

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Curso de Especialização em Processo Penal

**DO DIREITO FUNDAMENTAL DA INADMISSIBILIDADE,
NO PROCESSO PENAL DAS PROVAS OBTIDAS
POR MEIOS ILÍCITOS**

MARY-ANN DE CAMPÊLO PEREIRA

**Fortaleza-Ceará
2003**

MARY-ANN DE CAMPÊLO PEREIRA

**DO DIREITO FUNDAMENTAL DA INADMISSIBILIDADE,
NO PROCESSO PENAL DAS PROVAS OBTIDAS
POR MEIOS ILÍCITOS**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Processo Penal, sob a orientação da Professora Mestre Maria Magnólia Barbosa da Silva.

Fortaleza – Ceará

Julho de 2003

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO PENAL**

**DO DIREITO FUNDAMENTAL DA INADMISSIBILIDADE, NO PROCESSO
PENAL DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS**

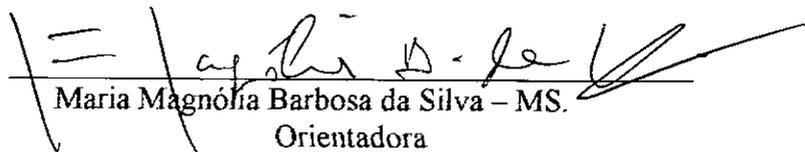
Monografia submetida à apreciação, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Especialista em Processo Penal, concedido pela Universidade Federal do Ceará/Escola Superior do Ministério Público.

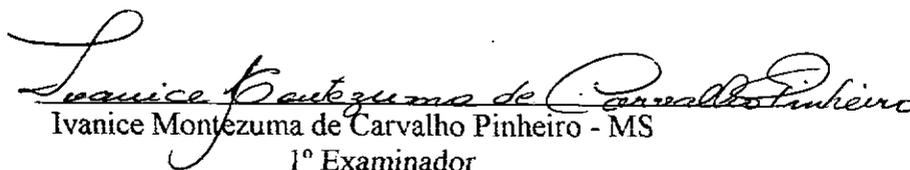
AUTORA: Mary-Ann Campêlo Pereira

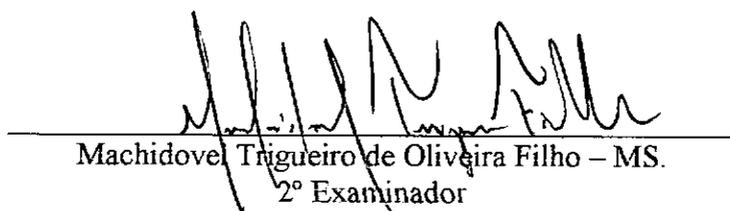
Monografia aprovada em: 20 de julho de 2003 .

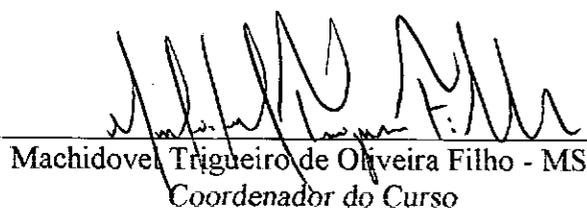
Nota 10,00 DEZ/03

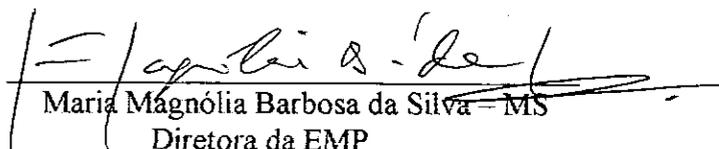
BANCA EXAMINADORA:


Maria Magnólia Barbosa da Silva - MS.
Orientadora


Ivanice Montezuma de Carvalho Pinheiro - MS
1º Examinador


Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho - MS.
2º Examinador


Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho - MS
Coordenador do Curso


Maria Magnólia Barbosa da Silva - MS
Diretora da EMP

Vejo os homens se diferenciarem pelas classes sociais e sei que nada as justifica a não ser pela violência. Sonho ser acessível e desejável para todos, uma vida simples e natural de corpo e de espírito.

Albert Einstein

Ao meu marido, Francisco Wexda Urbano Cavalcante,
pela colaboração e compreensão, possibilitando-me
tempo para que eu pudesse concluir este curso;

à minha filha, Clara de Campêlo Pereira Urbano
Cavalcante que, tantas vezes, impossibilitada do meu
convívio e assistência, soube entender a necessidade de
me dedicar aos estudos e ao trabalho,

dedico.

AGRADEÇO,

a Deus, por ter-me concedido o dom da vida e a capacidade para crescer pessoal e profissionalmente, colaborando significativamente para o bem-estar dos meus semelhantes;

à Direção e à Coordenação da Escola Superior do Ministério Público;

aos professores do Curso de Especialização em Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público, especialmente, à Professora Maria Magnólia Barbosa da Silva, minha orientadora, e à Professora Ivanice Montezuma de Carvalho Pinheiro.

SAMÁRIO

RESUMO.....	8
INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I - METODOLOGIA.....	12
CAPÍTULO II - DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA.....	14
2.1 Breve Histórico.....	14
2.2 Conceito e características.....	16
2.3 Direitos Fundamentais da Pessoa Humana na Constituição Brasileira de 1988.....	17
2.4 As sucessivas gerações dos Direitos Fundamentais.....	18
2.5 Conceituação.....	19
CAPÍTULO III - DIREITOS FUNDAMENTAIS, GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – IMPORTÂNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	22
3.1 As garantias institucionais.....	23
CAPÍTULO IV – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	26
4.1 Da proporcionalidade.....	27
CAPÍTULO V – INADMISSIBILIDADE NO PROCESSO DA PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS.....	31
5.1 Conseqüências da admissibilidade das provas ilícitas.....	33
5.2 Teoria da proporcionalidade e prova ilícita <i>pro reo</i>	37
5.3 Provas ilícitas por derivação.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42
ANEXOS.....	46

RESUMO

PEREIRA, Mary-Ann Campêlo Pereira. *Do Direito Fundamental da inadmissibilidade, no processo penal das provas obtidas por meios ilícitos*. Universidade Federal do Ceará/ Escola Superior do Ministério Público. Fortaleza – CE, março de 2003. Professora Orientadora Maria Magnólia Barbosa da Silva-MS (Diretora da Escola Superior do Ministério Público-EMP). Coordenador do Curso de Especialização em Processo Penal: Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho-MS.

O estudo aqui apresentado partiu da abordagem acerca da prova ilícita, aquela que é colhida em desacordo com as normas de direito material, configurando-se importante garantia à ação persecutória do Estado e, por isso, inadmissível sua coleta. Partimos do estudo da natureza do Direito Fundamental, que garante ao cidadão o instrumento necessário à manutenção de sua dignidade e preservação de sua intimidade, sem contudo trazer prejuízo à coletividade, tendo em vista que serão analisados os processos legais que conduziram à prova lícita e inadmissível no processo. O interesse pelo tema vem dos tempos em que se atuava como Defensora Pública, presenciando arbitrariedades às pessoas de classes menos favorecidas economicamente, tendo sua intimidade e privacidade invadidas, em busca de ilícitos penais por eles supostamente praticados. O objetivo geral do trabalho foi observar os Direitos Humanos Fundamentais, sua natureza jurídica inter-relacionando-se com a proteção à intimidade e à vida privada, e a prova obtida por meio ilícito, causando prejuízo ao indivíduo em sua integridade física, moral e psíquica, caso venha a conviver com a possibilidade de uma ‘*invasão*’ em sua vida íntima. Os objetivos específicos foram dar ênfase à evolução histórica, desde o tempo mais remoto até os dias de hoje, do direito brasileiro, e ao conceito justificado e moderno de Direito Fundamental com suas características e finalidades, dentro das mais atuais versões do Direito Constitucional, tendo por base a discussão sobre o exercício e prática dos direitos e garantias fundamentais destacando-se a natureza jurídica dos institutos e abordar a atuação do Ministério Público na defesa dos Direitos Humanos Fundamentais, analisando os sistemas de proteção, seus instrumentos normativos, proporcionais e institucionais, o princípio de proporcionalidade e o direito à intimidade *versus* direito de defesa. O trabalho também enunciou as características dos Direitos Humanos Fundamentais e, por fim, reportou-se ao necessário sigilo de correspondência e comunicação, à possibilidade de interceptação telefônica, à prova ilícita propriamente dita e à possível condição dessas provas, e mais, às provas derivadas das provas ilícitas.

INTRODUÇÃO

Com a redemocratização do país e o advento da Constituição de 1988, os direitos e garantias fundamentais do cidadão surgiram forte interesse e fizeram despertar a sua importância para o indivíduo; a censura, a proteção à vida privada, a intimidade, a moral deram lugar para discussões mais subjetivas, o brasileiro passou a olhar mais para dentro de si e se valorizar. A pessoa, o indivíduo, passa a ter destaque no sistema jurídico, como mantedora da dignidade e reserva pessoal.

A prova obtida, por meio ilícito, não pode ser admitida no processo penal, é pois um direito fundamental previsto no art. 5, inciso LVI da Carta Magna de 1988.

A prova ilícita é entendida como aquela que é colhida em desacordo com as normas de direito material, configurando-se importante garantia à ação persecutória do Estado e, por isso, inadmissível sua coleta.

O estudo aqui apresentado partiu dessa abordagem, em busca encontrar a natureza do Direito Fundamental, que garante ao cidadão o instrumento necessário à manutenção de sua dignidade e preservação de sua intimidade, sem contudo trazer prejuízo à coletividade, tendo em vista que serão analisados os processos legais que conduziram à prova lícita e admissível no processo.

O interesse pelo tema vem dos tempos em que atuava como Defensora Pública presenciando arbitrariedades às pessoas de classes menos favorecidas economicamente, tendo sua intimidade e privacidade invadida em busca de ilícitos penais por eles supostamente praticados.

O prazer de estudar o assunto motivou-nos a escolher as provas ilícitas como objeto de nosso estudo e tão grande é o nosso interesse pela temática referida que, na qualidade de Promotora de Justiça, procuramos sempre dar o destaque aos Direitos Fundamentais, principalmente aqueles referentes à preservação de privacidade, de intimidade, por nos dedicarmos à defesa da integridade física, psíquica e moral do cidadão.

Estando o tema ligado à Constituição de 1988, em suas ações sempre fizemos o questionamento com base na Carta Maior, como forma de dar maior fundamentação jurídica à preleção processual, e por isso procuro jurisprudências sobre o assunto.

O desenvolvimento desta pesquisa é relevante e significativo porque oferece ao indivíduo subsídios jurídico-sociais para melhor compreensão do significado do termo *Prova Ilícita*. Revela-se oportuno o estudo da temática proposta, pois o país passa por reformas, apresentando o indivíduo como núcleo dos direitos e garantias constitucionais, o que possibilitará imediata aplicação dos resultados dessa investigação.

A pesquisa que desenvolvemos teve caráter teórico e prático, propondo ampliar generalizações explorar dogmáticas mais amplas, auxiliadas pela estruturação de sistemas e modelos teóricos, observando fatos concretos com o intuito de defender uma nova hipótese. Para alcançar tal objetivo está previsto empregar atividade de análise e síntese sobre o tema.

Portanto, foram considerados questionamentos para que se fizesse escolha do objeto da pesquisa.

1. O que é direito fundamental?
2. Qual a importância do direito fundamental no sistema jurídico, como garantia da inadmissibilidade, no processo penal, de prova obtida por meio ilícito?

A presente pesquisa se destina ao estudo da ordem jurídica constitucional, na busca dos conceitos teóricos e fatos concretos que envolvem os direitos à intimidade e à vida privada, enfatizando-se a importância do direito à intimidade e à proteção de vida privada, a partir da verificação de problemas apresentados até se chegar à prova obtida por meio ilícito concluindo-se pela sua inadmissibilidade, no processo penal.

Apresentamos como objetivo geral do trabalho a observação dos pontos sobre Direitos Humanos Fundamentais, sua natureza jurídica inter-relacionando-se com a proteção à intimidade e à vida privada e a prova obtida por meio ilícito, causando prejuízo ao indivíduo em sua integridade física e moral e psíquica, caso venha a conviver com a possibilidade de uma ‘invasão’ em sua vida íntima.

Nesse sentido, o nosso primeiro objetivo específico foi dar ênfase à evolução histórica, desde o tempo mais remoto até os dias de hoje, do direito brasileiro, e ao conceito justificado

e moderno de Direito Fundamental com suas características e finalidades, dentro das mais atuais versões do Direito Constitucional, tendo por base discussão sobre exercício e prática dos direitos e garantias fundamentais destacando-se a natureza jurídica dos institutos.

Outro objetivo específico da pesquisa foi abordar a atuação do Ministério Público na defesa dos Direitos Humanos Fundamentais, Ainda abordando os sistemas de proteção, seus instrumentos normativos, proporcionais e institucionais. O princípio de proporcionalidade e o direito à intimidade versus direito de defesa.

O trabalho também enunciou as características dos Direitos Humanos Fundamentais e, por fim, reportando-se ao necessário sigilo de correspondência e comunicação, à possibilidade de interceptação telefônica, à prova ilícita propriamente dita e à possível condição dessas provas, e mais, às provas derivadas das provas ilícitas.

CAPÍTULO 1

METODOLOGIA

Para chegar às conclusões que o tema sugere, foi necessário, primeiramente, que se fizesse um estudo teórico acerca dos Direitos Fundamentais, dos direitos à intimidade e à vida privada, além de um estudo de todos os direitos envolvidos, direta ou indiretamente.

Em uma segunda abordagem, relatamos a evolução histórica desses direitos, no Brasil e no mundo, considerando-se a sua natureza jurídica. Esse estudo teve como objetivo servir de base e auxílio para o entendimento do tema e desenvolvimento de hipótese por ele sugerida, que enseja uma grande complexidade.

O primeiro passo dado referiu-se ao levantamento bibliográfico, considerando as palavras de Ruiz (1996), segundo o qual

qualquer espécie de pesquisa, em qualquer área, supõe e exige pesquisa bibliográfica prévia que, à maneira de atividade exploratória, quer para o estabelecimento do 'status quaestions', quer para justificar os objetivos e contribuições da própria pesquisa.¹

Para que o pesquisador possa desenvolver aprofundadamente o seu tema, mister se faz a reunião de diversos autores que já desenvolveram trabalhos sobre o tema. Nesta procura bibliográfica, levamos em conta as diferentes teses acerca da apresentação de prova ilícita em um processo, para que seja possível a comparação e a discussão a seu respeito, visando enriquecer o conteúdo do trabalho.

Em seguida, desenvolveu-se um plano de leitura e preparou-se a forma de

¹ RUIZ, João Álvaro. Metodologia Científica: Guia para eficiência dos estudos. 25.ed. São Paulo: Atlas, 1986.

documentação do acervo de texto. Essas duas ações foram decisivas para esclarecimento e demonstração do problema escolhido como tema.

O plano de estudo delimitou a análise das fontes bibliográficas acerca do tema e do objeto de pesquisa. Todo esse manuseio e leitura foram documentados, com o propósito de arquivar o material a ser utilizado como obra, para desenvolver a discussão sobre o objeto da pesquisa. Tudo o que foi encontrado nas obras mais específicas, até mesmo nas obras mais gerais, foi documentado através de fichas, e elaboradas as próprias sínteses, deduções e comentários.

Depois de observada a bibliografia e tendo em mãos os fichamentos com documentação bibliográfica, organizou-se a estrutura do texto. Nessa fase, foram confirmados os tópicos a serem desenvolvidos que, depois de esquematizados, serviram de base para o desenvolvimento do trabalho.

O desenvolvimento do assunto e a digitação do texto, hoje em dia realizáveis concomitantemente, graças aos benefícios da informática, foi a penúltima e, certamente, a parte mais importante fase do trabalho, pois diz respeito à redação final. Nessa fase, a pesquisadora desenvolveu o conteúdo da pesquisa, com auxílio do esquema e de toda a malha bibliográfica acumulada. Deve-se entender como conteúdo, o substrato ideológico, a articulação e a estrutura lógica do texto. Aqui, foram considerados os aspectos técnicos de redação, como grafia, pontuação, paginação, destaque de títulos e subtítulos e itens, notas de rodapé, organização do sumário e tudo o que concorreu para a excelência da aparência física do texto.

CAPÍTULO 2

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

2.1 Breve Histórico

HAMURABI (cronologia controversa 1792, 1750, 1728 ou 1686 a C) foi rei da Babilônia e, depois de unificar os seis estados rivais que disputavam a hegemonia naquela região, fundou o império Babilônico.

O grande império Babilônico submeteu os sumérios, acádios e os assírios. Para governar povos tão diferentes, HAMURABI fez editar o primeiro código escrito de leis de que se tem notícia o CÓDIGO DE HAMURABI. Esse código foi gravado numa Stela de basalto negro, por volta do século XVIII a. C., Stela esta encontrada em Susa, entre 191 e 1902, e hoje se encontra no museu do Louvre, em Paris.

O CÓDIGO DE HAMURABI defendia, basicamente, o direito de propriedade, e também contemplava a honra, a dignidade, a família e a supremacia das leis, em relação aos governantes. Embora contivesse dispositivos que continuam aceitos até hoje, como a Teoria da Imprevisão, fundava-se sobretudo no princípio de Talião: *olho por olho e dente por dente*. Previa, portanto, castigos desumanos como o afogamento, o empalamento e o arrancamento da língua e outras partes do corpo, por exemplo.

À partir desse primeiro código, instituições sociais como a religião e a democracia, ou concepções como a filosofia, contribuíram para humanizar os sistemas legais. Assim, é que os gregos defenderam a existência de um Direito Natural anterior e superior às leis escritas, e os romanos editaram a Lei das Doze Tábuas, considerada no mundo ocidental como sendo o primeiro conjunto de leis consagradoras da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos dos cidadãos.

Bem mais tarde, a junção dos princípios religiosos do cristianismo com os ideais libertários da Revolução Francesa deram origem à Declaração Universal dos Direitos do

Homem, assinada em Paris em 10/12/1948. Ela representa a primeira tentativa da humanidade de estabelecer parâmetros humanitários válidos universalmente para todos os homens, independentes de raça, sexo, poder, língua, crença, opinião política, etc, e foi adotada e proclamada pela Resolução no. 217 da Organização das Nações Unidas. O Brasil assinou esta declaração na mesma data da sua adoção e proclamação.

O filósofo italiano Norberto Bobbio (1992) sustenta, entretanto, que não existem quaisquer 'Direitos Naturais' ou 'Fundamentais', aos quais o homem faça jus por sua simples condição de ser humano. Defende, antes, que os Direitos Humanos são conquistas resultantes de longas e, por vezes, sangrentas lutas dos homens contra as várias formas de opressão, conquistas estas legitimadas depois pelos legisladores, pelos tribunais e pelos juristas. Bobbio (*op. cit.*) defende também que a cada direito conquistado corresponde a perda de poder de um determinado segmento da sociedade, que se mantinha naquela posição, pelo exercício da opressão.

Assim, é que o direito à liberdade religiosa implicou na perda do poder da Igreja de impor a sua fé e o enfraquecimento do Absolutismo permitiu a transformação dos súditos em cidadãos, que lutaram pela proteção dos seus direitos de cidadania. Daí, se conclui que os Direitos Humanos são conquistas da civilização e que, portanto, uma sociedade é tanto mais civilizada quanto mais os Direitos Humanos são nela protegidos e respeitados.

A maior parte das constituições modernas, inclusive a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, espelha-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Mas isto não significa dizer que as sociedades que se regem por cartas magnas que rezam pelos cânones da Declaração Universal de 1948 sejam necessariamente sociedades democráticas de fato, vivendo em um legítimo Estado de Direito. Muito pelo contrário, o que se observa é que os Direitos Humanos só são protegidos, respeitados e efetivados, verdadeiramente, nas sociedades em que os cidadãos permanecem vigilantes e participantes, sem delegar apenas ao Estado a proteção e a aplicação desses direitos. Isto significa dizer que a cidadania é uma via de mão dupla na qual os cidadãos têm direitos, porque os conquistaram. Da mesma forma, eles também têm deveres em relação aos seus semelhantes, entre os quais o de permanecerem vigilantes e participantes, construindo conscientemente sua história individual e coletiva, numa perspectiva que considere inclusive as gerações futuras.

2.2 Conceito e Características

O conjunto dos Direitos Humanos Fundamentais visa garantir ao ser humano, entre outros, o respeito a o seu direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade; bem como ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. Eles garantem a não ingerência do Estado na esfera individual e consagram a dignidade humana. Sua proteção deve ser reconhecida positivamente pelos ordenamentos Jurídicos nacionais e internacionais.

As principais características dos Direitos Fundamentais são:

- Imprescritibilidade os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso de prazo. Eles são permanentes;
- Inalienabilidade: não se transferem de uma para outra pessoa os Direitos Fundamentais, seja gratuitamente, seja mediante pagamento;
- Irrenunciabilidade: os direitos humanos fundamentais não são renunciáveis. Não se pode exigir de ninguém que renuncie à vida (não se pode pedir a um doente terminal que aceite a eutanásia, por exemplo) ou à liberdade (não se pode pedir a alguém que vá para a prisão no lugar de outro) em favor de outra pessoa.
- Inviolabilidade: nenhuma lei infraconstitucional e nenhuma autoridade pode desrespeitar os Direitos Fundamentais de outrem, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- Universalidade: os Direitos Fundamentais aplicam-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;
- Efetividade: o Poder Público deve atuar de modo a garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, usando inclusive mecanismos coercitivos quando necessário; porque esses direitos não se satisfazem com o simples reconhecimento abstrato;
- Interdependência: as várias previsões constitucionais e infraconstitucionais não podem se chocar com os Direitos Fundamentais. Muito pelo contrário, devem

se relacionar entre si de modo a atingirem suas finalidades;

- Complementaridade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta, com a finalidade da sua plena realização.

2.3 Direitos Fundamentais da Pessoa Humana na Constituição Brasileira de 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos:

- Direitos individuais e coletivos;
- Direitos sociais;
- Nacionalidade;
- Direitos políticos;
- Partidos políticos.

A classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu, portanto, cinco espécies ao gêneros, direitos e garantias fundamentais:

1. Direitos individuais e coletivos - correspondem àqueles direitos ligados diretamente ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como os direitos à vida, igualdade, segurança, dignidade, honra, liberdade e propriedade. Eles estão previstos basicamente no artigo 5º e seus incisos.
2. Direitos sociais - São as liberdades positivas dos indivíduos, que devem ser garantidas pelo Estado Social de Direito. São basicamente direito à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados.

Têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, de forma que possa se concretizar a igualdade social que é um dos fundamentos do

Estado Democrático brasileiro. Os direitos sociais estão elencados a partir do artigo 6º .

3. Direitos de nacionalidade - Nacionalidade é o *vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos;*
4. Direitos políticos - São direitos públicos subjetivos que permitem ao indivíduo exercer sua cidadania participando de forma ativa nos negócios políticos do Estado.. A constituição regulamenta os direitos políticos no artigo 14.
5. Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos - Regulamentados no artigo 17, a constituição garante a autonomia e a plena liberdade dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado Democrático de Direito.

2.4 As Sucessivas Gerações dos Direitos Fundamentais

Baseando-se na ordem histórico-cronológica do seu surgimento, vários autores estabelecem sucessivas gerações para os Direitos Humanos, que podemos resumir da seguinte forma:

1. Seriam da primeira geração os Direitos da Liberdade: liberdade religiosa, liberdade política, liberdades civis clássicas como o direito à vida, à segurança, etc.
2. De segunda geração seriam os Direitos da Igualdade: proteção do trabalho contra o desemprego; direito de instrução contra o analfabetismo; assistência para a invalidez e a velhice; direito à saúde, ao lazer e à cultura, etc.
3. De terceira geração seriam os Direitos da Fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, etc.

4 De quarta geração seriam os Direitos da Responsabilidade: promoção e manutenção da paz, promoção e manutenção da Autodeterminação dos Povos, promoção da Ética da Vida, defendida pela Bioética, e outros, bem como os direitos difusos.

2.5 Conceituação

A expressão Direitos Fundamentais do homem designa um conjunto de prerrogativas fundamentais importantes para todos os seres humanos, cujo principal escopo é assegurar uma convivência social digna e livre de privações.

Os Direitos Fundamentais distinguem-se dos demais pelas seguintes características: 1. Universais, 2. Morais; 3. Fundamentais; 4. Preferenciais; 5 Abstratos.

1. Dos Direitos Universais:

Tais direitos não são apenas comuns a todos os cidadãos de uma determinada unidade política. Estendendo seu significado superior de boa convivência e de bem-estar por toda a Terra como um objetivo que a humanidade pretende concretizar, os Direitos Fundamentais consistem numa categoria especial de obrigações que encontram sua síntese na solidariedade entre os homens e que se traduzem no exercício de direitos possuídos de um sentido universalmente significativo, trata dos direitos do homem como idéia universal.

E, devido ao seu sentido universal, o conteúdo dos direitos humanos adquire um valor e reconhecimento que formalizam princípios que são ordinários a todos os povos do mundo, pois todos os homens devem ter iguais direitos, especialmente no que se refere à igualdade de oportunidades, de obtenção de uma boa qualidade de vida e de tratamento fraterno e não discriminativo

2. Dos Direitos Morais

A segunda característica essencial dos Direitos Fundamentais é que eles são direitos morais. Ao contrário do conceito de direito jurídico-positivo, que nascem como todas as normas do direito positivo, por atos de disposição de vontade, advindo daí a garantia de sua eficácia, os direitos morais, que podem ser jurídico-positivos, não dependem de posituação

para sua validade, posto que nasce de um anseio moral do homem, e sua validade encontra respaldo na própria consciência social.

Os Direitos Fundamentais do homem representam, na verdade, situações reconhecidas juridicamente sem as quais o homem é incapaz de alcançar sua própria realização e desenvolvimento plenamente. Como resultado da luta dos homens por um direito ideal, justo e humano, os Direitos Fundamentais foram e vão sendo aperfeiçoados e estendidos ao longo do tempo, e sua evolução acompanha a história da humanidade.

É em função desta sua qualidade evolutiva na busca por um direito ideal, justo e humano, que se pode afirmar que tais direitos indicam e exprimem a necessidade de verificar a solidariedade entre os homens, a cooperação em cada e em todos os relacionamentos humanos, expressões da vida em comunidade. Por outras palavras, isso quer dizer que a realidade dos Direitos Fundamentais à existência dos homens, sob a ótica do idealizado pela ética moral de vida vigorante, só pode ser concretizada com o reconhecimento do dever de solidariedade.

3. Dos Direitos Preferenciais

Apesar do caráter moral dos direitos do homem estão eles intimamente ligados com o direito, posto que se existe um direito moral, fundamental perante cada um, por exemplo, o direito à vida, devendo, também, existir um mecanismo que garanta à concretização deste juízo, ou seja, o Estado.

Assim considerados, sob a luz do entendimento da cooperação e da solidariedade entre os homens, os Direitos Fundamentais designam, portanto, direitos que se erguem constantemente diante do poder estatal, limitando a ação do Estado. Por isso, pode-se afirmar que os Direitos Fundamentais têm como fonte a vontade soberana de cada povo, quando transportada a questão para o âmbito interno de cada país.

No entanto, deve-se dizer que os Direitos Fundamentais não são estabelecidos pelas constituições políticas, as quais apenas os certificam, declaram e garantem, já que sua realidade é relativamente anterior à formalização da existência do Estado, porquanto aqueles direitos encontram sustentação na vontade soberana do povo. Expressando a unidade política de um povo, frente a outros povos, o Estado, que é um simples instrumento a serviço da coletividade, tem, no mínimo, o dever de respeitar os Direitos Fundamentais erguidos pelos

homens que integram a população de um país e, conseqüentemente, de proporcionar as condições para o seu exercício.

Diante disto, os direitos do homem estão relacionado necessariamente, com o direito positivo, ressaltada a total prioridade que pode até mesmo ser argüida contra o próprio Estado, seu ente garantidor, ta! é sua dimensão no mundo jurídico, essa prioridade necessária é a terceira marca definidora dos direitos do homem.

4. Dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais do homem retraíam, em primeiro lugar, interesses e carências que em geral podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito, com ou sem reserva expressa. Não são propriamente direitos individuais, mas que pertençam a uma ordem moral de vida entre os homens que, descoberta como imprescindível à vida em comunidade, vem evoluindo com a história da humanidade e adquirindo força convicta de verdade.

Os Direitos Fundamentais do homem estabelecem faculdades da pessoa humana que permitem sua breve classificação do seguinte modo: 1) os direitos de liberdade, como por exemplo, a liberdade de consciência, de propriedade, de manifestação do pensamento, de associação, etc.; 2) os direitos de participação política, tais como a igualdade de sufrágio, o direito de voto e de elegibilidade, o direito de petição, entre outros; 3) os direitos sociais, que abrangem os direitos de natureza econômica, como por exemplo, o direito ao trabalho, de assistência à saúde, à educação, etc.; 4) os direitos chamados de quarta geração, por exemplo, o direito à preservação do meio ambiente e à qualidade de vida.

5. Dos Direitos Abstratos

A quinta marca característica dos direitos do homem é que neles se trata de direitos abstratos. Observa-se aqui a necessidade de limitação ou restrição desse direito por outros de cunho social ou coletivo. O Estado é fundamental não só como instância de concretização mas também como instância de decisão para a realização dos direitos do homem.

Enfim, os princípios do direito universal pertencem a uma ética de vida, a uma ordem moral de vida entre os homens, que os descobrem, aperfeiçoam e nesta moral os transformam, dando-lhes convicção de acordo com a sua própria experiência em busca do ideal.

CAPÍTULO 3

DIREITOS FUNDAMENTAIS, GARANTIAS CONSTITUCIONAIS IMPORTÂNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para Moraes (2000) os institutos de direitos fundamentam-se nas garantias constitucionais e remédios constitucionais se relacionam intimamente têm como base fundamental o que diz o artigo 5º incise XXXV da Constituição Federal: *a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito.*

A cada direito fundamental corresponde uma garantia constitucional que o assegura e toda garantia constitucional corresponde a um remédio constitucional que o torna eficaz

Rui Barbosa (*apud* Moraes, 2000) separa as disposições meramente declaratórias como sendo aquelas que dão existência legal aos direitos reconhecidos e as disposições assecuratórias aquelas que, em defesa dos direitos, limitam o poder.

As disposições declaratórias instituem os direitos, dão a hipótese normativa da conduta, enquanto as disposições assecuratórias criam garantias, podendo estar ambas as disposições na mesma norma constitucional legal.

Para Canotilho (1995), *As garantias são também direitos, embora se apresentem nas garantias o caráter instrumental de proteção aos direitos.*

As garantias se apresentam tanto no direito dos indivíduos quando exigem dos poderes públicos a proteção de seus direitos como no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade. Como, por exemplo, o direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, direito de *Habeas Corpus*.

Para Miranda (1990), os direitos representam certos bens, as garantias asseguram a fruição desses. Os direitos são principais, as garantias são acessórios e, muitas delas, adjetivos (mesmo que possam ser objetos de um regime constitucional substantivo).

Os direitos ocasionam a realização das pessoas e inserem-se direta e indiretamente,

por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos, na concepção do direito natural inicial, os direitos declaram-se e as garantias estabelecem-se.

3.1 As Garantias Institucionais

As garantias institucionais são as garantias jurídico-públicas e as garantias jurídico-privadas. As garantias institucionais, apesar de, muitas vezes, virem consagradas e protegidas pelas leis constitucionais não seriam verdadeiras direitos atribuídos diretamente às pessoas, mas a determinadas instituições que possuem sujeito e objeto diferenciada.

Assim, a maternidade, a família, a liberdade de imprensa, o funcionalismo público, os entes federativos são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivos e só, indiretamente se expandem para proteção dos direitos individuais, concluindo-se esse raciocínio, Canotilho (1995) afirma:

A proteção das garantias institucionais aproxima-se, todavia, de proteção dos Direitos Fundamentais, quando se exige, em face das limitações limitativas do legislador a salvaguarda do mínimo essencial das instituições.

Verifica-se, enfim, que são as garantias institucionais que formam o componente institucional dos Direitos Fundamentais. O Estado-Social produziu veículos entre, as instituições e os novos Direitos Fundamentais por meio da renovação doutrinária, que fez semelhantes direitos se estabelecerem quase todos na órbita social. A teoria das garantias institucionais não pode desvencilhar-se dos Direitos Fundamentais, mesmo havendo empenho em separar-se direitos e garantias.

Na Constituição Brasileira de 1988 foram introduzidas novas garantias de natureza processual para reforços no constitucionalismo do Estado Social, a defesa e o amparo a direitos subjetivos fundamentais, quais sejam:

1. **Mandato de Injunção** - que será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – serve pois para retirar inconstitucionalidade por omissão ocorrendo em casos concretos ou incidentalmente em uma lida.
2. **Mandado de Segurança Coletivo** - podendo ser impetrado por partido político com representação no congresso nacional, organização sindical, entidade de classe, ou associação legalmente constituída em funcionamento a pelo menos um (1) ano, em defesa de seus membros associados. Este instrumento serve para defesa coletiva dos direitos, quando ocorre uma lesão ao direito subjetivo individual com interesse do ente político, sindical ou associativo .
3. **Habeas Data** - concedido para assegurar o conhecimento de informações relativas a pessoa do impetrante, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, assim como para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso judicial ou administrativo.

A introdução dessas três novas garantias constitucionais na Constituição Brasileira fez desta uma das constituições mais completas e ricas de instrumentos e direitos, para assegurar a eficácia do estado social, fundamentado no Estado de Direito.

Diante do exposto, conclui-se que os Direitos Fundamentais, com suas garantias institucionais e remédios constitucionais, fazem a ‘excelência’ da Constituição do Brasil, com a versão que teve do grande ordenamento jurídico, que ela absorveu e deu a oportunidade de juntar, em termos de eficácia normativa, os princípios de Estado Social com os do Estado de Direito.

Onde houver lesões à liberdade e ao Estado de Direito, aí sempre haverá lugar para invocar-se a tutela dos direitos e garantias fundamentais e os valores que eles representam na ordem jurídica. Para assegurar a proteção a esses direitos e garantias fundamentais, há a necessidade de um ordenamento jurídico que, segundo Bobbio (1992), caracteriza-se pela sua plenitude, coerência e unidade, essenciais à interpretação fidedigna da infinidade de normas que o compõem e que precisam ser observadas como partes de um todo e não, de forma estanque e isolada.

Os ordenamentos podem ser classificados em simples e complexos, conforme as normas deles constantes tenham origem em uma ou mais fontes. As inúmeras regras de condutas, que normatizam a vida em uma determinada sociedade, só podem ser cumpridas através de um ordenamento complexo e pleno, instituído pelo poder supremo, recorrendo a fontes diretas e indiretas (fontes reconhecidas e delegadas).

O costume, por exemplo, é uma fonte indireta reconhecida, característica dos ordenamentos estatais modernos, cuja fonte direta e superior é a Lei, instituída com base no costume. Assim, as decisões são tomadas considerando-se o costume, situações particulares, ou, de forma expressa ou tácita, tomando como modelo as matérias não reguladas pela Lei (*Cosuetudo Praeter Legem*).

Para Lucena (1999: 16),

Outra fonte de normas de um ordenamento jurídico é o poder atribuído aos particulares para regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses: trata-se do chamado 'poder de negociação'. O enquadramento dessa fonte na classe das fontes reconhecidas ou na das delegacias não é nítido. Coloca-se em destaque a 'autonomia privada', que é a capacidade dos particulares de atribuírem normas a si próprios, numa certa esfera de interesses. Considerando-se os particulares como constituintes de um ordenamento jurídico menor, absorvido pelo ordenamento estatal, essa vasta fonte de normas jurídicas é concebida, como produtora independente de regras de conduta que são aceitas pelo Estado. Se o acerto, no poder de negociação, for colocado como delegado pelo Estado aos particulares, para regular os próprios interesses, num campo estranho ao interesse público, a mesma fonte aparece como fonte delegada.

Assim, cada ordenamento tem como ponto de referência básico para todas as normas o poder originário, único que justifica o ordenamento e assegura a unidade do mesmo.

CAPÍTULO 4

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade teve origem no direito americano, no qual é apresentado sob a denominação de 'princípio da razoabilidade', tendo atingido o seu ápice no direito alemão, que utiliza a denominação 'princípio da proporcionalidade'.

Além dessas denominações divergentes, este princípio também difere, nas legislações desses países, quanto ao seu fundamento, uma vez que, no direito alemão ele encontra justificativa no Estado Democrático de Direito, enquanto no direito americano fundamenta-se no devido processo legal, no que foi seguido pelo Supremo Tribunal Federal.

O princípio da proporcionalidade constitui uma atenuação à moderna doutrina constitucional de vedação das provas ilícitas, prevendo sua utilização sempre que o interesse tutelado se sobrepuser à tutela da intimidade. Neste interim, a prova ilícita só poderá ser aceita em caráter excepcional ou em casos de extrema gravidade.

O princípio da proporcionalidade, em sua concepção atual, representa uma limitação ao poder estatal, a fim de garantir a integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados. Para que o Estado atenda aos interesses da maioria respeitando os direitos fundamentais, é necessária a existência de normas que pautem sua atividade e que, em alguns casos, nem mesmo a vontade da maioria seja capaz de derrogar (Estado de Direito). É necessário ao Estado, ainda, reconhecer e utilizar um princípio regulador para ponderar até que ponto dar-se-á preferência ao todo ou às partes (princípio da proporcionalidade) (Avolio, 1995:55).

Diante disso, existem duas teses acerca da decorrência da prova adquirida com infração a uma norma jurídica:

- a) o interesse do Estado em esclarecer a verdade deve prevalecer, independentemente do modo como foi obtida a prova, sujeitando-se o infrator às sanções do ato que praticou;

b) não é possível admitir um comportamento antijurídico permitindo que quem o cometeu dele tire proveito prejudicando outrem.

Estas são, sem dúvida, teses radicais às quais o juiz não se deve ater com rigor. Devido à complexidade do tema, não é cauteloso estabelecer regras de conduta a serem seguidas pelo julgador. É mais sensato deixar fluir no magistrado o livre convencimento, pois somente ele, diante do caso concreto poderá avaliar aspectos que o levarão a decidir qual dos interesses em conflito será sacrificado e em que medida.

O juiz deve analisar se a medida é indispensável, verificando se a transgressão se explica por necessidade autêntica, que torne o comportamento da parte escusável, ou se, ao contrário, a alegação poderia ser provada por meios regulares, tendo a infração gerado dano superior ao benefício levado ao processo (Moreira, 1997:127).

O princípio de proporcionalidade pretende, portanto, instituir a relação entre meio e fim, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que seja possível o controle do excesso. As bases então do princípio é a função meio e fim.

A proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar conseqüências jurídicas, é pois princípios consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se hão de observar em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam observadas.

O importante porém, é que tanto a jurisprudência como órgãos da comunidade Européia não se acanhem em fazer uso proporcionalidade.

A doutrina mundial vive em busca de consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção aos Direitos Fundamentais porque caracteriza o novo estado de Direito, fazendo da proporcionalidade um princípio essencial da constituição.

A importância desse princípio tem crescido, de modo extraordinário, no Direito Constitucional. É um conceito que está em evolução. Apesar de seu emprego ainda recente no controle jurisdicional de constitucionalidade, acha-se, portanto, fadado a expandir-se no direito constitucional em que a doutrina e a jurisprudência o consagraram.

Ao estudar profundamente o princípio da proporcionalidade e tê-lo visto nascer dentro do Direito Administrativo e saber que realmente expandem-se e tomou corpo no Direito

Constitucional. O princípio da proporcionalidade foi reconhecido atuando com eficácia na esfera específica dos Direitos Fundamentais e refere-se ao equilíbrio, efetivado pela lei, entre os meios usados e o fim a que se destina.

Na opinião de Guerra Filho (1997),

... pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível por causar menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

Essa doutrina decorreu da tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade adotado na Alemanha, cujos requisitos são:

- a) a adequação;
- b) a necessidade ou exigibilidade e
- c) a proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade, considerado o 'princípio dos princípios', se institui como um compromisso no sentido da aplicação eqüitativa dos princípios, em determinada situação de interpretação constitucional, tratando com igualdade os princípios conflitantes e respeitando os demais princípios existentes.

Contudo, não se deve confundir o princípio da proporcionalidade, que é uma norma jurídica, com um princípio heurístico de interpretação constitucional.

Em respeito ao princípio da proporcionalidade, as regras de interpretação deverão favorecer à harmonia entre o texto constitucional e suas finalidades precípua, adequando-se à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.

4.1 Da Proporcionalidade

Vejamos então a aplicação real do princípio no Direito Fundamental da inadmissibilidade no processo, de prova obtida por meios ilícitos.

Temos a garantia fundamental da inadmissibilidade, no processo, de prova obtida por meios ilícitos, por exemplo: Art. 5º inciso X e XII que trata da inviolabilidade constitucional, de privacidade e do sigilo de dados. Estes dois incisos constitucionais de direito fundamental complementa a previsão ao direito a intimidade e a vida privada, sendo ambas as previsões de defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade, que pretende assegurar ao indivíduo, como diz Ferraz Júnior (1993: 440):

Sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontestável impositividade do poder político, aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afogadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos. no recôndito da privacidade, se esconde pois a intimidade, a intimidade não exige pois publicidade porque não envolve direitos de terceiros, no âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos.

Assim, a defesa de privacidade deve proteger o homem contra:

1. a interferência na sua vida privada, familiar e doméstica;
2. a ingerência sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual ou moral;
3. os ataques a sua honra e reputação;
4. sua colocação em perspectiva falsa;
5. a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos a sua intimidade;
6. o uso de seu nome, identidade e retrato;

7. a espionagem e a espreita;
8. intervenção na correspondência;
9. a sua utilização de informações escritas e orais;
10. a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.

Os incisos X e XI do art. 5º da Constituição Federal, como todas as liberdades públicas, não são absolutas, podendo em virtude de critério de proporcionalidade (*verhältnismässigkeitspruzip*), ser atenuados. A própria Constituição Federal acaba por permitir não só a quebra do sigilo pela autoridade como também pelo Ministério Público (art. 129, VI) e pelas comissões parlamentares de Inquérito (C. F. art. 58 parágrafo 3º).

CAPÍTULO 5

INADMISSIBILIDADE NO PROCESSO DA PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS

É muito grande o campo referente à proibição de provas porque a apuração de verdade processual deve conviver com os demais interesses dignos de proteção pela ordem jurídica.

Verifica-se, nas últimas décadas, o alargamento no campo das proibições de prova, observando que o campo de ordenamento jurídico é uno; a violação de qualquer de suas regras, com o propósito de obtenção de prova, deve conduzir o reconhecimento da ilegalidade desta e, conseqüentemente, a sua inaptidão para formação do convencimento judicial.

Na Inglaterra, a regra que prevalece é a de que não há relevância nos métodos com os quais foi obtida a prova, firmando convicção de que será um obstáculo perigoso a administração da justiça, vez que cabe aos tribunais verificar se o crime foi cometido pelo acusado e não, fiscalizar os métodos usados pela polícia para conseguir provas na apuração do fato.

Coube à Jurisprudência norte-americana a primazia de consideração da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente. Foi em 1914 na decisão do caso *Weeks* que a Suprema Corte considerou um erro a admissão na Corte Federal de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado. A partir daí, fixou-se nas Cortes Federais a regra de exclusão, segundo a qual são inadmissíveis as provas obtidas com violação das garantias constitucionais.

No Brasil, foi consagrado na nossa atual Constituição o direito fundamental da inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º inciso LXI). Ocorre que, na prática, observamos que na maioria dos casos os abusos são cometidos contra pessoas das classes menos favorecidas, que não teriam recursos para promover ação de ressarcimento. Por tais motivos, necessário se faz, cada vez mais averiguar a origem de prova

produzida desprezando-se as provas produzidas ao arpejo da lei. As decisões judiciais são por unanimidade contra a prova ilícita; não há em nenhuma hipótese acatamento judicial de prova ilícita em processo penal no Brasil. Qualquer invasão na intimidade ou privacidade do acusado na obtenção de provas se faz através de ordem judicial sob pena de invalidade da prova.

A Constituição de 1988 veio, portanto, consolidar a posição internacional no sentido da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos. A doutrina entende por prova ilícita a colhida infringindo normas ou princípios colocados pela Constituição, para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade.

Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, X.II, da CF), as conseguidas mediante torturas ou maus tratos (art. 5º, III, da CF), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF) etc.

É oportuno que a lei processual penal fixe as balizas da regra constitucional de exclusão das provas ilícitas, em qualquer hipótese, conceituando-as e tomando posição quanto a sua admissibilidade e proibição de utilização, mesmo quando se trate da denominada prova ilícita por derivação, ou seja, da prova não ilícita por si mesma, mas conseguida por intermédio de informações obtidas por provas ilicitamente colhidas.

A temática das proibições de prova se funda não somente na necessidade de se assegurar uma correia reconstrução dos fatos, mas também ressalta a idéia de que a atividade probatória deve ser limitada diante de tutela conferida pelo ordenamento a outros valores, que se sobrepõe a busca da verdade real; enfim é a ponderação entre os interesses em conflitos que se justifica a exclusão.

Essa condenação pode implicar em outras situações especiais, a prevalência do interesse na obtenção da prova sobre o valor cuja proteção é almejada pela regra da proibição: Fala-se então, como já foi dito no capítulo anterior, em razoabilidade ou proporcionalidade, como princípio que autorizava a superação das vedações propostas.

Entre nós, o próprio constituinte de 1988 parece ter adotado tal critério, ao prever a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual previstas nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (art. 5º, XII); e igualmente ao considerar certas infrações inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de

graça ou anistia (art. 5º, XLIII e XLIV); trata-se, no entanto, de casos taxativos, não sendo possível inferir sua adoção generalizada, como regra permissiva de outras restrições a Direitos Fundamentais.

O Direito Constitucional Penal, inscrito na Carta Política de 1988 e concebido num período de reconquista das franquias democráticas, consagra os princípios do amplo direito de defesa, do devido processo legal, do contraditório e da inadmissibilidade da prova ilícita (CF, art. 5º, LIV, LV e LVI).

Cita-se aqui, a título de exemplo, um processo administrativo disciplinar (JSTJ de 23/08/1999 em anexo) que impôs a um Delegado de Polícia Civil a pena de demissão, com fundamento em informações obtidas com quebra de sigilo funcional, sem a prévia autorização judicial, o qual foi considerado como desprovido de vitalidade jurídica, porquanto baseado em prova ilícita, por ter sido realizada sem a autorização da autoridade judiciária competente, por isso, desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta e insusceptível de ser sanada por força da preclusão (DJ: DATA 23/08/1999 PG 00148; JSTJ VOL.: 00010 PG 00407; LEXSTJ VOL.:00125 PG 00093; Relator Min. VICENTE LEAL [1103]).

5.1 Conseqüências da admissibilidade das provas ilícitas

Encontra-se, hoje, a doutrina dominante contrária à admissibilidade das provas ilícitas, embora havendo uma aplicação, por muitos autores, da teoria da proporcionalidade, no que se refere à prova ilícita *pro reo*.

Durante muito tempo, aqueles que eram contra a admissibilidade da prova ilícita encontravam fundamento nos ramos da legislação processual. Por exemplo, o testemunho de pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, quando não desobrigada pela parte interessada (art. 207 CPP) e a produção de cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos (art. 233). A busca domiciliar reveste-se de alguns requisitos de legitimidade, previstos nos arts 205 § 1º. (quanto às hipóteses) e 243 (conteúdo do mandado de busca e apreensão), sendo, contudo, dispensável que o mandado de busca e apreensão se realize pessoalmente, pela autoridade policial ou judiciária (art. 241).

A busca pessoal também pode ser realizada sem mandado, nos casos enumerados, taxativamente, no art. 244 do Código de Processo Penal – CPP. Proíbe-se, no art. 243 § 2º, a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Disposições análogas são previstas no Código de Processo Penal Militar, prescrevendo, ainda, uma regra geral sobre a admissibilidade de qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde, ou a segurança individual ou coletiva (art. 295). A escusa legítima ao depoimento testemunhal, pelos parentes e afins do acusado, tem a garantia em ambos os estatutos processuais penais (art. 206 do CPP e art. 354 do CPPM). Todas essas hipóteses, não se referem, propriamente, à inadmissibilidade de prova ilícita, mas de provas legítimas, porque previstas expressamente na lei processual e sujeitas, portanto, às sanções determinadas pelo próprio sistema processual.

Uma interpretação analógica da disposição que prevê a inadmissibilidade das cartas criminosamente obtidas pode levar a compreender o repúdio do legislador a qualquer espécie de prova criminosa. Semelhantemente à regra geral da admissibilidade contida no art. 259 do CPPM e do art. 332 do CPP, dispõe serem hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou da defesa, ‘todos os meios legais’, bem como os moralmente legítimos.

Esses argumentos eram utilizados pela doutrina, para justificar a eliminação da prova criminosamente obtida. Nessa linha de pensamento, as provas ilícitas e ilegítimas são inaceitáveis em juízo, pois colidem com o fim do processo penal, uma vez que a repressão à criminalidade exige uma postura ética, por parte de autoridade policial. Não pode esta, assim, se valer dos meios empregados pelos delinquentes que combatem. A prova criminal é, portanto, aquela que, não atentando contra a moral, a saúde, a segurança e a liberdade individual, fornece ao juiz o material indispensável e seguro para a sentença. O que não estiver contido neste conceito não será considerado como prova, mas como ‘torpeza processual’.

Todos os estudos doutrinários consideravam que a questão da proibição das provas contrárias a preceitos legais e morais se desenvolvia dentro dos esquemas processuais vigentes. Hoje, a perspectiva constitucional do fenômeno das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro se deve à grande mestra Ada Pellegrine Grinover (1982), em sua obra intitulada ‘Liberdades públicas em Processo Penal’, escrita, ainda, sob a égide da Constituição

anteriormente vigente, da qual se pode tirar o pensamento a seguir:

Sendo inaceitável a corrente que aceita as provas ilícitas, no processo, preconizando, pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido, afastada, como o fizemos, a simples visão unitária que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual em uma posição que se baseia na unidade processual do ordenamento jurídico, a necessária correlação entre o ato ilícito, material de obtenção de prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais, somente pode ser feita, como vemos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional.

As mesas de processo penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação da ilustre processualista, tomaram posição sobre a matéria, através das seguintes súmulas:

Súmula 48: Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de Direito Material.

Súmula 49: São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes e, mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula 50: Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilícitas que beneficiam a defesa.

A jurisprudência acompanhou a tendência a inadmitir a aceitação de provas colhidas por meios ilícitos. Deve-se sempre observar que, ao estabelecer a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a Constituição Federal (1988) está a falar, tecnicamente, das provas ilícitas. Por outro lado, ao prescrever sua inadmissibilidade processual, a Constituição considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo, assim, a ponte entre a ilicitude material e a sanção processual da inadmissibilidade.

A Constituição preocupa-se com o momento da admissibilidade, pretendendo, claramente, impedir os momentos sucessivos de introdução e valoração da prova ilícita. Mas, supondo que a prova, embora inadmissível, venha a ser admitida e produzida, e até mesmo

valorada, quais seriam as conseqüências disso?

Embora a Constituição Federal (1988), aparentemente, se limite a preservar a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, o alcance dessa disposição deve extrapolar a fase da admissibilidade das provas, propriamente dita, para abranger os demais momentos processuais relativos à prova, quais sejam o de sua produção e valoração pelo juiz, em qualquer estado e grau de procedimento, como teria sido mais prudente que dispusesse, para evitar qualquer interceptação colidente com o próprio espírito das proibições das provas.

A conseqüência que decorre da utilização da prova ilícita é, inapelavelmente, a de sua ineficácia, como imposição lógica de sua inexistência jurídica, como ato ou como prova. Com relação à sentença que se baseou em prova ilícita, será investida de nulidade, dando margem à revisão criminal ou ao *habeas corpus*.

Não haverá supressão de um grau de jurisdição se a questão de ilicitude da prova tiver sido suscitada em primeiro grau, cabendo ao tribunal prosseguir no julgamento, em grau de recurso.

Portanto, as provas ilícitas, por serem inadmissíveis, não podem ser tidas como prova. Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997: 131), *trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas; não têm aptidão para surgirem como provas, daí sua total ineficácia.*

A prova ilícita é inidônea, imprestável, destituída de qualquer eficácia jurídica, daí porque deve ser desconsiderada do processo e, caso não o tenha sido, não poderá influenciar na decisão, sendo a causa julgada como se tal prova não existisse.

Deve-se ressaltar que o Código de Processo Penal Militar, no artigo 375, determina o desentranhamento da correspondência particular, interceptada ou obtida por meios. Gomes Filho (1999) , refere que a noção de inadmissibilidade está ligada à questão da validade e eficácia dos atos processuais. Atua de forma antecipada, impedindo o ingresso, no processo, do ato irregular. Razão pela qual deve abranger, não só o ingresso jurídico da prova no processo, mas também sua introdução material nos autos, evitando-se, com isso, influências indesejáveis sobre o convencimento do julgador. Já, a nulidade visa a retirar os efeitos de um ato irregularmente praticado.

A sentença passada em julgado, que tiver se baseado em provas ilícitas, será nula e

poderá ser desconstituída pela via da revisão criminal, caso em que o juízo rescisório poderá, examinando o mérito, absolver o imputado. Mas, tratando-se de *habeas corpus*, a decisão de primeiro grau deverá ser anulada, com a indicação das provas viciadas, além da determinação de seu desentranhamento.

Os Tribunais Superiores têm sustentado que a prova vedada não gerará a nulidade do processo, caso a condenação não esteja fundada, exclusivamente, na prova ilícita. Assim, a referência, na sentença, sobre a existência de outras provas, aptas à condenação, será suficiente para afastar a nulidade total do julgamento, o que vem assegurar a eficácia da garantia constitucional.

5.2 Teoria da proporcionalidade e prova ilícita *pro reo*

A aplicação do princípio da proporcionalidade, sob a óptica do direito de defesa, que é, também, uma garantia constitucional e, de forma prioritária, no processo penal, em que está imperando o princípio do '*favor rei*' é de aceitação praticamente unânime, pela doutrina e pela jurisprudência.

Quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas que justificam legalmente a anti-jurisdição, como a legítima defesa. Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997) referem-se à doutrina e jurisprudência estrangeiras no tocante, por exemplo, à conduta de pessoa que grava sua conversa com terceiro, para demonstrar a própria inocência.

Referindo-se a essa doutrina, O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu recentemente, em questão que versava sobre as lesões corporais graves, ser admitida fita gravada contendo uma conversa telefônica entre a vítima e o réu do processo, realizada pela própria acusada. Entendeu, o Tribunal de Justiça, que o direito à intimidade, como todas as liberdades públicas, não tem caráter absoluto e pode ser adequado, em confronto com outros Direitos Fundamentais, como, por exemplo, o de ampla defesa. É o chamado 'critério da proporcionalidade', consagrado pelos tribunais alemães.

5.3 Provas ilícitas por derivação

Não resta dúvida que a Constituição Federal (1988) deixou em aberto a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, porém, se a prova ilícita comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova a estes referida, tornando-se, também, ilícita por derivação e, portanto, igualmente inadmissível no processo.

Pouco importa, assim, que uma lei ordinária venha, ou não, a prever expressamente a cominação da inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, por se estar diante de ponte –antes extraída do sistema constitucional e ora inserida na constituição, que possibilita deduzir a inadmissibilidade processual, a partir da ilicitude material.

Nestas circunstâncias, seria preferível, ao invés, que jamais se fizesse tal regulamentação, por ser cientificamente desnecessária e, até, pela impossibilidade de se extrair do texto legal, o espírito da norma violadora, que deve ser perquirido no caso concreto. A questão de fundo não difere, tratando-se de provas obtidas ilicitamente ou de provas ilícitas por derivação. Haverá sempre uma referência constitucional, cujo enfoque deverá ser o das liberdades públicas.

Qualquer outra concepção da matéria, atrelada ao dogma da verdade real, ou divorciada de uma visão político-constitucional do processo penal deve ser reputada como superada.

A prova ilícita por derivação, portanto, não se refere, simplesmente, à prova obtida de forma lícita, mas àquela a que se chegou por intermédio da informação extraída de prova ilicitamente colhida. Um exemplo clássico é o da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato, que acaba por incriminar o suspeito, ou imputado.

No caso da autoridade policial, sem mandado judicial, interceptar e gravar conversas telefônicas em que haja prova de autoria de crime, por parte dos participantes do diálogo, e citação de nomes de terceiros que tenham conhecimento da autoria do mesmo crime, esta

gravação, sem dúvida, constituiria prova ilícita e seria inadmitida no processo. Contudo, as pessoas mencionadas, sob o amparo da lei, não poderiam ser chamadas a depor, pois o bem jurídico tutelado – a intimidade – seria igualmente atingido. Ademais, o Código de Processo Penal, no art. 573, § 1º, ao tratar da extensão da nulidade dos atos processuais, comina de nulidade os atos processuais dependentes do ato nulo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho acadêmico, o modesto posicionamento que se observou, ao tratar da inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, parte do pressuposto de que a atividade probatória, ao longo de sua função de conhecimento, cumpre o importante papel, dentro da sociedade ao justificar perante a própria de cisão judicial.

Assim, não é somente a existência de provas, mas também a sua qualidade e as formas de sua obtenção e incorporação ao processo, que legitimam os pronunciamentos judiciais. No Direito Processual Penal Brasileiro, o reconhecimento do direito à prova lícita, é uma decorrência, em primeiro lugar, do próprio sistema de garantias constitucionais, especialmente das cláusulas que asseguram o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a presença de inocência (art. 5º inciso LIV, LV, LVII, Constituição federal 88).

Entretanto, nos casos em que as provas sejam consideradas ilícitas, elas não serão acatadas na análise julgamento do processo, por serem consideradas nulas. No caso de pedido de *habeas corpus*, por exemplo, que, pela sua magnitude constitucional como instrumento de proteção do direito de locomoção, não deve ser concebido com restrições de caráter formal, sendo admissível o uso sempre que se verifique a prática de ilegalidade no curso de investigação criminal ou de ação penal, com repercussão atual ou futura na liberdade individual (CF, art. 50, LXVIII).

O *habeas-corpus*, instrumento processual de magnitude constitucional, tem rito célere e não comporta no seu curso dilação probatória, não se prestando para desconstituir sentença transitada em julgado, sob o fundamento de não configuração do delito imputado ao paciente, eis que embasado em prova ilícita.

Nesse caso, é considerada ilegal a retenção de equipamentos apreendidos em busca e apreensão, em desrespeito à decisão judicial, consubstanciando ilícita os elementos colhidos nos citados equipamentos, imprestáveis para embasar a propositura de ação penal. Ao ser demonstrada a ilicitude de uma prova decorrente de retenção indevida de equipamentos, com

desrespeito à ordem judicial, é inviável aguardar-se a instauração de ação penal para impugnar-se o resultado de investigação (DJ, 28/10/2002: 00348, em anexo).

No processo penal, cabe ao juiz, em nome da verdade real, o poder de determinar, *ex officio*, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante. Entretanto, o seu poder está adstrito ao princípio da legalidade, de maneira a não lhe ser dado conotar o processo com um caráter inquisitivo. Nesse ponto, o processo penal difere do processo civil, no qual a satisfação com a verdade formal sobreleva o poder dispositivo das partes e ultrapassa o impulso oficial, concede-se, por força do art. 156, do CPP,

Coligidas as provas necessárias e suficientes, conforme o prudente arbítrio do juiz, cabe-lhe apreciá-las livremente, desvinculadas de qualquer outra, formando uma cognição judicial harmônica e consentânea com os elementos carreados nos autos. O provimento jurisdicional definitivo lastrear-se-á, portanto, nas provas obtidas pela realização do devido processo legal, com respeito a todos os direitos e garantias constitucionais, isto é, nas provas lícitas que não ofendam o direito material e os postulados insertos na Carta Política.

Por outro lado, os Direitos Fundamentais não são direitos absolutos, de modo que, em alguns casos, podem ser restringidos com a finalidade de assegurar a preservação da ordem pública. Para temperar a aparente rigidez da norma constitucional que proíbe o uso no processo das provas obtidas por meios ilícitos, faz-se necessária uma construção baseada em métodos que permitam articular o raciocínio de forma hábil, para que se possa almejar resultados justos nas soluções dos casos concretos. Para tanto, se faz indispensável um sistema aberto a novas soluções, sem se estabelecer métodos de interpretação hierarquizados sob uma estrutura rígida. E o mesmo se diga em relação aos princípios, pois há casos nos quais poderá prevalecer um princípio no lugar de outros. Essa mobilidade permite alcançar mais facilmente a justiça no caso concreto, e, ao mesmo tempo, dá mais segurança e credibilidade ao sistema.

Como forma de atingir esse equilíbrio surge o princípio da proporcionalidade. Desse modo, a regra proibitiva do art. 5º, LVI, da CF não pode ser tida como intransponível, devendo ceder, quando em confronto com o direito à ampla defesa, levando, assim, à admissão da prova ilícita em favor do réu. Essa mesma regra também deve ser aplicada em favor da acusação, quando em causa o combate aos crimes mais graves, principalmente, se esses são perpetrados por organizações criminosas.

Concluimos, por fim, que as formas de obtenção de prova é essencial na sua valorização tendo em vista que a inviolabilidade à intimidade ou a privacidade foi considerada cláusula pétrea à Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal (STF) impedindo, dessa forma, emenda constitucional tendente a aboli-las e conseqüentemente a inadmissibilidade de provas obtidas por quaisquer meios que possam afrontar Direitos Fundamentais ressalvado o princípio de razoabilidade ou proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed, Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 1973.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

DECLARAÇÃO FRANCESA DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, promulgada em 26 de agosto de 1789.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DORNELES, João Ricardo W. *O que são Direitos Humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, USP*, 1993, p. 440-459.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed., São Paulo, RT, 1997, p. 131.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Da Interpretação especificamente Constitucional*. Brasília: Edições Técnicas do Senado Federal, 1995.

_____. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Temas de Direito Criminal*. 2. série. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUCENA, Fernando Antônio Medina de. *Princípios do ordenamento jurídico fundamentados nas doutrinas do pensamento econômico*. Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Curso de Mestrado em Direito, UFC, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10 ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra Editora Lda. Tomo IV, 1990.

MORAIS Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. Teoria Geral. Comentários aos artigos do CRFB. São Paulo: Atlas, 1981.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrinas e jurisprudências. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Guilherme Braga-Peña de. *Direitos Fundamentais: conflitos e soluções*. Rio de Janeiro: Frater et Labor, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, nº 337: 125-134, jan./fev./mar./1997.

PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei 9.296 de 24.07.96. interceptação de ligações telefônicas*. Aspectos constitucionais legais. Doutrina, legislação E prática forense. S.I.: Editora de Direito, 1996.

PEREIRA JUNIOR, José Torres. *O direito a defesa na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Denovar, 1991.

RUIZ, João Álvaro. *Metodologia Científica*. Guia para eficiência dos estudos. 25. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8 ed., Editora Malheiros, São Paulo, 1992.

TORQUATO, Áudio Luís Francisco. *Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986.

ANEXOS

JURISPRUDÊNCIAS REFERENTES A PROVAS ILÍCITAS

Acórdão

ROMS 8327 / MG ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
1997/0016298-2

Fonte

DJ DATA: 23/08/1999 PG: 00148
JSTJ VOL.:00010 PG:00407
LEXSTJ VOL.:00125 PG:00093

Relator

Min. VICENTE LEAL (1103)

Ementa

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. QUEBRA DE SIGILO FUNCIONAL. PROVA ILÍCITA. INVALIDADE.

- O direito constitucional-penal inscrito na Carta Política de 1988 e concebido num período de reconquista das franquias democráticas consagra os princípios do amplo direito de defesa, do devido processo legal/ do contraditório e da inadmissibilidade da prova ilícita (CE, art. 5º, LIV, LV e LVI).
- O processo administrativo disciplinar que impôs a Delegado de Polícia Civil a pena de demissão com fundamento em informações obtidas com quebra de sigilo funcional, sem a prévia autorização judicial, é desprovido de vitalidade jurídica, porquanto baseado em prova ilícita.
- Sendo a prova ilícita realizada sem a autorização da autoridade judiciária competente, é desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta e insusceptível de ser sanada por força da preclusão.
- Recurso ordinário provido: Segurança concedida.

Data da Decisão

24/06/1999

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso para conceder a segurança, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Resumo Estruturado

NULIDADE, PROCESSO ADMINISTRATIVO, DEMISSÃO, DELEGADO DE POLÍCIA, FUNDAMENTAÇÃO, OFENSA AOS BONS COSTUMES, PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, CARACTERIZAÇÃO, VIOLAÇÃO, PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA, PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Referência Legislativa

LEG:FED CFD:***** ANO:1988

-**** CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ART:00005 INC:00054 INC:00055 INC:00056 INC:00010

INC:00012

LEG:FED DEL:002848 ANO:1940

***** CP-40 CÓDIGO PENAL

ART: 00325

Acórdão

RHC 12717 / MG ; RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 2002/0047561-4

Fonte

DJ DATA: 28/10/2002 PG-00348

Relator

Min. VICENTE LEAL (1103)

Ementa

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE HABEAS-CORPUS. BUSCA E APREENSÃO. DESCONSTITUIÇÃO POR ORDEM JUDICIAL. RETENÇÃO INDEVIDA. PROVA ILÍCITA. INSTRUÇÃO EM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

- O habeas-corpus, pela sua magnitude constitucional como instrumento de proteção do direito de locomoção, não deve ser concebido com restrições de caráter formal, sendo admissível o uso sempre que se verifique a prática de ilegalidade no curso de investigação criminal ou de ação penal, com repercussão atual ou futura na liberdade individual (CF, art. 50, LXVIII).

- É ilegal a retenção de equipamentos apreendidos em busca e apreensão, em desrespeito a decisão judicial, consubstanciando ilícita os elementos colhidos nos citados equipamentos, imprestáveis para embasar a propositura de ação penal.

- Demonstrada a ilicitude da prova decorrente de retenção indevida de equipamentos, com desrespeito à ordem judicial, é inviável aguardar-se a instauração de ação penal para impugnar-se o resultado de investigação.

- Recurso ordinário provido.

Data da Decisão

03/10/2002

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Resumo Estruturado

VIDE EMENTA

Referência Legislativa

LEG:FED CFD;***** ANO;1988

***** CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ART:00005 INC-.00068

Acórdão

HC 20357 / RJ ; HABEAS CORPUS 2002/0003702-2

Fonte

DJ DATA: 16/09/2002 PG: 00209

Relator

Min. GILSON DIPP (1111)

Ementa

CRIMINAL. HC. ESTELIONATO. QUADRILHA. DENÚNCIA BASEADA EM PROVAS ILÍCITAS. ILEGALIDADE NÃO-DEMONSTRADA DE PRONTO. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. DECRETO CONDENATÓRIO FULCRADO NAS MESMAS ILÍCITAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. FUNDAMENTOS SUPERADOS. TÍTULO NOVO A JUSTIFICAR A CUSTÓDIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o reexame do conjunto fático-probatório - como a alegação de que a denúncia estaria baseada em provas ilícitas/ se não demonstrada/ de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos do exordial acusatória. Não se conhece das alegações que atacam o decreto condenatório, se os temas ainda não foram apreciados em 2º grau de jurisdição/ sob pena de indevida supressão de instância. Sobrevindo outro título a respaldar a custódia do paciente, qual seja, o decreto condenatório prolatado nos autos da ação penal n.º 94.0000931-3/ oriunda da 8ª Vara Federal Criminal, restam superados os fundamentos da impetração, no tocante à aduzida ilegalidade da prisão preventiva.

Ordem parcialmente conhecida e denegada.

Data da Decisão

15/08/2002

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem para denegá-la." Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Resumo Estruturado

VIDE EMENTA

Sucessivos

HC 22026 RJ 2002/0054130-1 DECISÃO: 15/08/2002

DJ DATA: 16/09/2002 PG:00216

Acórdão

HC 18060 / PR ;

HABEAS CORPUS 2001/0097707-4

Fonte

DJ DATA: 26/08/2002 PG:00271

RDR VOL.:00024 PG:00365

Relator

Min. JORGE SCARTEZZINI (1113)

Ementa

PENAL E PROCESSO PENAL - CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO - CRIME DE "LAVAGEM" - INÉPCIA DA DENÚNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - IMPEDIMENTO DE PROCURADORES PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - ILÍCITAS - INOCORRÊNCIA.

- Conforme descrito na peça acusatória, durante o período compreendido entre maio de 1996 e maio de 1999, o paciente teria enviado ao exterior, clandestinamente, valores objeto de operações de câmbio não autorizadas pelo Banco Central e, ainda, teria procedido à "lavagem" de dinheiro. Tal conduta consistia na importação de bens, especialmente veículos, perfazendo um total de US\$ 17.930.760,00 (dezessete milhões, novecentos e trinta mil setecentos e sessenta dólares americanos), constando no SISBACEN, tão-somente, o valor declarado de US\$ 1.487.411,63 (um milhão, quatrocentos e oitenta e sete mil, quatrocentos e onze dólares americanos e sessenta e três centavos). Segundo o parquet, o acusado utilizava dinheiro oriundo de sua atividade delituosa, dentre outras finalidades, para pagamento de cartões de crédito internacionais, dos quais era titular, cujos gastos totalizaram R\$ 257.708,89 (duzentos e cinquenta e sete mil setecentos e oito reais e oitenta e nove centavos) entre janeiro de 1995 e setembro de 1998. Consta, ainda, que suas despesas com condomínio, passagens aéreas nacionais e internacionais, advogados e médicos, eram incompatíveis com a renda por ele declarada, demonstrando, ainda, outros sinais exteriores de riqueza, tais como a propriedade de vários veículos importados.

- A exordial acusatória, acostada às tis. 46/59 dos presentes autos, descreve fato delituoso, com todas as suas circunstâncias. A materialidade encontra-se comprovada pelo fato do volume de importações efetuadas pelas empresas do Paciente haver sido muito maior do que as operações de câmbio registradas no Banco Central. De outro lado, todas as alegações com referência à inoportunidade do delito em questão (como, por exemplo, a de que tais operações poderiam ter sido feitas em nome dos clientes da empresa, já que esta serviria apenas como meio para a obtenção dos veículos importados), entendo que para a sua precisa averiguação é necessário o exame de todo o material cognitivo, como ressaltado pelo v. acórdão. Em sede mandamental, tal desiderato é inviável.

- Por outro lado, não há que se falar em cerceamento de defesa. Pelas informações prestadas, destaca-se que a oitiva de testemunhas por carta rogatória não foi deferida, num primeiro instante, em face da possibilidade da comprovação do alegado pela via documental. Ainda assim, logo em seguida, o magistrado, em homenagem à ampla defesa, propiciou a expedição de rogatória.

- Com relação à ocorrência de litispendência, o pedido, também, não comporta deferimento. Os impetrantes sustentam que a ação penal em questão lastreia-se nos mesmos fatos da ação penal nº 98.24214-7. Pelo que se depreende dos autos, os fatos narrados na peça acusatória objeto da Ação nº 98.24214-7 apontam que o paciente teria mantido, nos anos de 1992 a 1994, depósitos em sua titularidade em contas no Banco Citibank, em Miami-EUA e no Banco do Brasil, também em Miami-EUA, sem comunicar o fato à Receita Federal (tis. 68).

- No caso sub judice, a denúncia volta-se contra fatos ocorridos a partir de maio de 1996 até maio de 1999. Portanto, verifica-se que os fatos criminosos descritos na denúncia referem-se a períodos totalmente distintos. Na realidade, o que se infere é que a Ação Penal nº 98.0024214-7 é citada na peça vestibular apenas como exemplo de que o acusado realmente mantinha contas no exterior. Não há, por conseguinte, que cogitar-se na identidade de fatos e, conseqüentemente, de litispendência entre ambas as ações.

- Quanto à ilegalidade das investigações promovidas pelo Ministério Público, sem a instauração de inquérito policial, o writ, igualmente, improcede. Com efeito, a questão acerca da possibilidade

do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal.

- Ora, se o inquérito é dispensável, e assim o diz expressamente o art. 39, § 5º, do CPP, e se o Ministério Público pode denunciar com base apenas nos elementos que tem, nada há que imponha a exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos à ação penal pública.

- A Lei Complementar nº 75/90, em seu art. 8º, inciso IV, diz competir ao Ministério Público, para o exercício das suas atribuições institucionais, "realizar inspeções e diligências investigatórias". Compete-lhe, ainda, notificar testemunhas (inciso D), requisitar informações, exames, perícias e documentos às autoridades da Administração Pública direta e indireta (inciso II) e requisitar informações e documentos a entidades privadas (inciso IV).

- Por fim, com relação à alegação de que a denúncia lastreou-se em **provas ilícitas**, oriundas da quebra de sigilo fiscal, bancário e de correspondência, sem autorização judicial, impõem-se algumas considerações preliminares. Especificamente quanto a este fundamento, observo que o v. acórdão guerreado afastou seu exame, em sede de embargos declaratórios, por entender que a via do *habeas corpus* não era a adequada para discussão acerca desse tema. Diante disso, torna-se inviável a apreciação da questão nesta oportunidade

- já que não examinada pelo Tribunal a *quo* - sob pena de suprimir-se instância.

- Entretanto, impõe que seja feita uma retificação, nesse último ponto, no *decisum* atacado. Tanto esta Corte (v.g. RHC 11.338/SP, Rei. Ministro FELIX FISCHER, DJU 08/10/2001) quanto o Colendo Supremo Tribunal Federal (v.g. HC 81.294/SC, Rei. Ministra ELLEN GRACIE e HC 79.191/SP, Rei. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, entre outros), têm entendido que o *habeas corpus* é instrumento idóneo para afastar constrangimento decorrente da quebra de sigilo, uma vez que de tal procedimento pode advir medida restritiva à liberdade de locomoção. Assim, equivocadamente o entendimento adotado pelo Tribunal a *quo*, ao afirmar que o writ não se coaduna com o pronunciamento acerca de eventual ilegalidade na quebra de sigilo. Dessa forma, no tocante a este aspecto/ entendo que deva ser submetido àquela Corte, para que se pronuncie a respeito.

* Ordem concedida em parte/ de ofício, somente quanto a este último tópico, determinando, apenas, que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região proceda à devida apreciação da alegação de quebra de sigilo fiscal, bancário e de correspondência, sem autorização judicial.

Data da Decisão

07/02/2002

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em de ofício, conceder em parte a ordem determinando, apenas, que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região proceda à devida apreciação da alegação de quebra de sigilo fiscal, bancário e de correspondência, sem autorização judicial. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros EDSON VIDIGAL, FELIX FISCHER e GILSON DIPP. Ausente/ ocasionalmente, o Sr. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA.

Resumo Estruturado

NÃO OCORRÊNCIA, INÉPCIA, DENUNCIA, CRIME, EVASÃO DE DIVISAS, OPERAÇÃO DE CAMBIO NÃO-AUTORIZADA, IMPORTAÇÃO, VEÍCULO AUTOMOTOR, LAVAGEM DE DINHEIRO, UTILIZAÇÃO, CONTA BANCARIA, EMPRESA ESTRANGEIRA, APLICAÇÃO, DESPESA, INTERESSE PESSOAL, SUFICIÊNCIA, DESCRIÇÃO, INTEGRALIDADE, CIRCUNSTANCIA DO CRIME, EXISTÊNCIA, COMPROVAÇÃO/MATERIALIDADE, DELITO, NÃO CARACTERIZAÇÃO, PREJUÍZO, DEFESA.

NÃO OCORRÊNCIA, CERCEAMENTO DE DEFESA, HIPÓTESE, JUIZ, INDEFERIMENTO, PEDIDO, INQUIRÇÃO, TESTEMUNHA, ÂMBITO, CARTA ROGATÓRIA, DECORRÊNCIA, POSSIBILIDADE, COMPROVAÇÃO, ALEGAÇÃO, PROVA DOCUMENTAL, POSTERIORIDADE, RETRATAÇÃO, CONDICIONAMENTO, EXPEDIÇÃO, CARTA ROGATÓRIA, RÉU, PAGAMENTO, CUSTAS.

NÃO OCORRÊNCIA, LITISPENDENCIA, HIPÓTESE, AJUIZAMENTO, AÇÃO PENAL, CRIME, EVASÃO DE DIVISAS, PERÍODO, 1996, 1999, DECORRÊNCIA, DIVERSIDADE, AÇÃO PENAL, REFERENCIA, FATO ANTERIOR, PERÍODO, 1992, 1994, INEXISTÊNCIA, ACUSAÇÃO, IDENTIDADE, FATO.

LEGALIDADE, MINISTÉRIO PÚBLICO, REALIZAÇÃO, INVESTIGAÇÃO, OBJETIVO, OBTENÇÃO, PROVA, CRIME, EVASÃO DE DIVISAS, LAVAGEM DE DINHEIRO, FUNDAMENTAÇÃO, DENUNCIA, DECORRÊNCIA, TITULAR, AÇÃO PENAL, INEXISTÊNCIA, VINCULAÇÃO, ATUAÇÃO, MINISTÉRIO PÚBLICO, INQUÉRITO POLICIAL.

IMPOSSIBILIDADE, STJ, APRECIÇÃO, ALEGAÇÃO, PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, QUEBRA DE SIGILO FISCAL, INEXISTÊNCIA, AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, HIPÓTESE, FALTA, MANIFESTAÇÃO, TRIBUNAL A QUO, ENTENDIMENTO, INADMISSIBILIDADE, DISCUSSÃO, ÂMBITO, HABEAS CORPUS, DECORRÊNCIA, SUPRESSÃO, INSTANCIA.

CABIMENTO, HABEAS CORPUS, OBJETIVO, AFASTAMENTO, CONSTRANGIMENTO ILEGAL, FUNDAMENTAÇÃO, QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, QUEBRA DE SIGILO FISCAL, DECORRÊNCIA, POSSIBILIDADE, VIOLAÇÃO, LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO, NECESSIDADE, REMESSA, AUTOS, TRIBUNAL A QUO, OBJETIVO, APRECIÇÃO, MÉRITO, ALEGAÇÃO, PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO.

Referência Legislativa

LEG:FED DEL:003689 ANO:1941

***** CPP-41 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

ART:00039 PAR:00005 ART:00041

LEG; FED CFD:***** ANO:1988

***** CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ART:00129INC:00001

LEG:FED LCP:000075 ANO:1990

ART:00008INC:00004

Critério de Pesquisa: PROVA ADJ ILÍCITA

Documento: 16 de 66

Acórdão

HC 18268 / SC.; HABEAS CORPUS 2001/0102063-7

Fonte

DJ DATA: 01/07/2002 PG:00401

Relator

Min. VICENTE LEAL (1103)

Ementa

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. ORIGINÁRIO. ATAQUE A ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APELAÇÃO, FUNDAMENTO. QUESTÃO NÃO APRECIADA NO JULGAMENTO, NÃO CONHECIMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REVISÃO. QUESTÃO DE FATO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA ALTERNATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

- Em sede de habeas-corpus originário, impetrado contra acórdão que nega provimento a recurso de apelação, os fundamentos da impetração devem situar-se no campo das questões apreciadas no julgamento impugnado.

- Se o tema deduzido no writ não foi objeto de debate e pronunciamento no acórdão impugnado, o mesmo não pode ser conhecido.

- O habeas-corpus, instrumento processual de magnitude constitucional, tem rito célere e não comporta no seu curso dilação probatória, não se prestando para desconstituir sentença transitada em julgado sob o fundamento de não configuração do delito imputado ao paciente, eis que embasado em prova ilícita.

- A Lei nº 9.714/98, que deu nova redação aos artigos 43 a 47 do Código Penal, introduziu entre nós o sistema de substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, e por ser mais benigna, tem aplicação retroativa, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Estatuto Penal, e do art. 5º, XL, da Constituição.

- A egrégia Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por decisão majoritária, proclamou o entendimento de que tais regras não se aplicam aos crimes previstos em leis especiais.

- Habeas-corpus parcialmente conhecido e denegado.

Data da Decisão

04/10/2001

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do *habeas corpus* e, nesta extensão, denegá-lo, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Resumo Estruturado

VIDE EMENTA.

Referência Legislativa

LEG:FED LEI:009714 ANO:1998

Acórdão

HC 11047 / PE ; HABEAS CORPUS 1999/0096759-3

Fonte

DJ DATA: 06/05/2002 PG: 00298

Relator

Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106)

Ementa

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO FACE A NÃO PRECIAÇÃO DE PRELIMINAR DE UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. IMPROCEDÊNCIA". Ordem denegada.

Data da Decisão

19/03/2002

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal votaram com o Sr. Ministro Relator.

Resumo Estruturado

VIDE EMENTA

Acórdão

HC 22371 / RJ ; HABEAS CORPUS 2002/0057854-0

Fonte

DJ DATA: 31/03/2003 PG: 00275

Relator

Min. PAULO GALLOTTI (1115)

Ementa

HABEAS CORPUS. PEDIDO NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. WRIT NÃO CONHECIDO. PROVA ILÍCITA. CONFISSÃO INFORMAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DESENTRANHAR DOS AUTOS OS DEPOIMENTOS CONSIDERADOS IMPRESTÁVEIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, INCISOS LVI E LXIII.

1 - Toma-se inviável o conhecimento de *habeas corpus*, se o pedido não foi enfrentado pelo Tribunal de origem.

2 - A eventual confissão extrajudicial obtida por meio de depoimento informal, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI, do mencionado preceito.

3 - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

Data da Decisão

22/10/2002

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer da ordem, concedendo, todavia, por maioria, *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Resumo Estruturado

CABIMENTO, CONCESSÃO, HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, OBJETIVO, DESENTRANHAMENTO, PROVA TESTEMUNHAL, AÇÃO PENAL, APURAÇÃO, TENTATIVA, HOMICÍDIO QUALIFICADO, DECORRÊNCIA, PRODUÇÃO DE PROVA, VIOLAÇÃO, DIREITO FUNDAMENTAL, ACUSADO, DIREITO DE PERMANECER CALADO, CARACTERIZAÇÃO, PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, EXISTÊNCIA, PREJUÍZO, PACIENTE.

(VOTO VENCIDO EM PARTE) (MIN. FONTES DE ALENCAR) INADMISSIBILIDADE, CONCESSÃO, HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, HIPÓTESE, SIMULAÇÃO, CRIME, INEXISTÊNCIA, CONFISSÃO, ACUSADO.

Referência Legislativa

LEG:FED CFD:***** ANO:1988

***** CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL ART:00005 INC:00056 INC:00058

Acórdão

HC 23956 / SP ; HABEAS CORPUS 2002/0101180-8

Fonte

DJ DATA: 16/06/2003 PG; 00356

Relator

Min. GILSON DIPP (1111)

Ementa

CRIMINAL. HC. LATROCÍNIO. ROUBO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. QUADRILHA. PROVAS ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NOS DELITOS. ILEGALIDADES NÃO-DEMONSTRADAS DE PRONTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. CASOS EXCEPCIONAIS. IRREGULARIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. PEÇA INFORMATIVA. PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. APELAÇÃO EM LIBERDADE. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. EFEITO DA CONDENAÇÃO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a apontada alegação de que o processo criminal estaria baseado em provas ilícitas, bem com a ausência de comprovação da participação do paciente nos delitos pelos quais foi condenado. Análise que/ em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório, é inviável na via eleita. A desconstituição do julgado só é admitida em casos de flagrante e inequívoca ilegalidade/ o que não restou evidenciado *in casu*. Precedente.

Eventuais vícios no inquérito policial não contaminam a ação penal, tendo em vista tratar-se/ o mesmo, de peça meramente informativa e não probatória, ainda mais se evidenciada a prolação de sentença condenatória. Precedente.

Não se conhece da alegação de ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se o tema não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância. Não se concede o direito ao apelo em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, pois a manutenção na prisão constitui-se em um dos efeitos da respectiva condenação. Precedente. Eventuais condições favoráveis do agente não são garantidoras de direito subjetivo à liberdade provisória, se outros elementos dos autos recomendam a custódia preventiva. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

Data da Decisão

20/05/2003

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegou a ordem. "Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Acórdão

RHC 3362 / SP; RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 1994/0001459-7

Fonte

DJ DATA: 28/03/1994 PG:06334

Relator

Min. JESUS COSTA LIMA (0302)

Ementa

PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL OU ANULAÇÃO DO PROCESSO. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUTORIZAÇÃO DA PROPRIETÁRIA.

1. NÃO SE PODE CONSIDERAR INEPTA DENÚNCIA QUE DESCREVE O FATO E APONTA O AUTOR DO CRIME A SER APURADO. INCONSISTENTE A AFIRMAÇÃO DE QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO TER-SE-IA BASEADO EM "PROVA ILÍCITA" PORQUE O DENUNCIADO NÃO TERIA DADO AUTORIZAÇÃO AO POLICIAL QUE PERSEGUIA O AUTOR DE UM FURTO PARA PROCEDER A BUSCA NO QUARTO POR ELE OCUPADO E SIM A PROPRIETÁRIA DO IMÓVEL QUE NELE TAMBÉM RESIDE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE SE TRATA DE HABITAÇÃO COLETIVA. TUDO ISSO ESTÁ A MOSTRAR QUE SE IMPÕE O REGULAR DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO, POIS NO PROCEDIMENTO SUMÁRIO DO HABEAS CORPUS É IMPOSSÍVEL O EXAME DO CONTRADITÓRIO.

2. RECURSO DESPROVIDO.

Data da Decisão

16/03/1994

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Decisão

POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Referencia Legislativa

LEG:FED CFD:000000 ANO:1988

***** CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL ART:00005 INC:00011