complementam em coexistência normativa, trazem em seu conteúdo a idéia de **participação anterior**, com **fundamento na liberdade** de todos perante a lei. A inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial não traduz uma posição de mera vantagem ao Estado - apesar de colocar o cidadão em desvantagem (legítima ou não): a) **devolve**, para o aparelho estatal, a **responsabilidade** e o ônus de agir

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

nos estritos limites das garantias individuais, de forma indisponível, sem margem para discricionariedades ou faculdades de escolha, pois a ausência de oportunidade do cidadão insurgir previamente imputa ao Estado a obrigação de executar os seus deveres funcionais conforme o **padrão de licitude constitucionalmente adotado**, sob pena de ser reconhecida, pelo Poder Judiciário, a **ilegitimidade** dos atos e omissões praticados, conforme a documentação oficial que dá suporte a eventual acusação penal; b) **difere**, para o âmbito da ação penal instaurada, a possibilidade de **amplo** questionamento da base empírica reunida no procedimento estatal, desde a investigação criminal, até a instrução probatória, ante a impossibilidade de participação prévia dos atos formalizados no inquérito policial, sob pena da defesa não ser considerada ampla, com plena oportunidade de debate e crítica total do acervo probatório.

Conclusão: se não é possível o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, é constitucionalmente desejável a **compatibilização jurídica** da peça informativa ao **devido processo legal**, como limitador do exercício do poder frente às garantias individuais que estão presentes desde o início da persecução penal - dentre elas a inviolabilidade do domicílio e a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos.

Fechemos o parêntese.

Antes de articular as digressões jurídicas inerentes à presente preliminar, cumpre fixar os fatos, com precisão. Vejamos alguns pontos.

1. Horário da prisão e Paulo Roberto e busca na sua residência. A prisão de Paulo Roberto e a busca empreendida em sua residência foram realizadas à noite.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

Confirma tal fato o depoimento de Reinaldo Campanha, na fl. 06 ("por volta das 19 horas [...], no Posto da Polícia Rodoviária Federal, foi parado por policiais) e de Paulo Roberto ("por volta das 19 horas e 30 minutos, policiais federais foram até a residência do interrogando e deram voz de prisão" - fl. 07). **A própria denúncia, fixa no seu início, o horário da apreensão da droga no caminhão, como sendo 19h, impondo como condição lógica que a prisão de Paulo Roberto e a busca na sua residência foram realizados no período noturno.**

2. Elementos do indício de autoria em relação a Paulo Roberto. O único indício de autoria que os policiais tinham no momento era a versão, ainda não oficial, supostamente declinada por Reinaldo Campanha no momento da sua prisão. Nada mais. Nenhum outro elemento fático, tais como depoimento, foto ou documentos que levassem a supor, de maneira fundada, a participação de Paulo Roberto no transporte da droga.

3. Objetivo dos policiais ao se deslocarem à residência de Paulo Roberto. Tomando por base empírica a suposta versão, ainda não documentada, do motorista do caminhão, os depoimentos dos próprios policiais esclarecem o **único objetivo** de se deslocarem para a residência de Paulo Roberto: "QUE então os policiais se dirigiram até a residência do segundo conduzido e deram voz de prisão ao mesmo"⁷; "QUE então a equipe partiu para a residência do segundo conduzido, onde fora dada voz de prisão a este"⁸; "QUE então a equipe partiu para a residência do segundo conduzido, onde fora dada voz de prisão a este"⁹. Se a única fonte de indício de autoria em relação a Paulo Roberto era a versão de Reinaldo, o único objetivo para o deslocamento dos policiais para a residência daquele foi a sua **prisão**. Conclusão: a realização da busca na

⁷ Depoimento do APF André Rocha Gonçalves, fl. 03.

⁸ Depoimento do APF Moacyr Guimarães Coelho, fl. 04.

⁹ Depoimento do Policial Militar Marcos Antônio Oliveira Firmino, fl. 05.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

residência de Paulo Roberto foi uma decisão dos próprios agentes, tomada sem qualquer base fática a legitimar tal ação.

Poder-se-ia argumentar que o fundamento busca reside no fato dos policiais noticiarem a existência de "balões de festa idênticos aos utilizados para acondicionar os invólucros encontrados no caminhão; QUE também foram encontrados sacos de linhagem idênticos ao encontrado no caminhão" (fl. 03, encontrando-se a mesma fala na fl. 04, 05 e 131). Ocorre que sobre tais objetos aponta-se **lacuna** nos autos de apresentação e apreensão (fls. 08/12). É no mínimo estranho que, ao realizar uma prisão, o agente de polícia depare-se com materiais que possivelmente podem representar vestígio ou indício de autoria, a fundamentar uma busca domiciliar, com invasão de domicílio, no período noturno, e deixe de apreender e apresentar o objeto à autoridade policial. Tratava-se, na realidade, à primeira vista e voltando às circunstâncias narradas pelos policiais, de uma **potencial parte do corpo do delito**, a ser examinado e periciado, posteriormente. Uma abordagem do auto de apresentação e apreensão será feita adiante, em cotejo com a lei.

Fica, desta forma, fixada a **situação fática da busca** empreendida pelos agentes da polícia federal: a) **não** está baseada em suposta versão oral de Reinaldo Campanha, **eis que nem mesmo do seu depoimento prestado no inquérito é possível inferir a suspeita de existência de droga na residência de Paulo Roberto**; b) não encontra base empírica nenhuma, eis que os objetos que teoricamente dariam suporte a um juízo de suspeita, ao ingresso dos policiais, no período noturno, não foram apreendidos, perdendo a existência jurídica necessária para fundamentar a invasão do domicílio.

A ação policial é dividida, assim, em dois elementos: a prisão de Paulo Roberto e a busca na residência

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO.1339
OAB/RO.1495

que, segundo a denúncia, teve como fruto a apreensão da droga no veículo do acusado.

Compatibilizando o inc. XI do art. 5º da CR/88 com os preceitos dos arts. 240 a 250 do CPP, tem-se que o domicílio pode ser violado legitimamente nas seguintes circunstâncias, para fins de persecução penal: a) em caso de flagrante delito, a qualquer hora; b) para executar ordem judicial, somente durante o dia. O problema é saber o que o legislador constituinte considera **flagrante delito**, para fins de legitimar a violação de domicílio.

Com enfoque na resolução do problema específico dos autos, a defesa concentrará a discussão apenas com relação à **legitimidade de busca domiciliar sem mandado no período noturno** (caso dos autos), abstraindo outras questões intrincadas relacionadas ao tema, tais como perseguição em flagrante que inicia no período diurno e adentra no período noturno, mandado de prisão com cláusulas restritivas, mandado de busca e apreensão cumulado ou não com prisão, ingresso da pessoa a ser presa em domicílio alheio, o conceito de casa, etc.

O trabalho de interpretação deve buscar um referente jurídico seguro para que a liberdade do cidadão não fique refém de subjetivismo e arbítrio, violando a segurança jurídica como valor genérico.

O Código de Processo Penal e a reflexão teórica principalmente sobre o tema das cautelares fornecem critérios para aferir, posteriormente, se a garantia da inviolabilidade do domicílio incide ou não no caso concreto. Ada Pelegrini Grinover, em estudo específico sobre o tema, fixa corretamente que a busca e apreensão é "**medida coercitiva, de natureza cautelar, cuja finalidade é a procura e eventual**

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

apossamento de elementos materiais que interessam à prova da infração penal e de sua autoria"¹⁰. Adiante, a autora esclarece quais são os requisitos genéricos do instituto: "sua determinação e realização subordinam-se à ocorrência, na situação concreta, dos pressupostos dessas medidas, ou seja, o perigo de frustração de seu objetivo, diante da demora (*periculum in mora*) e a razoável probabilidade de existência do direito que se pretende assegurar (*fumus boni juris*)"¹¹.

O Código de Processo Penal, no § 1º do art. 240, traduz a expressão *fumus boni juris* por fundadas razões, para a realização da busca domiciliar. A busca deve estar fundada em motivo objetivo, fático, concreto, materializável, por testemunha ou com objetos, tudo para legitimar a violação do domicílio (segundo o estudo da autora, "mais do que simples suspeita, é a convicção fundada de que, através da providência excepcional, será possível obter elementos materiais úteis ao esclarecimento dos fatos"¹².

A autora já citada expõe: "indispensável à legalidade dessas providências é a expedição de mandado; e tal mandado, que, segundo o CPP, podia ser expedido tanto pela autoridade policial como pela judiciária (art. 241), agora só pode ser judicial"¹³.

Este é o primeiro ponto específico da preliminar articulada no recurso de apelação: nas circunstâncias concretas, não haviam fundadas razões a justificar o ingresso na residência de Paulo Roberto com o objetivo de realizar busca domiciliar. O correto, na situação

¹⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini. Direito à prova: limites. Busca e apreensão no caso de flagrante delito. Impossibilidade de realização por particular. O *periculum in mora* e o *fumus boni juris*. Inobservância de formalidades. Conseqüências processuais, in A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, pp. 477-490, trecho citado, p. 479.

¹¹ *Idem*, p. 480; grifou-se.

¹² *Idem*, p. 481.

¹³ *Idem*, p. 481.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

em apreço, ainda que se prendesse Paulo Roberto - único objetivo do deslocamento para a sua residência - era a requisição de mandado judicial, instruindo o pedido com elementos concretos para a fundamentação da decisão judicial.

Mais uma vez, Ada Pelegrini Grinover estabelece uma importante diferença para a situação dos autos:

"À vista disso, pode-se afirmar, com apoio na lição de Tornaghi, que não se pode confundir a busca e apreensão com a simples investigação, pois a medida examinada tem clara conotação *cautelar*, o que implica a exigência de um juízo prévio sobre seus pressupostos; ainda que se trate de uma cognição superficial, dada a urgência que lhe é inerente, necessariamente há de resultar de dados colhidos previamente, que indiquem estar justificada a intromissão".

Dispondo somente de uma versão oral ainda não reduzida a termo, que dava base, na visão dos policiais, à prisão de Paulo Roberto, não sendo apreendidos os objetos materiais indicados pelos agentes, quando o poderiam, a conclusão inequívoca é pela completa ausência de fundadas razões para a realização da busca, sem mandado judicial, no período noturno, em que as pessoas da casa estavam recolhidas para repouso. A obtenção do mandado era a medida juridicamente correta a legitimar uma busca domiciliar, porque, mesmo neste caso, seria executada durante o dia, conforme determina a Constituição Federal.

Mesmo que se alegue **flagrante delito**, com fundamento na norma constitucional, a situação concreta dava suporte aos agentes - se é que a simples palavra sem documentação de uma pessoa pode determinar isso -, apenas e

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

tão-somente à prisão de Paulo Roberto, sem alimentar qualquer decisão com relação à busca domiciliar, no período noturno, sem mandado judicial.

Em que pese o registro no acórdão recorrido da desnecessidade, na situação, de obtenção do mandado judicial para empreender a busca domiciliar, as circunstâncias concretas não autorizavam a violação do domicílio do recorrente, quanto mais no período noturno, o que reclama maior cautela quando se decide por restringir a garantia constitucional.

Mesmo nos casos de flagrante delito, em que a Constituição excepciona a inviolabilidade domiciliar, é necessário atender a essa exigência, pois só a certeza subjetiva sobre situação de flagrância, e de que o morador está na posse de provas materiais que devem ser apreendidas, pode ensejar o ingresso na casa alheia.¹⁴

Não justifica a busca o fato de tratar-se de crime permanente, com base no art. 303 do CPP. Em sendo assim, ficaria aberta a possibilidade franca, genérica e sem limite de violação do domicílio de qualquer pessoa, no período noturno ou diurno, mediante simples alegação de investigação de crime considerado como permanente. Colocada a questão desta forma, esvaziada de conteúdo fica a garantia constitucional. Interpreta-se a lei conforme a Constituição e não o contrário.

O fato de tratar-se de crime permanente reforça o entendimento de que o mandado é necessário e adequado à situação. Não cessando o estado de flagrância, diminui o *periculum in mora* ou *libertatis*, bastando um monitoramento policial enquanto o mandado judicial é providenciado.

¹⁴ GRINOVER, *idem*, p. 484.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

Sem pretender esgotar a realidade com casuísmos, o que defesa postula é a adoção de critérios objetivos seguros para verificar, no caso concreto, a circunstância razoável que traz em si um conteúdo material mínimo, representante das fundadas razões indicadas na lei processual penal.

Para demonstrar que o procedimento policial não reuniu elementos materiais mínimos a justificar a busca domiciliar, faz-se necessário verificar os autos de apresentação e apreensão formalizados nas fls. 14/15 e 16/18.

O § 7º do art. 245 garante: "Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º". Analisando o título dos documentos, não se verifica a palavra "circunstanciado", apenas que estão sendo feitas as apresentações e apreensões.

Mas a lacuna não se restringe ao título, sendo verificável mesmo no conteúdo de tais documentos. Não é possível saber, por uma leitura isolada, a hora da diligência, a descrição pormenorizada do local, a cronologia dos atos praticados, as pessoas que se encontravam no domicílio, se houve resistência quando da realização da busca, a permissão ou negação para que as pessoas presentes no domicílio acompanhassem a diligência e porquê, os locais objeto da busca, o exato local em que a droga apreendida foi encontrada no veículo, o horário do encerramento da diligência, as testemunhas (terceiro desinteressado) presenciais e a entrega de uma via para os proprietários do imóvel, no caso específico a genitora do acusado Paulo Roberto, eis que é, também, titular da garantia constitucional.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

Tais circunstâncias, fundamentais para evitar a banalização de uma garantia individual, longe de caracterizar um excesso de formalismo, traduzem eficácia da norma constitucional e garantia até mesmo para os executores da diligência, eis que previne e define exatamente a responsabilidade nos âmbitos criminal, civil e administrativo dos servidores públicos.

Demonstrando que não se trata de pura ilação e exagero por parte da defesa, Ada Palegrini Grinover, citando Eduardo Espínola Filho, fixa com clareza a importância e necessidade do auto circunstanciado:

Finalmente, a lei processual também determina (art. 245 e parágrafos) o *modus procedendi* da diligência de busca e apreensão, estabelecendo a necessidade de leitura de mandado, a necessária presença dos moradores ou, em caso de ausência destes, de qualquer vizinho, e, principalmente, a lavratura de auto circunstanciado, que constitui a maior garantia de atendimento das prescrições legais. Como sublinhou Espínola Filho: "O fato de estar legalmente exigido que o auto seja circunstanciado indica que, pormenorizada, minuciosamente, se descrevam todas as ocorrências: como foi encontrada a casa, aposento ou compartimento; presença ou ausência do acusado, do dono ou morador, de parente, empregado, vizinho; se foi atendida a ordem, ou se houve dificuldades; se houve necessidade de arrombamentos externos ou internos, se houve prisões; se se efetuaram buscas pessoais, no curso da domiciliar; as coisas ou pessoas apreendidas, como e onde foram encontradas, se foram espontaneamente entregues, diante da intimação prévia para exibição da coisa

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

ou pessoa determinadamente procurada; a hora do início da diligência e a em que se findou.¹⁵

A ausência de tais formalidades coloca em **xeque** o procedimento adotado pela Polícia Federal, eis que permite apontar falta de realidade fática na lógica da busca domiciliar empreendida. Tal aspecto abrange, ainda, o mérito, embora com ele não se confundindo totalmente, o que será abordado adiante.

Diante disso, a prova colhida mediante busca domiciliar na residência de Paulo Roberto de Lima foi obtida por meio ilícito, qual seja, violação de domicílio, sem **fundadas razões**, não servindo de lastro a alegação de crime permanente, tendo em vista os indícios e o objetivo do deslocamento da equipe até o domicílio do acusado (apenas e tão-somente a prisão deste).

O Supremo Tribunal Federal já apreciou casos de questionamento da legitimidade de buscas domiciliares, registrando que não importa a gravidade dos delitos ou a complexidade das investigações, devendo o Estado observar as garantias individuais, sob pena de fulminar o material probatório produzido.

No caso do ex-Presidente Fernando Collor de Mello (AP 307-3, rel. Min. Ilmar Galvão), houve busca e apreensão domiciliar de micro computador, sendo a prova declarada ilícita, diante da invasão do domicílio, realizada por agentes da Polícia Federal. Eis o trecho da ementa pertinente:

¹⁵ *Idem*, p. 482.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

1.1. Inadmissibilidade, como prova, de laudos de gravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a gravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido gravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF).

No HC 90.376, rel. Min. Celso de Mello, estão bem claros os contornos jurídicos a serem obedecidos, tendo em vista a garantia da inviolabilidade do domicílio e a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito. Trata-se não apenas de um simples voto, pois, diante da didática utilizada, o que se observa é uma verdadeira aula de direito constitucional.

Diante do brilhantismo da citada decisão, imprescindível a transcrição integral daquilo que se poderia chamar de Magna Aula. Eis a ementa do aresto paradigma:

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5ª, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5ª, XI E CP, ART. 150, § 4ª, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5ª, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.

- Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5ª, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4ª, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes.

- Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5ª, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF).

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

- A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

- A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

- Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

- A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

- A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

- Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

- A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..

Sem lastro probatório indiciário mínimo sobre a razoável e fundada suspeita de que existe objeto material de crime a justificar a busca domiciliar, o procedimento policial perde a legitimidade e o produto da apreensão não pode ser considerado como prova. Em julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo a posição jurisprudencial sobre tema foi inequívoca:

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

PROVA - Obtenção por meio ilícito - Busca domiciliar efetuada durante repouso noturno sem a devida autorização legal, baseada exclusivamente em denúncia anônima - Fundada suspeita de ocorrência de flagrante delito não caracterizada - Falta de qualquer outro elemento comprobatório da materialidade do delito - Absolvição com fundamento no art. 386, II, do CPP decretada - Aplicação do art. 5º, XI, e LVI, da CF - Voto vencido.

A busca domiciliar efetuada durante o repouso noturno sem a devida autorização e baseada exclusivamente em denúncia anônima não se justifica, pois não caracterizada a fundada suspeita de ocorrência de flagrante. A prova assim obtida é ilícita e se a única a comprovar a materialidade do delito, impérios a absolvição do réu com fundamento no art. 386, II, do CPP.¹⁶

No caso dos autos, sequer denúncia anônima havia, apenas, insista-se, a "versão" ainda não-documentada de Reinaldo Campanha, acerca da autoria com relação à droga encontrada no caminhão, não mencionando, em nenhum momento, a respeito de entorpecente ou qualquer outro objeto ilícito em poder do acusado Paulo Roberto.

Levando em consideração as circunstâncias fáticas da ação policial e a ausência de formalidades básicas nos autos de apresentação e apreensão, principalmente o juntado nas fls. 16/18, a conclusão é de que houve a violação do domicílio de Paulo Roberto, mormente porque a "diligência" foi realizada no período noturno, sem fundadas razões para tanto, incidindo, em conjunto, os incs. XI e LVI do art. 5º da CF/88.

¹⁶ RT 670, 273-276, Ap 83.624-3 - 4ª C. - j. 3.12.90, Rel. Des. Dante Busana.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

E é exatamente isso que se tem no caso em análise, pois a decisão atacada apoiou-se exclusivamente em uma prova obtida por meio ilícito para fundamentar a confirmação da decisão penal condenatória proferida em primeiro grau.

Trata-se, portanto, de uma prova obtida de forma absolutamente ilícita por agentes estatais, ferindo direitos e garantias constitucionais e legais, contrariando expressivamente as normas positivadas do direito brasileiro.

Assim, em obediência e respeito ao dispositivo constitucional (art. 5º inciso LVI), o melhor caminho a ser trilhado é o desentranhamento da prova obtida ilicitamente (art. 157 do CPP - redação dada pela Lei n. 11.690/2008), determinando-se à Corte de origem a prolação de nova decisão, desta vez, sem considerar a prova inidônea. Caso contrário, **seja julgada a causa, aplicando o direito à espécie, nos termos do enunciado n. 456 do STF.**

4.2. Segundo fundamento recursal (ofensa direta ao texto constitucional - art. 5º, LV)

A abordagem deste último ponto tem por **finalidade principal exaurir o combate à fundamentação utilizada pelo Órgão Julgador** (1ª Câmara Especial do TJRO) para a prolatação do acórdão recorrido.

Por ter o acórdão recorrido se baseado unicamente em prova produzida na fase policial, diga-se de passagem, totalmente retificada em juízo, tem-se por caracterizada a ofensa ao princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV).

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

O trecho constante no acórdão de fls. 363/362 que demonstra, de modo inquestionável, a utilização de prova produzida no inquérito policial (fl. 12) para fundamentar a confirmação da sentença penal condenatória é o seguinte:

"Reinaldo também confessou que era a segunda vez que realizava o transporte de droga a mando de Paulo Roberto".

Não há nos autos nenhum outro elemento que possa sustentar tal informação, a qual consta apenas no interrogatório de Reinaldo Campanha na fase policial, produzido sem a presença de advogado, não tendo sido submetida ao contraditório. Não bastasse isso, em juízo, foi retificada.

A necessidade da confirmação, em juízo, da prova produzida na fase policial, para a prolação de uma decisão penal condenatória é inquestionável, sobretudo pelo fato de que na primeira fase (policial) não há contraditório e, muito menos, possibilidade do exercício da ampla defesa, direitos consagrados na CR de 1988.

Essa matéria já foi apreciada, analisada e julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, que firmou o seguinte posicionamento:

A condenação do apelante está baseada exclusivamente nas confissões dos co-réus e no depoimento de uma única testemunha, de conformidade com o apurado no inquérito policial. Nesse caso, conforme pontifica Magarinos Torres, 'Confissões e declarações extrajudiciais, ou referidos por testemunha, não valem senão como

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

indícios remotos'. É necessário, portanto, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a corroboração dessa prova em juízo:

[...] A Constituição Federal distingue processo e inquérito policial. O primeiro obedece ao princípio do contraditório. O segundo é inquisitorial. A prova idônea para arrimar sentença condenatória deverá ser produzida em juízo. Impossível invocar os elementos colhidos no inquérito, se não forem confirmados na instrução criminal.¹⁷

Simples elementos de inquérito policial, que não tenham passado pelo crivo do contraditório, não bastam à prolação do decreto condenatório.¹⁸

Os Destaques São Nossos.

Ainda sobre o tema em debate, o Pretório Excelso, ao apreciar a matéria, obviamente sob o aspecto constitucional, consolidou o seguinte posicionamento:

Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação.¹⁹

Grifo Nosso.

¹⁷ STJ - REsp n. 55.178/MG - Rel. Min. Félix Fischer - DJ 19.12.94.

¹⁸ TJSP - AP. 156.279 - TACrim/SP - Rel. Costa Mendes. No mesmo sentido: TJRO - Câmara Criminal - Apelação Criminal n. 100.021.1998.003758-3 - Rela. Desa. Zelite Andrade Carneiro - 16.6.05. AP. 165.733 - TACrim/SP - Rel. Gonçalves Sobrinho. JUTACrim/SP 70/319.

¹⁹ STF - RE 287658 - 1ª T - Rel. Min. Pertence - DJ 10.3.03.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

Com relação ao princípio do contraditório, cita-se, na oportunidade, Ada Pallegriani Grinover:

4. Contraditório e valoração das provas

Evidentemente, de nada serviria assegurar às partes o direito à prova, se o juiz pudesse deixar de apreciá-la e valorá-la, no momento do julgamento.

Por isso, todas as provas e alegações das partes, garantidas, como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio.

É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou da persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente deste. Por ele, como afirmamos, o juiz "forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos" (*Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 2d., São Paulo, 1982, p. 57).

E, entre nós, é categórico Barbosa Moreira:

"*Last but not least*, trata-se de garantir o direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. Essa prerrogativa deve entender-se ínsita n direito de ação, que não se restringe, segundo a concepção hoje prevalecente, à mera possibilidade de pôr em movimento o mecanismo judicial, mas inclui a de fazer valer razões em juízo de modo efetivo, e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidos aos autos" ("A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito" in *Temas de*

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

direito processual, Segunda Série, São Paulo, 1980, p. 88).²⁰

Um raciocínio sistemático correlaciona a prova e seu conteúdo ao princípio da **ampla defesa**, pois esta supõe a "**oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova**", "pelos meios e **elementos totais de alegações e provas** no tempo processual oportunizado na lei"²¹.

Pode-se aplicar ao caso, ainda, a inobservância à garantia do PROCEDIMENTO, sob pena de se descaracterizar o conceito de "fundamento decisório".

Procedimento é, portanto, nas democracias, instituto (direito-garantia processual) de impessoalização do referente lógico-jurídico probatório informador dos provimentos (decisões). O provimento, nas democracias, não tem causa justificadora na convicção ou talento do julgador, mas fundamento na estrutura formal (cartularizada) do procedimento. A sentença ou decisão há de ter seus fundamentos egressos da lógica procedimental formalizada e desenvolvida *compartilhadamente* pelos sujeitos do processo. Em Direito Processual democrático, a ausência dessa vinculação descaracteriza o conceito de *fundamento decisório* nas democracias a que alude o artigo 93, incisos IX e X da CR/88. As leis são balizadores hermenêuticos das decisões, mas processualmente os argumentos são, nas

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In *Novas tendências do direito processual*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pp. 31-32; grifou-se.

²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo - primeiros estudos*. 5ª ed., São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 104; grifou-se.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

democracias, inferentes (conceitos inferidos)
estrutura escritural do procedimento.²²

Diante disso, nota-se claramente a necessidade de reforma da decisão recorrida que se encontra apoiada apenas em prova produzida na fase policial, a qual, repita-se, não foi confirmada em juízo.

Enfim, o efeito jurídico da exclusão da prova ilícita remete necessariamente à declaração da absolvição do **recorrente** Paulo Roberto, pois, como já demonstrado, o que resta (prova produzida na fase policial - fl. 12 - retificada integralmente em juízo) não é suficiente para fundamentar decisão penal condenatória, por não traduzir eficácia jurídica, uma vez que não passou pelo crivo do contraditório, quando de sua produção, revelando-se, portanto, elemento inidôneo para fins de fundamentação.

Assim, ao prevalecer a decisão recorrida nos termos em que se encontra (fundada unicamente em prova produzida na fase policial), as garantias fundamentais (CF, art. 5º, LV) se resumem a nada, o que seria um retrocesso inconcebível e estarrecedor.

Antes de encerrar a abordagem da matéria é importante frisar que todos, absolutamente todos os pontos registrados e fixados na decisão recorrida, utilizados como fundamento pelo Órgão Julgador foram devidamente enfrentados e atacados, não havendo uma só fundamentação que não tenha sido debatida e questionada neste RE.

²² LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. Op. cit., p. 355.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

455

gla

Por fim, tem-se conclusivamente que este recurso extraordinário ataca de forma específica, abrangente e exaustiva todos os fundamentos adotados na decisão recorrida, o que afasta a aplicação da Súmula 283 do STF, por não restar nenhum outro fundamento suficiente, após, é claro, a exclusão da prova ilícita, capaz de apontar, com a precisão exigida em se tratando de persecução penal, a autoria delitiva em relação ao recorrente Paulo Roberto.

5. Pedido e suas especificações

Pelo exposto, estando preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos para a admissibilidade deste apelo extremo²³, bem como expressa a violação a dispositivo constitucional nos moldes indicados, postula seja o presente recurso **conhecido** e, ao final, **provido** para:

5.1. acolher a preliminar, **declarando-se a existência de repercussão geral das questões constitucionais debatidas neste RE;**

5.2. **reconhecer a violação ao texto constitucional** (art. 5º, inc. XI), para o fim de se **anular a prova obtida por meio ilícito**, determinando-se que seja **desentranhada dos autos** (arts. 5º, inc. LVI, da CF, e 157, do CPP - redação dada pela Lei n. 11.690/2008), remetendo o feito ao Órgão de origem (Primeira Câmara Especial do TJRO), para que profira nova decisão, **devendo ser desconsiderada a prova**

²³ Demonstração, em preliminar formal, de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no RE; tempestividade; legitimidade e interesse em recorrer; prequestionamento da matéria; fundamentação vinculada - requisito específico dos recursos extremos; cabimento do recurso - indicação e comprovação da violação ao texto constitucional; regularidade formal; e, regularidade procedimental.

ADVOGADOS

Janus Pantoja
Jeová Rodrigues

OAB/RO 1339
OAB/RO 1495

ilícita²⁴ para efeito de análise e fundamentação, abstraindo-a completamente do conjunto probatório junto com as demais provas dela derivadas²⁵ (*fruits of the poisonous tree*), que se encontram relacionadas com a prova ilegítima;

5.3. reconhecer cumulativamente a ofensa ao art. 5º, inc. LV, da CF, em virtude do acórdão recorrido se encontrar fundado unicamente em prova produzida na fase policial (fl. 12), não submetida, no momento de sua produção, ao contraditório, e totalmente retificada durante a instrução criminal, devendo, por conta disso, ser desconsiderada para fins de análise e fundamentação, sobretudo por tratar-se de elemento isolado nos autos, inexistindo outras provas hábeis à corroborá-lo; e,

5.4. caso contrário, **seja julgada a causa, aplicando o direito à espécie, nos termos do enunciado n. 456 do STF**, dando-se provimento ao presente RE, para reformar o acórdão de fls. 363/372, **declarando a absolvição** do recorrente **Paulo Roberto de Lima**, consoante a regra contida no artigo 386, inciso II, do CPP, ou ainda, de modo alternativo, na forma dos incisos IV ou VI, do mesmo dispositivo processual, mormente por ter sido proferida decisão penal condenatória com base unicamente em prova obtida de forma ilícita.

São os Termos em que,

Pede Deferimento.

Porto Velho/RO, 20 de março de 2009.

Jeová Rodrigues
OAB/RO 1495

²⁴ Aquela obtida em virtude da invasão do domicílio do recorrente Paulo Roberto (fls. 16/18).

²⁵ Todas as provas produzidas na fase policial, envolvendo a pessoa do recorrente Paulo Roberto, obtidas posteriormente e, por derivação da prova ilícita (fls. 20/21, 60/62 e 67).