

## PROGRAD / COSEAC – Direito - Gabarito

### Prova de Conhecimentos Específicos

#### 1ª QUESTÃO: (5,0 pontos)

Relacione a observação e a entrevista como temas da investigação empírica no campo da Sociologia do direito e o estudo do direito de “Pasárgada” como ilustrativo de uma situação de pluralismo jurídico.

#### Resposta:

A observação constitui como primeiro momento da investigação, no qual o pesquisador começa uma pesquisa empírica de campo. Como tal diz respeito a duas possibilidades: a observação participante, na qual o pesquisador se insere no grupo social que estuda e toma parte na vida do grupo, e a observação não participante, na qual o pesquisador observa de fora o fenômeno que estuda. A entrevista é um outro instrumento da investigação empírica e consiste num processo de interação social no qual entrevistador e entrevistado (s) são produtores de recíprocas influências e trocas de mensagens, informações etc., visando, em última análise, reconstituir percepções e sentidos (história oral) do entrevistado pelo entrevistador. O direito de Pasárgada como indicativo de uma situação de pluralismo jurídico objeto de pesquisa de campo em uma favela foi estudado com o instrumento da entrevista (com moradores) para reconstituir o período histórico de gênese da configuração do pluralismo jurídico (em função da quase total ausência de documentação escrita) e com a observação participante de campo para analisar uma situação de vigência (não oficial) de uma outra ordem jurídica no mesmo espaço geopolítico do direito estatal (oficial).

#### 2ª QUESTÃO: (5,0 pontos)

Eustáquio Francisco, representante comercial, era casado com Simone Maria há 15 anos, com quem teve duas filhas. Como viajava muito, vinha sendo alertado por amigos de que haveria encontros suspeitos de sua esposa com seu médico. Desconfiado, em seu telefone residencial (instalado em seu nome), insere uma escuta para ouvir as conversas da esposa e descobre que ela, com a ajuda do amante, ministrava Lexotan às crianças, para que dormissem e não desconfiassem dos encontros furtivos.

Assim, informa o fato às autoridades policiais que, ouvindo testemunhas e realizando perícia médica nas crianças, encaminham inquérito ao Ministério Público de Niterói, o qual oferece a denúncia adequada contra Simone Maria.

Diante disto, responda sucinta e fundamentadamente:

a) Poderia o juízo, nessa ação, determinar que a guarda das crianças ficasse com o pai?

#### Resposta:

Não, porque o juízo criminal é absolutamente incompetente para o julgamento de guarda (vara de família), conforme as leis de organização judiciária.

## PROGRAD / COSEAC – Direito - Gabarito

b) As provas apresentadas pelo Ministério Público (gravação telefônica, depoimento de testemunhas e laudos periciais) seriam admissíveis neste processo?

**Resposta:** Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, são inadmissíveis as provas lícitas obtidas graças a provas anteriormente ilícitas (teoria “*fruits of the poisonous tree*”). E a escuta clandestina do marido, nesse caso, foi considerada como prova ilícita.

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCUTA TELEFONICA. GRAVAÇÃO FEITA POR MARIDO TRAIIDO. DESENTRANHAMENTO DA PROVA REQUERIDO PELA ESPOSA: VIABILIDADE, UMA VEZ QUE SE TRATA DE PROVA ILEGALMENTE OBTIDA, COM VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE INDIVIDUAL. RECURSO ORDINARIO PROVIDO.

I - A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava "lexotan" às meninas. O marido, já suspeito, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética.

II - Embora esta turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5. da CF/1988 (HC 3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26/02/1996), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa a arripio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5., X). Ademais, o STF tem considerado ilegal a gravação telefônica, mesmo com autorização judicial (o que não foi o caso), por falta de lei ordinária regulamentadora (RE 85.439/RJ, Min. Xavier de Albuquerque e HC 69.912/RS, Min. Pertence).

III - Recurso ordinário provido. (STJ. 6a T. RMS 5352/GO. Rel. Min. Adhemar Maciel, j. pmv 27/05/1996)

(...) A questão da doutrina dos frutos da árvore envenenada (*Fruits of the poisonous tree*): A questão da ilicitude por derivação. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes (...) A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os

## PROGRAD / COSEAC – Direito - Gabarito

elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A questão da fonte autônoma de prova (*an independent source*) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida. Doutrina. Precedentes do STF (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) – Jurisprudência Comparada (A experiência da Suprema Corte americana): casos *Silverthorne Lumber co. v. United States* (1920); *Segura v. United States* (1984); *Nix v. Williams* (1984); *Murray v. United States* (1988), v.g.” (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-8-2008.) **No mesmo sentido: HC 90.094**, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 8-6-2010, Segunda Turma, DJE de 6-8-2010; **HC 90.298**, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJE de 16-10-2009.