

HABEAS CORPUS 2008.059.04669

AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DA VARA CRIMINAL

IMPETRANTE: xxxxxxxx

PACIENTE: xxxxxxxx

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. JURISDIÇÃO. TUTELA CAUTELAR. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. RESERVA CONSTITUCIONAL DE FUNÇÃO. INDEVIDA ATUAÇÃO “POLICIAL” DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. INEVITÁVEL INCAPACIDADE DE A AUTORIDADE JUDICIÁRIA CUMPRIR AS FUNÇÕES AFETADAS A ELA PELA CONSTITUIÇÃO QUANDO INDEVIDAMENTE SUBSTITUI A AUTORIDADE POLICIAL. POLICIAL MILITAR QUE NÃO ESTÁ LEGITIMADO A DEDUZIR EM JUÍZO PRETENSÃO CAUTELAR. AUDIÊNCIA PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPRESCINDÍVEL À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO. PRECARIEDADE DA DENÚNCIA ANÔNIMA REVELADORA DO PROPÓSITO SINGULAR DE CONTORNAR A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE ORDEM JUDICIAL, PRÉVIA E FUNDAMENTADA, PARA INGRESSO EM CASA ALHEIA. NÃO OBSTANTE A MANIFESTA INIDONEIDADE DO “EXPEDIENTE” DA POLÍCIA MILITAR, DÚVIDA SÉRIA, AINDA, SOBRE A

CRONOLOGIA DOS FATOS QUE SUPOSTAMENTE ESTARIAM A JUSTIFICAR A NÃO AUDIÊNCIA PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O CARÁTER EXCEPCIONAL DA MEDIDA CAUTELAR. PROVA ILÍCITA DE QUE DECORREM TODAS AS DEMAIS, CONTAMINANDO INTEGRALMENTE O PROCESSO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. *Habeas corpus* impetrado objetivando o reconhecimento da ilegalidade da prisão do paciente tendo em vista o manifesto desrespeito ao devido processo legal. Informação da autoridade apontada como coatora esclarecendo que policial militar “representou” fora do horário de expediente pela busca e apreensão na residência do paciente. Autoridade judiciária que sublinha o fato de a busca e apreensão ter sido deferida sem a audiência prévia do Ministério Público haja vista o adiantado da hora. Magistrada que acrescenta ter deferido a providência cautelar à vista de “fortes indícios da prática de crime pelo autor” (fls. 42). Informações complementares que revelam: a) que não havia “os fortes indícios” mencionados pela autoridade judiciária, sendo inadmissível a emissão de decreto de busca e apreensão com base no singelo expediente cuja cópia se encontra à fl. 72 dos autos deste *habeas corpus*; b) a impossibilidade de explicar o fato de a autoridade policial ter registrado o início da ocorrência às 18:00 h de uma quarta-feira, 02 de julho (fl. 14), quando ficou expressamente consignado que o policial militar teria despachado “após o término do

expediente forense” (fl. 37). Evidência de que os fatos não correspondem ao relatado. Múltiplas violações do devido processo legal que têm origem no fato de a autoridade judiciária, no lugar de fiscalizar a regularidade formal do procedimento, ter executado função própria de autoridade policial, malgrado não tenha atribuição para isso. Incompreensível contraste com as regras que: 1) não atribuem à polícia militar a condição de autoridade de polícia judiciária, nos crimes comuns, para representar por qualquer medida cautelar; 2) dispensa de investigação criminal prévia para aferição das “fundadas razões” a que expressamente se refere o §1º do artigo 240 do Código de Processo Penal, referindo-se ao substrato fático que permite a excepcional violação do domicílio do paciente; 3) incontornável substituição da mencionada base fática por denúncia anônima; 4) inexplicável iniciativa judicial em etapa de preparação para o exercício de ação penal, sem que o titular da ação penal tenha sequer sido consultado em dia comum de funcionamento de expediente forense. Neste contexto observa-se que da flagrante desobediência ao devido processo legal decorreu a ação da polícia militar, em invasão de atribuição, com apreensão de um projétil calibre .762, um saco plástico contendo erva seca picada, em estojo de pano contendo um comprimido de cor rosa, uma pedra de crack e dois tabletes de erva seca e prensada. Prova ilícita que não deveria ter sido admitida caso a autoridade judiciária cumprisse a sua função constitucional de tutela dos direitos fundamentais e preservação da ordem jurídica. Evidências que formaram a base material

da imputação deduzida em juízo e que, por constituírem prova ilícita, devem ser excluídas do processo, sem embargo da extinção deste mesmo processo, pois que a prova ilícita contaminou todas as demais. Ilegalidade manifesta que se declara e justifica a concessão da ordem em limites mais extensos do que aquele perseguido pelo impetrante.

ORDEM CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n.º. 2008.058.04669 em que é impetrante **xxxxxxx** e paciente **xxxxxxx**.

Acordam os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de julgamento realizada em 11 de setembro de 2008, por unanimidade de votos, em julgar procedente o pedido e, em consequência, **CONCEDER A ORDEM**, para declarar a nulidade do processo tendo em vista a ilicitude da diligência probatória original, expedindo-se alvará de soltura, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Presidiu a sessão o Desembargador Geraldo Prado. Participaram do julgamento o Desembargador Cairo Ítalo França David e a JDS. Desembargadora Rosa Helena Penna Macedo Guita.

Rio de Janeiro, 08 de outubro de 2008.

**DESEMBARGADOR GERALDO PRADO
RELATOR**

RELATÓRIO

xxxxxxx foi preso no dia 02 de julho de 2008, acusado da prática do crime de tráfico de drogas.

Alega a impetração que o paciente estaria sofrendo constrangimento decorrente da ilegalidade de sua prisão, efetivada por meio de mandado de busca e apreensão, expedido com afronta ao devido processo legal.

Narra a impetração que policiais militares teriam recebido a notícia de que o paciente estaria comercializando drogas em sua residência localizada na xxxxx, cidade de xxxxx. Ao chegarem ao local, o paciente não teria atendido ao chamado dos policiais.

Aduz que, por conta disso, determinado Tenente da Polícia Militar, não obstante estivesse de folga, teria entrado em contato com a autoridade apontada como coatora, por telefone, tendo esta expedido mandado de busca e apreensão (fl. 17).

De posse do referido mandado, os policiais retornaram à residência do paciente após às 20:00 horas, onde encontraram pequena quantidade de material entorpecente e um projétil de arma de fogo (fls. 18/20).

Instada a se manifestar, a autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 36/8, as quais dão conta de que o paciente está sendo processado, acusado da prática dos crimes definidos no artigo 33 da Lei 11.343/06 e artigo 16 da Lei 10.826/03.

Informou, ademais, que o mandado de busca e apreensão foi expedido à vista do relatório circunstanciado dos fatos apresentado pelo Sub-Chefe da P2 da Polícia Militar, Tenente xxxx (fl. 61) e, por conta do horário em que foi formulado o referido requerimento, foi dispensada a oitiva do Ministério Público (fl. 62).

Afirma que, malgrado as alegações da impetração, em momento algum a autoridade judiciária teria afirmado aos policiais que “poderiam comparecer

ao seu gabinete que lhes seria entregue um mandado de busca a apreensão”. Ao contrário, a autorização judicial somente foi expedida após a análise do relatório policial.

O Ministério Público apresentou parecer à fl. 65/6, da lavra da e. Procuradora de Justiça xxxxxx, no sentido da denegação da ordem. Malgrado tenha reconhecido a irregularidade no procedimento, aduz o Ministério Público de segundo grau que o paciente encontrava-se em flagrante delito.

Informações adicionais foram requeridas à digna autoridade judiciária apontada como coatora à fl. 68 e prestadas às fls. 70/2.

Em nova vista, a e. Procuradora de Justiça reiterou os termos do parecer de fls. 65/6.

VOTO

A ordem deve ser concedida.

O paciente foi preso em sua residência por policiais militares após a apresentação de mandado de busca e apreensão e a impetração sustenta a irregularidade do referido procedimento, tendo em vista o manifesto desrespeito ao devido processo legal.

A autoridade apontada como coatora, por sua vez, esclareceu que o policial militar “*representou*” fora do horário de expediente pela busca e apreensão na residência do paciente e, por conta do adiantar da hora, deferiu o requerimento sem a audiência prévia do Ministério Público.

A magistrada acrescentou, ainda, ter deferido a providência cautelar à vista de “*fortes indícios da prática de crime pelo autor*” (fl. 42).

Em que pesem as informações prestadas pela autoridade judiciária, não há como se contornar as múltiplas violações ao devido processo legal que têm origem no fato de a mencionada autoridade judiciária, no lugar de fiscalizar a

regularidade formal do procedimento, ter executado funções próprias de autoridade policial, malgrado não tenha atribuição para isso.

Com efeito, de acordo com a cópia da decisão que ordenou a busca e apreensão na residência do paciente (fl. 17), decisão esta que consta como tendo sido proferida em 02 de julho de 2008, sem a manifestação do Ministério Público tendo em vista o adiantar da hora, o que se tem é que a magistrada determinou na referida data que os policiais militares cumprissem uma ordem de busca e apreensão na residência do paciente.

O registro de ocorrência da diligência (fl. 39) aponta como o horário do início da referida diligência às 18:00 h (fl. 39, campo 05) e isso, embora não explicado pelas informações complementares, é fato de extraordinária gravidade.

Assim é porque, ou o Ministério Público não estava na comarca e não se pronunciou, ou a juíza decidiu fora do horário do expediente e o delegado errou, ou, ainda, ela decidiu dentro horário do expediente sem ouvir o Ministério Público.

Certo é que houve indevida atuação “policial” da autoridade judiciária pois que, invariavelmente, cumpriu funções que não lhes são afetas pela Constituição da República.

Releva notar, e não é novidade entre nós, que a Constituição da República consagra dentre os direitos e garantias individuais, a inviolabilidade de domicílio (artigo 5º, inciso XI), como fator de proteção à esfera de liberdade individual e a privacidade pessoal.

Esta é a regra posta pela Carta da República e que impede o ingresso de terceiros na casa, o asilo inviolável do indivíduo.

A exceção está prevista na própria norma constitucional ao taxativamente admitir o ingresso na casa de outrem diante de situação fática caracterizadora do estado de flagrante delito ou desastre ou com o escopo de prestar socorro. Admite-se, ainda, como decorrência lógica da própria vedação

constitucional, o ingresso mediante o consentimento de seu morador ou por determinação judicial, esta última, somente durante o dia.

Neste contexto se insere a busca e apreensão, instituto regulado pelo direito processual penal e que tem por escopo a tomada de alguma coisa ou pessoa, permitindo, dentre outras providências cautelares, o acesso ao domicílio de alguém, ainda que sem autorização de seu morador.

Há, portanto, regra constitucional que assegura a todos a inviolabilidade de seu domicílio e a exceção, pois, está disciplinada pela própria Constituição da República.

A execução da ordem de busca e apreensão reveste-se, assim, de limitações e formalidades que visam a preservar os direitos fundamentais de violações estatais e, em sendo a restrição de direitos fundamentais atividade exclusiva do Poder Judiciário, pois adstrita à **“chamada reserva de jurisdição”**, “apenas a autoridade judiciária pode determinar a realização da busca processual penal”¹.

Como se não bastasse, para que haja ordem de busca e apreensão a autoridade judiciária há de ser provocada pelo órgão constitucionalmente legitimado e sempre com a prévia audiência do Ministério Público, imprescindível à luz do sistema acusatório.

À polícia militar não é atribuída a condição de autoridade de polícia judiciária, nos crimes comuns, para representar por qualquer medida cautelar e nem ao juiz é deferido, diante do mencionado sistema, a prática de atos típicos da parte acusadora, dentre os quais se insere a expedição de ordem de busca e apreensão (artigo 242 do Código de Processo Penal)².

¹ Cleunice Bastos Pitombo. *Da Busca e Apreensão no Processo Penal*. 2ª Ed. RT, São Paulo 2005, p.186/7.

² Aury Lopes Jr. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Volume I. 3ª Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008. p. 69

O sistema acusatório, adotado pela Constituição da República, posiciona o magistrado como sujeito do conhecimento e destinatário da prova, sendo concebido como rigidamente separado das partes³.

E mais! Na lição de Aury Lopes Jr.⁴:

“O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria”.

E esta posição do magistrado torna-se ainda mais relevante na fase pré-processual, impondo-lhe a função de garantidor dos direitos fundamentais do investigado.

Neste passo, mais uma vez, verifica-se a inevitável incapacidade de a autoridade judiciária cumprir as funções afetas a ela pela Constituição quando indevidamente substituiu a autoridade policial e deixou de fiscalizar a regularidade formal do procedimento.

Trata-se em verdade daquilo que a doutrina denomina de ***utilitarismo processual*** e que, ainda nas palavras de Aury Lopes Jr.⁵, “está relacionado à idéia de combate a criminalidade a qualquer custo, a um processo penal mais célere e eficiente, no sentido de diminuir as garantias processuais do

³ Geraldo Prado. *Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2005. p. 141 e 153.

⁴ Aury Lopes Jr. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, 3ª Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p.163

⁵ Aury Lopes Jr. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, 3ª Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 23

cidadão em nome do interesse estatal de mais rapidamente apurar e apenar condutas”.

Como se não bastasse, o fundamento invocado pela autoridade apontada como coatora para deferir a providência cautelar, à vista de “fortes indícios da prática de crime pelo autor” (fls. 42), não caracteriza “*fundadas razões*” a que se refere expressamente o §1º do artigo 240 do Código de Processo Penal. Além disso, não se presta como substrato fático que permite a excepcional violação do domicílio do paciente.

HELIO TORNAGHI⁶ destaca, quanto ao instituto da busca e apreensão, a exigência da lei no sentido de que as “*fundadas razões*” encontrem fundamento em séria e grave suspeita em consonância ao que a “**autoridade judicial sabe, pelo que teme, pelo que deve prevenir ou remediar e não na realidade que só por meio de busca vai ser conhecida**”.

O ingresso não pode decorrer de um estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia. Ao revés, é necessário que fique demonstrada a fundada suspeita de que um crime esteja sendo praticado no interior da casa que se pretende ingressar, e que o ingresso seja justamente com o propósito de evitar que este crime se consuma.

FAUZI HASSAN CHOUKR⁷ leciona que “quando o §1º do art. 240 do Código de Processo Penal fala em ‘fundadas razões’, não se refere, por certo, à mera fumaça do bom direito, senão à razão (ou motivo) provável, ou seja, dotada de certo grau de credibilidade que justifique afastar as garantias constitucionais para se colher elementos capazes de alicerçar eventual ação penal”.

Neste ponto reside o limite da atuação estatal, cujos agentes e autoridades estão sujeitos à observância dos direitos e prerrogativas que assistem aos cidadãos em geral, como fator condicionante da legitimidade de suas condutas.

⁶ *Curso de Processo Penal*. Volume I. 10ª Ed. Saraiva. 1997. p. 471

⁷ *Código de Processo Penal. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. 2ª Ed. Lumen Juris. 2007. p. 422

CLEUNICE BASTOS PITOMBO⁸ reconhece que a medida cautelar de busca pode ser levada a efeito, seja na fase processual, como na fase pré-processual, não sendo imprescindível para a sua realização a existência de inquérito policial ou de ação penal em curso.

Nada obstante, alerta a mencionada autora que “os requisitos para se restringir direito fundamental – no caso a entrada em casa alheia – também são justificadores da instauração de inquérito”, porém, “é **intolerável que o resultado positivo da busca seja causa de início do inquérito policial**”. Por fim, conclui a autora que a inexistência de elementos para a instauração de investigação criminal implica, concomitantemente, na falta de requisitos para o ingresso em casa alheia.

Neste contexto, não há como substituir a base fática exigida para o deferimento de medida constritiva de direitos fundamentais pela denúncia anônima alegada pelo Tenente da Polícia Militar no formulário apresentado à autoridade apontada como coatora (fls. 61) cujo teor vale transcrever:

“Este comandante, após ter tomado conhecimento da possível prática de tráfico de entorpecentes por um jovem conhecido como xxxx “xxxx”, no Bairro xxxx, mais precisamente, na Rua xxxxx; o qual, em tese, fornece entorpecentes para os alunos da FESO, dentre outros, solicita a V. Ex^a. que seja expedido MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO em desfavor do nacional xxxxxx, no endereço citado acima.

Certo de poder contar com a colaboração desse juízo, elevo protesto de estima e distinta consideração”

É certo que a Constituição da República (artigo 5º, inciso IV) erigiu a livre manifestação de pensamento à categoria de direito fundamental, vedando, contudo, o anonimato.

⁸ Cleunice Bastos Pitombo. *Da Busca e Apreensão no Processo Penal*. 2ª Ed. RT, São Paulo. 2005, p.186

Por conta disso, aquele que exerce a liberdade de pensamento deve assumir a identidade das posições externadas, haja vista a hipótese de responder por eventuais danos causados a terceiros. O veto constitucional, portanto, busca impedir abusos no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, pois, ao se exigir a identidade de quem se vale desta prerrogativa político-jurídica, essencial à própria configuração do Estado Democrático de Direito, visa-se em última análise, a possibilitar que eventuais excessos sejam passíveis de responsabilização.

Assim é que, na lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES⁹ “a lei penal considera crime a denúncia caluniosa e a comunicação falsa de crime (Código Penal artigos 339 e 340), o que implica na exclusão do anonimato na *notitia criminis*, uma vez que é corolário dos preceitos legais citados, a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido no caso de atuar abusiva e ilicitamente.”

Em que pese o anonimato ter sido repudiado pelo constituinte originário, a verdade é que, em virtude da necessidade de se coibir a prática de infrações penais, os Tribunais Superiores vêm admitindo, **com reservas**, a instauração da persecução penal com base na denominada “denúncia anônima”.

Neste sentido, O MINISTRO CELSO DE MELLO, julgando o Inquérito nº 1957/PR, em 11 de maio de 2005 destacou que:

“Nada impede contudo que o Poder Público provocado por delação anônima (‘disque-denúncia’, p.ex) adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com prudência e descrição’, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da ‘persecutio criminis’, mantendo-se, assim,

⁹ *Elementos de Direito Processual Penal*, Volume 1, Editora Bookseller, p. 135.

completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas.”

Ocorre que, ainda que tolerável a “denúncia anônima” para a prática de atos iniciais de investigação pela autoridade policial, não deve ser admitida para embasar medidas limitadoras de direitos fundamentais.

Isto porque a “denúncia anônima”, isoladamente, não tem o condão de fornecer o lastro mínimo probatório aos expedientes acima mencionados, conforme a lição de CLEUNICE BASTOS PITOMBO.

No julgamento do *habeas corpus* n.º 84827, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 07 de agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão da denúncia anônima, em face do artigo 5º, inciso IV, da Constituição da República, decidiu que **“não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente”**.

A delação anônima, notadamente quando veicula supostas práticas delituosas, faz surgir situações de tensão entre valores essenciais igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, como se dá entre o direito à intimidade e privacidade e o direito à segurança.

Neste particular, reconhecendo a existência de conflitos entre interesses constitucionalmente protegidos na fase da persecução penal, FAUZI HASSAN CHOUKR¹⁰ dispõe que “nesse ponto é necessário evidenciar que a investigação criminal encerra, talvez, o dilema fundamental do processo penal, que é o equacionamento e balanceamento dos valores da segurança e liberdade.”

Diante do mencionado antagonismo, impõe-se como solução a invocação à supremacia da dignidade da pessoa humana em detrimento da tutela do interesse de prevenção e repressão do crime.

¹⁰ *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*, 3ª edição, Ed. Lumen Juris, p.08.

No mesmo sentido, KLAUS TIEDMANN¹¹ destaca que:

“assim sendo, uma vez que a verdade não pode ser investigada a qualquer preço, mas somente mediante preservação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do acusado, fica evidente mais uma vez a estreita ligação do Direito Processual Penal e o Direito Constitucional.”

A ordem constitucional, ao vedar o anonimato, visa preservar direitos da personalidade como a honra, a vida privada, a intimidade, a propriedade. A prática conhecida como “denúncia anônima” – *notitia criminis* feita por qualquer do povo sem identificação – por potencialmente expressar abusos, não pode servir para fundamentar direta e imediatamente qualquer ato formal seja do inquérito seja do processo.

A “denúncia anônima” como elemento apto a embasar o deferimento de medidas cautelares, bem como deflagrar a ação penal, deve ser veementemente combatida já no seu nascimento, uma vez que seria temerário submeter o cidadão a uma reprimenda em decorrência de informações advindas não se sabe de quem ou de onde!

Deve-se destacar, que a cautelar de busca e apreensão foi deferida com base exclusivamente em “denúncia anônima” feita à Polícia Militar, não existindo, na ocasião, qualquer outro elemento indicador da materialidade e autoria das infrações penais apontadas.

Desta forma, sabendo que para que haja a busca e apreensão são necessárias **fundadas razões** e que estas não são obtidas pela mera denúncia anônima, tem que na hipótese dos autos o expediente realizado está eivado de ilegalidade¹².

¹¹ Claus Roxin, Gunter Arzt, Kalus Tieddermann, *Introdução ao Direito Penal e Direito Processual Penal*, Ed. Del Rey, p. 154.

¹² *As Nulidades do Processo Penal*, 9ª edição, editora RT, São Paulo, p.193.

Diante do que se viu, afirma-se que o nosso ordenamento jurídico “tolera” a utilização da denúncia anônima para inaugurar a investigação criminal, ante à necessidade da colaboração dos cidadãos na perseguição e na apuração dos crimes.

Todavia, quando a referida delação anônima é utilizada para fundamentar medidas limitadoras de direitos fundamentais, indaga-se acerca da validade da medida realizada, bem como a validade das provas dela oriundas.

Não obstante a manifesta inidoneidade do “expediente” da polícia militar, há dúvida séria, ainda, sobre a cronologia dos fatos que supostamente estariam a justificar a não audiência prévia do Ministério Público.

Verifica-se que as informações complementares revelam, não apenas a inexistência de “fortes indícios”, mas, igualmente, a impossibilidade de a magistrada explicar o fato de a autoridade policial ter registrado o início da ocorrência às 18:00 h de uma quarta-feira, 02 de julho (fl. 14), quando ficou expressamente consignado que o policial militar teria despachado “após o término do expediente forense” (fl. 37).

A toda evidência, os fatos não correspondem ao relatado!

A transgressão pelo poder público da garantia constitucional estabelecida no artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República acaba por contaminar todas as demais provas que dela derivam e que por conta dela foram eventualmente obtidas.

Nesse sentido é o magistério de ADA PELLEGRINI GRINOVER¹³:

“a inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por

¹³ *Liberdades Públicas e Processo Penal – As interceptações telefônicas*. Ed. Saraiva. 1976. p. 189.

agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes ou fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil”.

Indo ao encontro do pensamento de **ADA PELLEGRINI GRINOVER**, o Supremo Tribunal Federal, julgando o *habeas corpus* 90.376-2, em voto da lavra do e. Ministro Celso de Mello, assim decidiu:

“Prova penal. BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, 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 (...) GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL (...) 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. (...) 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 ("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 conseqüência, 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 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..

Abstraída a prova ilicitamente colhida, qual seja, por força de prisão em flagrante levada a efeito em afronta ao princípio da inviolabilidade de domicílio e em invasão de atribuição de sua competência constitucionalmente delimitada, e aquelas provas que dela decorreram, não há elementos fáticos que autorizem a manutenção do processo condenatório.

Isto porque todas as provas que decorrem do atuar dos policiais, quais sejam, a apreensão de um projétil calibre .762, um saco plástico contendo erva seca picada, em estojo de pano contendo um comprimido de cor rosa, uma pedra de crack e dois tabletes de erva seca e prensada são fruto de ato eivado de nulidade e, portanto, estas provas são imprestáveis para a formação do livre convencimento motivado do magistrado.

Trata-se de prova ilícita e que não deveria ter sido admitida caso a autoridade judiciária cumprisse a sua função constitucional de tutela dos direitos fundamentais e preservação da ordem jurídica. Como evidências que formaram a base material da imputação deduzida em juízo e que, por constituírem prova ilícita devem ser excluídas do processo, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação inserida pela Lei 11.690/08, sem embargo da extinção deste mesmo processo, pois que a prova ilícita contaminou todas as demais.

Posto isto, voto no sentido de julgar procedente o pedido e **CONCEDER A ORDEM** para declarar a nulidade de todo o processo, tendo em vista a ilicitude da diligência probatória original, expedindo-se alvará de soltura.

Rio de Janeiro, 08 de outubro de 2008

DESEMBARGADOR GERALDO PRADO
RELATOR