

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS  
DE SERGIPE - FANESE  
CURSO SUPERIOR DE BACHARELADO EM DIREITO**

**WENDEL ALBUQUERQUE**

**A BUSCA DA VERDADE REAL EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA  
VEDAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO TOCANTE AO PROCESSO PENAL**

**ARACAU**

**2018**

**WENDEL ALBUQUERQUE**

**A BUSCA DA VERDADE REAL EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA  
VEDAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO TOCANTE AO PROCESSO PENAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

**ORIENTADOR: Prof.º Esp. IVIS MELO  
DE SOUZA**

**ARACAU**

**2018**

**WENDEL ALBUQUERQUE**

**A BUSCA DA VERDADE REAL EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE  
PROVAS ILÍCITAS NO TOCANTE AO PROCESSO PENAL**

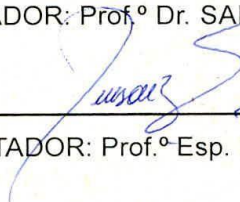
Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em  
Direito pela FANESE.

APROVADA EM 04 / 12 / 2018

BANCA EXAMINADORA

  
\_\_\_\_\_  
AVALIADOR: Prof.º Mestre. OSVALDO RESENDE

  
\_\_\_\_\_  
AVALIADOR: Prof.º Dr. SANDRO LUIZ DA COSTA

  
\_\_\_\_\_  
ORIENTADOR: Prof.º Esp. IVIS MELO DE SOUZA

## WENDEL ALBUQUERQUE

S586b SILVA, Wendel Albuquerque da.

A Busca Da Verdade Real Em Detrimento Do Princípio Da Vedação De Provas Ilícitas No Tocante Ao Processo Penal / Wendel Albuquerque da Silva; Aracaju, 2018. 68 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. Ivis Melo de Souza

1. Provas Ilícitas 2. Relativização 3. Processo Penal 4. Verdade Real I. Título.

CDU 343.14(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

**WENDEL ALBUQUERQUE**

**A BUSCA DA VERDADE REAL EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO  
DE PROVAS ILÍCITAS NO TOCANTE AO PROCESSO PENAL**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em  
Direito pela FANESE.

APROVADA EM \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

AVALIADOR:

---

AVALIADOR:

---

ORIENTADOR: Prof.º Esp. IVIS MELO DE SOUZA

## RESUMO

O presente estudo traz uma visão panorâmica do que seja o processo penal e seus princípios, evidenciando a problemática da vedação probatória existente no processo penal. Menciona, também, quais os tipos de correntes doutrinárias a respeito da admissibilidade de provas ilícitas no âmbito do processo penal e como isso influencia na busca da “verdade real”, bem como a mais aceita pela doutrina no ordenamento pátrio. Traz também o Projeto de Lei n.º 4.850, de 2016, onde o Ministério Público Federal propõe uma alteração no Código de Processo Penal, estabelecendo medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Também exemplo de operação que não teve sucesso por ser baseada em uma prova ilícita. Para discorrer sobre o tema foi utilizado o método dedutivo, pesquisas em artigos jurídicos, além de referências bibliográficas e jurisprudenciais. Onde podemos visualizar com clareza todo o processo penal, seus princípios e finalidade. Usando assim um comparativo do atual artigo 157 do CPP e o projeto de lei nº 4.850, de 2016 que tramita no Senado Federal, e propõe uma nova redação ao artigo citado, proposto pelo Ministério Público Federal. Com isso podemos entender melhor os dois lados da moeda, por assim dizer, conhecendo pontos positivos e negativos da alteração proposta. O presente estudo tem como finalidade expor a relativização do aproveitamento de provas obtidas por meio ilícito, e sua relação com a busca da “verdade real”.

**Palavras-Chave:** Provas ilícitas. Relativização. Processo Penal. Verdade Real.

## **ABSTRACT**

The present study provides a panoramic view of the criminal process and its principles, highlighting the problem of the probationary prohibition in criminal proceedings. It also mentions the types of doctrinal currents regarding the admissibility of unlawful evidence in the criminal proceedings and how this influences the search for the "real truth" as well as the most accepted doctrine in the national order. It also brings Bill 4,850, dated 2016, where the Federal Public Ministry proposes an amendment to the Criminal Procedure Code, establishing measures against corruption and other crimes against public patrimony and combating the illicit enrichment of public agents. Also an example of an operation that was unsuccessful because it was based on an unlawful evidence. The deductive method, research on legal articles, bibliographical and jurisprudential references was used to discuss the topic. Where we can clearly visualize the whole criminal process, its principles and purpose. Using a comparison of the current article 157 of the CPP and bill No. 4,850, of 2016 that is processed in the Federal Senate, and proposes a new wording to the cited article, proposed by the Federal Public Ministry. With this we can better understand the two sides of the coin, so to speak, knowing the positives and negatives of the proposed change. The present study aims at exposing the relativization of the use of evidence obtained by illicit means, and its relation with the search for "real truth".

**Keywords:** Illicit evidence. Relativization. Criminal proceedings. Real Truth

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

### **ABREVIATURAS**

Art. por artigo

Ed. por edição

Min. por

ministro

p. por página

### **SIGLAS**

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do

Brasil HC – Habeas Corpus

MPF – Ministério Público

Federal RE – Recurso

Extraordinário STF – Supremo

Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA .....</b>	<b>11</b>
2.1	BREVE APANHADO SOBRE O PROCESSO PENAL, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEUS PRINCÍPIOS.....	12
2.2	PRINCÍPIO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO .....	16
2.3	PRINCÍPIO DA VERDADE REAL .....	17
2.3	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (NÃO CULPABILIDADE) .....	18
2.4	PRINCIPIO DO CONTRADITÓRIO.....	20
2.5	PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	21
2.6	AS PROVAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL .....	22
<b>2.6.1</b>	<b>As provas cautelares .....</b>	<b>23</b>
<b>2.6.2</b>	<b>Provas não repetível .....</b>	<b>23</b>
<b>2.6.3</b>	<b>Provas antecipadas .....</b>	<b>23</b>
<b>2.6.4</b>	<b>A Prova e a Coisa Julgada .....</b>	<b>24</b>
2.7	CONCEITO DE PROVAS .....	25
<b>2.7.1</b>	<b>Meios de prova .....</b>	<b>26</b>
<b>2.7.2</b>	<b>Vedação probatória (PRINCÍPIO DA vedação do uso de provas ilícitas) .....</b>	<b>27</b>
<b>2.7.3</b>	<b>Prova ilegítima .....</b>	<b>28</b>
<b>2.7.4</b>	<b>Prova ilícita .....</b>	<b>28</b>
<b>2.7.5</b>	<b>Prova ilícita por derivação .....</b>	<b>28</b>

2.7.6	Teoria da fonte independente.....	29
2.7.7	Teoria da descoberta inevitável (Serendipidade) .....	31
2.7.8	Teoria Dos Frutos Da Árvore Envenenada .....	33
3	<b>METODOLOGIA</b> .....	<b>33</b>
4	<b>RESULTADOS E DISCUSSÃO</b> .....	<b>34</b>
4.1	A ADMISSIBILIDADE E INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	34
4.2	DA ADMISSIBILIDADE .....	34
4.3	DA INADMISSIBILIDADE ABSOLUTA .....	35
4.4	DA PROPORCIONALIDADE .....	36
4.5	CORRENTE DA PROVA ILÍCITA <i>PRO RÉU</i> .....	37
4.6	A IMPORTÂNCIA DAS PROVAS PARA O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO .....	37
4.7	A POSSÍVEL ALTERAÇÃO NA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL .....	38
4.8	OPERAÇÃO SUNDOW E A SUA INVALIDAÇÃO DESDE O INÍCIO POR SE BASEAR EM PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS....	47
5	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>50</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>53</b>



## 1. INTRODUÇÃO

A ideia de uma prova ser obtida de forma ilegal atinge a segurança jurídica em todas as situações, uma vez que no cenário jurídico nacional é vedado tal uso de provas por força constitucional de cláusula pétrea como observada no artigo 5º inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, como também as derivadas de tal meio como explana o Código de Processo Penal em seu artigo 157.

Porém, a relativização deixa evidente que o interesse em buscar a verdade real dos juízes deve ir além de garantias que não devem ser tidas como absolutas. Tal admissibilidade deve ser levada em consideração uma vez que observada a natureza protecionista do Código de Processo Penal, de forma que uma vez proveitosa para a absolvição do réu deverá ser levada em consideração.

Porém, se o maior foco do processo penal é que se chegue ao mais próximo da realidade dos fatos (a verdade real), por que a relativização do uso de provas obtidas por meio ilícito não deve ser aceita para condenar o réu?

Ora, é evidente que as provas são meios para que o julgador baseie sua decisão, diante de tal importância todo o tipo de prova deverá ser levada em consideração para que assim possamos alcançar a tão sonhada justiça.

O presente trabalho aborda exatamente o processo de busca pela justiça e paz social com a possível alteração proposta ao art. 157 do Código de Processo Penal. É trazido o conceito do Processo Penal e a forma de como ele é constituído, como a atuação estatal veio evoluindo e para tanto foi necessário que se criassem princípios para limitar essa atuação do Estado em relação à sociedade. Nesse diapasão, como é notório, o Processo Penal é o último recurso para a resolução de conflitos, é fundamental a comprovação da materialidade e autoria do fato para que o acusado perca seu direito à liberdade (direito fundamental garantido constitucionalmente). Comprovação essa que se dá por meio de provas, daí a importância do estudo das provas para a presente pesquisa.

Para discorrer sobre o tema foi utilizado o método dedutivo, pesquisas em artigos jurídicos, além de referências bibliográficas e jurisprudenciais. Onde podemos visualizar com clareza todo o processo penal, seus princípios e finalidade. Usando assim um comparativo do atual artigo 157 do CP.

Serão abordadas também no seguinte estudo, as possíveis razões pela qual há em tramitação no Senado Federal um projeto de lei que pretende relativizar a vedação probatória do art. 157 do código de processo e fazendo um contraponto com a possível violação de princípios constitucionais.

Com a apresentação do projeto de lei, é citada também, a operação da polícia federal que se baseou em provas ilícitas, denominada *Sundown* e os princípios constantes na legislação norte-americana que deram origem a vedação probatória existente em nosso ordenamento jurídico.

Por fim o tema escolhido se justifica por ser a prova de extrema importância para o processo penal e a busca da tão mencionada justiça, vez que é através dela que o juiz toma conhecimento dos fatos, sendo que no nosso ordenamento impera o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida favorece o réu, assim para haver a condenação é preciso que os requisitos de autoria e materialidade do réu sejam efetivamente provados, caso contrário deverá ser absolvido por falta de prova.

Como é de conhecimento público e pacificado que a relativização do uso de provas ilícitas em benefício do réu é totalmente aceita pela doutrina majoritária, o que se pretende com o presente estudo é evidenciar pontos positivos e negativos dessa mitigação à vedação probatória em proveito da sociedade, uma vez que se aceita em benefício do réu não se mostra que é um princípio absoluto.

Evidente que se o que se busca com o processo é a efetivação da justiça, fica o questionamento se: condenar um culpado, se baseando em uma prova obtida por meio ilícito também não é a efetivação da justiça.

De outro prisma, é bem sabido que o Estado detém de muito mais recursos necessários para a comprovação da autoria e materialidade de um crime do que a defesa desse acusado, mantendo assim um equilíbrio no processo. Onde sabemos também que para a obtenção de provas por meios ilícitos é totalmente violado um direito a pessoa do réu, na maioria das vezes o direito a intimidade elencado na Carta Magna em seu art. 5º inciso X.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Para referencial teórico, o presente estudo apresenta referenciais doutrinários, legais e artigos científicos desenvolvidos na área pesquisada. A fim de dar uma base referencial sólida, para que seja possível compreender melhor o Processo Penal como um todo, avaliar seus princípios e discutir acerca da alteração de um desses princípios, qual seja o da vedação de provas ilícitas.

Para tanto foi trazido à tona conceitos e ideias dos principais nomes do Processo Penal na doutrina brasileira. Nomes como: Aury Lopes Junior, Nelson Nery Junior, Guilherme de Souza Nucci, Eugênio Pacelli, Fernando de Almeida Pedroso, Guilherme Madeira Dezem, Renato Brasileiro de Lima, dentre outros igualmente renomados e especialistas no assunto que sem dúvida desempenham um importante papel na doutrina jurídica, penal e processual pena brasileira.

Ademais serviram como fonte de pesquisa para engrandecer, cientificamente o presente estudo, o trabalho de conclusão de curso de Geisa Matos Farah, assim como foi de fundamental importância a contribuição dos artigos do professor Gustavo Badaró com seu artigo publicado no boletim nº 277 de 2015 do IBCCRIM intitulado “As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal” e Helio Telho Corrêa Filho que foi promotor de Justiça em Goiás e no Distrito Federal e procurador regional eleitoral em Goiás. Atualmente é procurador da República em Goiás, coordenador do Núcleo de Combate à Corrupção da Procuradoria da República em Goiás e colaborador eventual da Escola Superior do Ministério Público da União, com seu artigo publicado no site As Dez Medidas de Combate à Corrupção. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>. Acessado em 15/05/2017.

Por último, mas não menos importante foram citados também a própria legislação nacional, tais como a Constituição Federal, O Código Penal, O Código De Processo Penal e o Código de Processo Civil, dentre outros doutrinadores elencados com exatidão nas referências bibliográficas que sem dúvidas contribuíram para um estudo mais sério e focado em sanar as principais dúvidas acerca do tema de admissibilidade de provas ilícitas.

## 2.1 BREVE APANHADO SOBRE O PROCESSO PENAL, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEUS PRINCÍPIOS

O processo penal é o meio com o qual o Estado-juiz "pune" um crime. Pelo fato do Brasil ser em um Estado democrático de direito<sup>1</sup> o juiz está limitado ao que as leis estabelecem como um parâmetro para uma punição justa para cada crime cometido. Sendo assim a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais estabelecem princípios que limitam a atuação do estado em relação à sociedade. Dentre esses princípios é importante citar o do **Livre Convencimento Motivado**, pautado em norma infraconstitucional, dentre outras, no Decreto-Lei nº 3.689/41(Código de Processo Penal), mais precisamente no seu artigo 155 onde bem prescreve que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, entendendo-se assim que o que não constar nos autos não pode servir de base para uma decisão judicial.

No processo penal, diferente do que ocorre no processo civil, existe o chamado **Princípio da verdade real**, que nada mais é que sobressair das provas constantes nos autos (a verdade formal) para uma elucidação completa dos fatos, tendo em vista a maior gravidade dos fatos nesse ramo do direito.

Embora seja buscada no processo penal a “verdade real” é evidente a extrema dificuldade de ser alcançado o fiel retrato de um crime uma vez que independente dos meios, a verdade obtida no processo será sempre a verdade processual, será sempre uma verdade reconstruída, e que depende do maior número de contribuição das partes e em alguns momentos do próprio juiz.

No sistema penal brasileiro existe o princípio da **presunção de inocência** (não culpabilidade) o que significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado tal princípio.

---

<sup>1</sup>"Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo *direito*. 'Estado de não direito' será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito" (Canotilho, 1999, p. 11).

previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal transfere todo o ônus da prova ao órgão de acusação, incumbido de provar a materialidade e a autoria do crime.

Ante este princípio fica evidenciada o quanto são excepcionais as medidas cautelares, devendo, por conseguinte, toda prisão processual estar fundada em dois requisitos gerais, o ***periculum libertatis e o fumus comissi delicti***. O que significa que para que seja decretada a prisão do réu, na fase processual (antes da sentença) é necessário que seja demonstrado que o réu causa um perigo real, seja ao andamento do processo ou a evidência de que caso seja mantido em liberdade praticará outro crime, e cumulativamente com a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Apenas depois de demonstrado fundamentadamente esses pressupostos que o réu terá seu direito constitucional à liberdade violado.

Pode-se afirmar então que a função das provas no processo penal é unicamente reproduzir algo que mais se aproxime com a verdade para que seja julgada determinada conduta.

Se o mais importante no Processo Penal são as provas, é imprescindível saber quais os tipos de provas que são aceitas e, principalmente, não aceitas no processo. Dispõe o art. 5.º, LVI, da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, **princípio da vedação do uso de provas ilícitas**, deste princípio surge a **Teoria dos frutos da árvore envenenada** (*fruits of the poisonous tree*): as provas, mesmo que formalmente lícitas decorrentes da prova ilícita são inválidas. Ex.: o produto do crime apreendido em uma busca e apreensão domiciliar ilegal, pois realizada sem mandado judicial. Conforme o Código de Processo Penal em seu artigo 157, do qual se extrai que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Desta forma, mesmo sabendo da enorme dificuldade de passar o retrato exato dos fatos uma vez transitado em julgado a decisão final, sobre ela incidirá os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências legais. O processo então trará uma certeza jurídica e uma resposta à sociedade sobre determinada conduta reprovável.



É evidente que a análise da prova recebeu diversas etapas durante o passar do tempo, de acordo com o desenvolvimento da cultura social, os costumes e com o momento político-econômico de cada povo.

Nesse sentido podemos destacar as palavras de Livia de Fátima Oliveira da Costa<sup>2</sup>:

Na legislação brasileira inicia em 1808, sendo que antes vigoravam as Ordenações Portuguesas, e a ideia de um Código Civil e Criminal, surge com a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, que ao tratar da questão da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, afirmava que esses direitos teriam por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Assegurando ainda que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, essa Constituição dispunha que seria organizado um Código Civil e um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade (COSTA, 2009, p.01).

Há de se saber também, que desde o início da civilização, o modo de verificação da verdade era somente relacionado à religião, onde os indivíduos acusados eram expostos a instrumentos de provas como as ordálias, juramentos e duelos para aferir sua responsabilidade, ou seja, o que se acreditava era na justiça divina de Deus (FARAH, 2008, p.11).

Evidentemente, esse método de justiça divina é visto hoje como um instrumento de crueldade e tortura, onde os acusados eram postos a fazer coisas para provar sua inocência praticamente impossível e surreal.

Exemplos sobre estas provas caracterizadas tão cruéis e surreais destacam-se as palavras de OLIVEIRA e COSTA que descrevem o seguinte:

As principais provas eram: a prova da água fria: jogando o indiciado na água, caso submergisse era inocente, caso viesse à tona, era culpado. A prova do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria de passar por uma chapa de ferro em brasa; caso nada lhe acontecesse, era inocente, porém, se queimassem os seus pés, a culpa era manifesta. A prova do *judicium affae*: o indivíduo deveria engolir de uma só vez grande quantidade de alimento, que era farinha de trigo. Se não conseguisse, era culpado. Prova do pão e queijo: acusado deveria engolir um pedaço de pão e queijo, em não conseguindo era culpado (OLIVEIRA; COSTA, 2010, p.04

---

<sup>2</sup> Acadêmica de Direito das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, orientada pela Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Clara Roman Borges

Dessa forma, não havia nenhum caráter técnico na forma de julgamento desta época. Sendo muito difícil, ou talvez até mesmo impossível, o acusado provar sua inocência.

Segundo Geisa Matos Farah:

Esse sistema permaneceu até o fim do século XII e no curso do século XIII, quando sob a égide do Direito canônico, não totalmente desvinculados da religião, a inquirição tomou lugar dos juízos de Deus, atribuindo a solução dos conflitos, não mais confiando às divindades.(FARAH, 2008, p.11)

Passando assim para o sistema inquisitivo, nesse sistema a confissão era o objetivo principal, onde se buscava a “verdade” fazendo com que o acusado viesse a confessar a suposta autoria do crime de qualquer maneira, sendo muito utilizado o método de tortura, inexistindo qualquer tipo de proteção ou direito a ser resguardado no curso da “investigação”. Nesse sistema a confissão era tida como “mãe das provas”, vez que o acusado era quem poderia melhor descrever os fatos.

Após o período da inquirição passa a ser utilizado um sistema legal das provas, baseado em textos de direito romano e de direito canônico, onde foram estabelecidas em leis as regras para avaliação da prova. Restando apenas ao juiz à observância de rigorosos preceitos estabelecidos nas leis, não havia espaço para liberdade de apreciação, era a lei que dizia quais as provas são apropriadas a levar à convicção e quais não são aptas para tanto.

Ainda no período de inquisição, segundo FARAH:

A prova tinha um valor pré-fixado, apenas a combinação das provas admitidas e valoradas autorizaria a condenação do indivíduo, desse modo havia uma regulação minuciosa e complexa dos meios de provas, o que favoreceu uma maior severidade da investigação, e novamente a confissão, mesmo diante tortura, era considerado o meio mais eficaz para a certeza necessária à condenação (FARAH, 2008, p 12).

Com a evolução da sociedade, deu início em Roma, o sistema da íntima convicção que proporcionava o juiz a sentenciar de acordo com sua apreciação das provas sem necessidade de fundamentar.

Claramente não é esse o sistema que vigora no atual sistema penal brasileiro visto que ao observarmos o art. 93, inciso IX da CRFB, as decisões devem ser fundamentadas sob pena de nulidade.

Porém é excepcionalmente utilizado nos julgamentos do tribunal do júri, como preceitua o doutrinador Renato Brasileiro<sup>3</sup>:

A despeito da regra constante da Constituição Federal, não se pode negar que referido sistema tenha sido adotado em relação às decisões dos jurados no tribunal do júri, as quais não precisam ser motivadas. Isso porque, de acordo com o art. 5º, inciso XXXVIII, da Magna Carta, tem-se como uma das garantias do júri o sigilo das votações. Ou seja, fosse o jurado obrigado a fundamentar sua decisão, seria possível identificar-se o sentido de seu voto. Daí a desnecessidade de fundamentação do voto do jurado, limitando-se o mesmo a um singelo “sim” ou “não” para cada quesito que lhe for formulado, nos exatos termos do art. 486, *caput*, do CPP. (LIMA, 2016, p.831)

Logo em observância tanto do art. 93, inciso IX, quanto do art. 155, *caput*, do CPP, o sistema vigente, em regra, é o do livre convencimento motivado. Princípio que será abrangido no próximo tópico.

Após tanta evolução no sistema processual penal, deve-se concluir então que o processo penal busca alcançar, por meios de provas, o mais próximo da veracidade dos fatos, sendo garantido o contraditório e favorecendo o livre convencimento motivado do julgador.

Mas, diante da vedação do uso de provas obtidas por meios ilícitos resta dúvida se a busca da verdade real, como resposta a sociedade, deve se sobressair ao princípio da vedação do uso de provas derivadas das ilícitas.

## 2.2 PRINCÍPIO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Como dito anteriormente de forma sucinta, por força deste princípio o juiz é livre na formação de seu convencimento, não há uma hierarquia para as provas, o próprio julgador decide qual (is) prova(s) é (são) suficiente(s) para formar a sua convicção.

---

<sup>3</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

Ou seja, o julgador poderá formular sua decisão de acordo com o seu entendimento a respeito da demanda estando compelido a motivar em provas válidas apresentadas, respeitado a ampla defesa e o contraditório, para motivar sua decisão.

Este princípio está evidenciado no artigo 155 do código de processo penal, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, Código de Processo Penal 1941)

Como se pode observar é livre a apreciação da prova produzida, sendo assim, não há prova com valor absoluto, muito menos hierarquia entre as provas.

Mais uma vez ressaltado que o magistrado deve valorar todas as provas produzidas, uma vez que esteja nos autos do processo e que tenham sido submetidas ao contraditório e ampla defesa. Isso porque as partes têm o direito de ação, que em um dos seus desdobramentos está o direito à prova, dessa forma tem o direito de ter sua prova analisada pelo magistrado.

Além de ser um princípio constante em norma infraconstitucional, o princípio do livre convencimento motivado é, sobretudo, um princípio constitucional pautado no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, *in verbis*:

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Como observado, o texto constitucional evidencia que os julgamentos que não forem devidamente fundamentados serão considerados nulos.

### **2.3 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL**

Como já explanado, esse princípio nada mais é que a maior elucidação das provas constantes nos autos (a verdade formal) para uma aferição completa dos fatos, haja vista o caráter especial do Direito Penal (*ultima ratio*).

Embora seja buscada no processo penal a “verdade real” é evidente a extrema dificuldade de ser alcançado o fiel retrato de um crime uma vez que independente dos meios, a verdade obtida no processo será sempre a verdade processual, será sempre uma verdade reconstruída, e que depende do maior número de contribuição das partes e em alguns momentos do próprio juiz.

De acordo com o código de processo civil em seu artigo 341<sup>4</sup> a mera falta de impugnação do réu ao fato alegado já caracteriza como verdadeira as alegações, enquanto no processo penal é imprescindível a materialização da prova a respeito dos fatos alegados, ou seja, mesmo que não sejam impugnadas as alegações pelo réu ou até mesmo confessadas cabe a acusação a produção de provas o que é chamado verdade material, a materialização das alegações.

Para que seja alcançada a verdade no processo, é preciso que as alegações sejam materializadas por meio de provas, onde passada ao julgador cabe o seu livre convencimento a respeito de tais, o princípio do livre convencimento motivado (CF, art. 93, IX) garante ao processo que não haverá prova de maior valoração uma vez que existindo a prova o juiz pode se motivar nela sua decisão independentemente se há ou não outras provas em contrário, sendo assim as provas apresentadas fundamentarão a decisão do juiz de acordo com sua apreciação.

#### **2.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (NÃO CULPABILIDADE)**

Como foi brevemente citado, este princípio norteia que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado tal princípio previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal transfere todo o ônus da prova ao órgão de acusação, incumbido de provar a materialidade e a autoria do crime.

Como preconizado no art. 5.º, LVII, da constituição federal “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” conceito evidenciado no entendimento do STF no julgamento do HC 126.292, senão vejamos:

Decisão: 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC

<sup>4</sup> Código de Processo Civil. Brasília: DF, Senado, 2015

313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão assim fundamentada: As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: (HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator. Neste habeas corpus, a impetrante alega, em suma, que o Tribunal de Justiça local decretou a prisão preventiva do paciente sem qualquer motivação, o que constitui flagrante constrangimento ilegal, mormente porque o magistrado sentenciante permitiu que o réu recorresse em liberdade. Requer, liminarmente, “seja sobrestado o mandado de prisão expedido contra o Paciente até o julgamento final deste writ, quando espera ver reconhecido o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória (...)”. 2. À vista da Súmula 691 do STF, não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator pela qual, em habeas corpus requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida supressão de instância. Sabe-se, porém, que a jurisprudência desta Corte admite seu abrandamento em casos excepcionais (v.g., entre outros, HC 118.066 AgR, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 25-09-2013; HC 95.913, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 06-02-2009), quando manifesta a ilegalidade. 3. É o caso dos autos. A sentença condenatória concedeu ao paciente o direito de recorrer em liberdade, da seguinte forma: “Permito ao sentenciado Márcio Rodrigues Dantas que, querendo, recorra em liberdade desta decisão. Anoto, desde logo, que qualquer atitude sua em relação à vítima ou a qualquer das testemunhas importará na decretação de sua prisão preventiva”. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinou o seguinte: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio”. Ve-se, pois, que a Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente, conforme estabelece o art. 312

do CPP, o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva. Conforme se decidiu no HC 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26-02-2010, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal incidem na espécie, o que não ocorreu no caso. 4. Ante o exposto, defiro o pedido de liminar, para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715- 92.2010.8.26.0268, do TJ-SP, com a ressalva de que fica o juízo competente autorizado a impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura, se por al não estiver preso, ou contramandado de prisão, conforme o caso. Comunique-se, com urgência. Após, à Procuradoria-Geral da República. Intime-se. Publique-se. Brasília, 5 de fevereiro de 2015. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente (STF - HC: 126292 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/02/2015, Data de Publicação: DJe-027 DIVULG 09/02/2015 PUBLIC 10/02/2015)

Assim sendo, o conceito atualizado a luz do entendimento do STF em relação ao referido HC, a presunção de inocência consiste no direito de não ser declarado culpado, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao termino de um processo, no qual tenham sido observadas todas as garantias fundamentais. Em outras palavras consiste no direito de não ser declarado culpado, senão após a prolação de acórdão condenatório por tribunal de justiça (ou TRF).

Um dos principais argumentos de Teori Zavascki (ministro relator) é deve ser buscado o necessário equilíbrio entre o princípio da presunção da inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores não apenas para o acusado, mas também para a sociedade.

## **2.5 PRINCIPIO DO CONTRADITÓRIO**

Um dos princípios basilares do processo penal e que não poderíamos deixar de apresentar, por ser de suma importância ao estudo aqui apresentado.

O contraditório é a garantia que a as partes tem de confrontar qualquer fato ou alegação, a que seja contrária, afim de que possa exercer seu direito de ação no curso do processo contribuindo assim com o convencimento do julgador.

Na visão do doutrinador Eugênio Pacelli:

(...) o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que **a sua não observância é passível até de nulidade absoluta**, quando em prejuízo do acusado. Já veremos que, quando se tratar de violação do contraditório em relação à acusação, será necessária a arguição expressa da irregularidade no recurso, sob pena de preclusão, ainda que se cuide de nulidade absoluta. Nessa hipótese, excepcional, por certo, levam-se em consideração outras questões, ora ligadas ao controle do bom desempenho das funções públicas (o Ministério Público deve zelar, sempre, pela regularidade do processo, em todas as suas fases), ora ligadas à vedação da não surpresa (no fundo, o próprio contraditório) para a defesa; esta, diante da ausência de impugnação da irregularidade no recurso da acusação, não teria como se manifestar sobre a mesma. (2017, p.37) (Grifei).

Como foi exposto nas palavras de Eugênio Pacelli é tão importante esse princípio para o processo penal que a sua inobservância é passível de nulidade absoluta.

## 2.6 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Mais um princípio basilar do processo penal a ampla defesa é nas palavras do doutrinador Fernando Capez (2016, p. 98) “(...) o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV).”

Como visto, a ampla defesa é subdividida em autodefesa e defesa técnica. Como dispõe o art. 261 do CPP, é irrenunciável a defesa técnica, quando no dispositivo legal diz que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.” Deixando claro que para haver processo é imprescindível um defensor. Dessa forma a constituição federal garante a observância desse princípio a acusado hipossuficiente em seu artigo art. 5º, inciso LXXIV, quando diz que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Já a autodefesa, que como o próprio termo sugere, é a defesa pessoal que é exercida pelo próprio acusado.

Doutrinariamente a autodefesa é dividida em três partes: direito de audiência, direito de presença e capacidade postulatória e distinta do acusado.



O direito de audiência é o direito que o acusado tem de ser ouvido pelo juiz, por meio de seu interrogatório. Esse é o primeiro momento que o acusado tem para se autodefender o momento de expor possível motivo, ou negar autoria do crime. Nesse sentido, como o ônus do exercício de tal direito recai totalmente sobre o acusado é renunciável a autodefesa, bem como pode se manter em silêncio como uma forma de se defender, cabe apenas ao acusado decidir, não sendo ele obrigado a responder o interrogatório evitando assim a autoincriminação.

O direito de presença é o direito que o acusado tem de acompanhar os atos da instrução probatória. Direito que não se mostra absoluto ao examinarmos o art. 217 do CPP onde diz que se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, podendo prejudicar ou alterar seu depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

E a capacidade postulatória autônoma e distinta do acusado significa dizer que ainda que o acusado não seja advogado, o ordenamento jurídico confere a ele capacidade para praticar certos atos, a exemplo impetrar um *Habeas Corpus*.

## **2.7 AS PROVAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL**

O Art. 155 do CPP traz a seguinte redação:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.(BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

Como já foi dito, uma vez que a decisão do julgador deve ser baseada em provas, é certo dizer, com uma simples leitura do artigo supracitado, que as provas só serão produzidas na fase processual e não na investigação criminal, uma vez que não pode se valer o julgador destas, de base para uma decisão.

Isto em regra porque no próprio texto legal trás as exceções quais sejam: as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Que serão conceituadas nos tópicos a seguir.

- **As provas cautelares**

As provas cautelares, segundo o professor Renato Brasileiro<sup>5</sup>, são aquelas que, uma vez produzidas, não tem como ser novamente coletada, por decurso de tempo. Podem ser produzidas no curso da fase investigatória ou durante a fase judicial, sendo que, em regra, dependem de autorização judicial.

Por esse motivo o contraditório é postergado para a fase processual (no caso da prova ser produzida da fase investigatória), com a possibilidade das partes argumentarem contra a prova, impugnam e/ou oferecerem contraprova, é o chamado contraditório diferido.

- **Provas não repetível**

As provas não repetíveis, como o próprio nome sugere, são aquelas que uma vez produzidas, não se pode repetir, em virtude do desaparecimento ou por perecimento da fonte probatória.

Haja vista, imagine-se a seguinte situação, onde a vítima tenha sofrido uma lesão corporal de natureza leve, conforme predispõe o art. 6º, inciso VII, do CPP, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá, dentre outras diligências, determinar que se proceda a exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias. (Concluindo-se assim que não necessita de prévia autorização judicial). Se o exame não for feito logo em seguida, provavelmente haverá o desaparecimento da prova, vez que lesões dessa natureza tendem a “sumir” com facilidade.

De ante da natureza da prova não repetível, e como já foi dito que toda prova deve ser submetida ao contraditório, nesse caso uma vez posta em juízo será a oportunidade para que seja refutada, sendo assim, como acontece com as provas cautelares o seu contraditório também é diferido ou postergado.

- **Provas antecipadas**

---

<sup>5</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

É o exemplo trazido no Art. 225, do CPP, onde se extrai o comando que se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomarem-lhe antecipadamente o depoimento.<sup>6</sup>

Nesse caso o juiz estará presente no ato bem como representante das partes, para garantir o contraditório. E se o depoimento a ser antecipado for do acusado, em razão do já mencionado princípio da ampla defesa, em seu desdobramento a defesa técnica, estará presente o seu advogado constituído nos autos, sendo assim, o depoimento ficará integrado aos autos com o mesmo valor legal que teria caso fosse prestado no curso da instrução.

- **A Prova e a Coisa Julgada**

Para entendermos o importante papel que as provas desempenham na fase pré-processual, *mister* se faz entendermos em que consiste a coisa julgada.

Pois bem, o Art. 502, do código de processo civil, denomina coisa julgada material como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.<sup>7</sup>

Noutras palavras, a partir do momento em que a decisão judicial, não seja mais passível de recurso, quer seja porque as partes não interpuseram, quer seja por já serem julgados todos os recursos cabíveis.

Já a coisa julgada formal é a nomenclatura que a doutrina dá a imutabilidade da decisão dentro do processo, ou seja, pode ser objeto de uma nova ação, caso surja uma nova prova.

Para exemplificar, na fase pré-processual temos a súmula 524 do STF onde diz que arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, pode ser objeto de uma ação penal mediante surgimento de novas provas. Ou seja, faz se a coisa julgada formal, não sendo discutido o mérito da demanda.

---

<sup>6</sup> BRASIL, Código de Processo Penal. Brasília: DF, Senado, 1941.

<sup>7</sup>BRASIL, Código de Processo Civil. Brasília: DF, Senado, 2015

Temos então que coisa julgada material é aquela que há julgamento de mérito, indiscutível posteriormente e coisa julgada formal é aquela que não discute o mérito e pode ser objeto de nova ação, caso surja uma nova prova.

Isto posto, temos que a coisa julgada material pressupõe a existência de coisa julgada formal, porém a coisa julgada formal pode acontecer sem a existência da coisa julgada material.

Mais uma vez para reafirmarmos a importância das provas na fase pré-processual podemos citar que uma vez provada a excludente de culpabilidade por falecimento do acusado o inquérito será arquivado, fazendo coisa julgada material.

Mas o que acontece se posteriormente for descoberto que a prova (qual seja o atestado de óbito) que ensejou o arquivamento do inquérito policial foi falsificada, uma vez que foi dito que a coisa julgada material não pode ser objeto de nova ação judicial?

Pois bem, em recente entendimento do STF a decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu, pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. (HC 84.525/ MG, 2004).

É o que diz o informativo nº 0433 do STF, *in verbis*:

#### **EXTINÇÃO. PUNIBILIDADE. CERTIDÃO FALSA. ÓBITO.**

A Turma, entre outras questões, entendeu que pode ser revogada a decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do ora paciente, uma vez que não gera coisa julgada em sentido estrito. A formalidade não pode ser levada a ponto de tornar imutável uma decisão lastreada em uma falsidade. O agente não pode ser beneficiado por sua própria torpeza. Precedente citado do STF: HC 84.525-8-MG, DJ 3/12/2004. HC 143.474-SP, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 6/5/2010.

Destacamos então a importância das provas na fase pré-processual e o peso que a sua inadmissibilidade por ilicitude tem, até mesmo nessa fase.

## **2.8 CONCEITO DE PROVAS**

Diante do nosso objeto de estudo fica evidente a necessidade de se conceituar o que é prova, bem como os tipos e a quem se destina.

A prova é a maneira com a qual o julgador terá conhecimento dos fatos e formulará seu julgamento, ou seja, o destinatário das provas é o magistrado já que ela se destina à formação da convicção dele.

Para NUCCI<sup>8</sup>, há três sentidos para o termo prova, sendo eles: Ato de provar, que é o processo pelo qual se verificar a exatidão ou veracidade do fato alegado no processo (fase probatória); Meio, que é o instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal) e resultado da ação de provar, ou seja, produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecida, demonstrando a verdade de um fato.

- **Meios de prova**

Como dito anteriormente as provas são os meios com o qual o julgador formará sua convicção a respeito de determinado fato. Desta feita é crucial sabermos quais são os meios de provas. De acordo com o doutrinador Tourinho Filho meios de prova: “É tudo quanto possa servir, direta e indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, pericia, [...], tudo são meio de prova” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 524). (Grifei).

No Código de Processo Penal Brasileiro são admitidas todas as provas obtidas por meio lícito, uma vez que a vedação probatória se refere apenas as provas ilícitas. Sendo assim, pode ser usadas inclusive filmagens, fotografias, cartas, interceptações telefônicas, enfim, tudo que possa aproximar da verdade do ocorrido.

Então, os meios de provas são tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente para demonstrar com mais exatidão a veracidade daquilo que foi alegado no processo, e que serão utilizados para o livre convencimento do juiz.

Dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal Brasileiro sobre a formação da convicção do juiz, baseados nas provas.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

---

<sup>8</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. P. 349

Assim sendo, toda a prova produzida e sendo assegurado o direito ao contraditório será a base para a decisão judicial em uso de seu livre convencimento motivado.

- **Vedação probatória (Princípio da vedação do uso de provas ilícitas)**

Este princípio é o foco principal do presente estudo, e como mencionado o art. 5º, inciso LVI, da constituição federal diz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Reafirmado pela norma infraconstitucional, qual seja, o código de processo penal, mas especificamente em seu artigo 157, *caput*, quando diz que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. E como dito também deste princípio decorre a teoria do fruto da árvore envenenada que será analisada no próximo tópico.

Nas palavras do professor Eugênio Pacelli:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo em que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica. (2017, p.37).

Defendendo ele que é uma forma de desestimular a produção de provas por meio ilegal, ou seja, tendo um caráter pedagógico.

Nesse tópico será explanado o que o ordenamento jurídico brasileiro veda, na produção de provas, no âmbito do processo penal. Para tanto, se faz necessário que seja dado o conceito de tipos de provas, ao menos os tipos mais importantes para a elucidação do tema.

Segundo Aury Lopes Júnior<sup>9</sup>, “devem-se distinguir prova ilegal, ilegítima e ilícita. A prova ilegal é o gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita.”, as quais:

- **Prova ilegítima**

Quando ocorre uma violação de uma regra de direito processual no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Ex.: juntada fora do prazo. (LOPES, 2012, p. 593)

- **Prova ilícita**

É aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo) [...]. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade. Exemplos: interceptação telefônica ilegal quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc. (LOPES, 2012, p. 594)

- **Prova ilícita por derivação**

A questão das provas ilícitas por derivação, também gera instabilidade doutrinária e jurisprudencial, quanto à natureza dessas provas e a sua consequência no âmbito do processo penal.

As chamadas provas ilícitas por derivação se referem às hipóteses em que as provas foram colhidas de forma lícita, porém colhidas a partir da informação extraída de uma prova captada ilicitamente.

Exemplo clássico é o da confissão obtida mediante tortura, em que o acusado aponta o local em que está o produto do crime, por exemplo, um depósito de drogas ilícitas, que vem a ser regularmente apreendido, mediante mandado de busca e apreensão. (LOPES, 2012, p. 594)

---

<sup>9</sup>LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva 2012. P. 593.

Ou seja, sempre que houver o nexó entre a prova ilícita e a prova que dela decorra, mesmo que aparentemente lícita, haverá a prova ilícita por derivação.

Nesse contexto, surge a dúvida se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser aproveitadas no processo, já que evidentemente será usada em prejuízo do réu.

Diante da dúvida apresentada, com vistas às garantias da pessoa humana, elaborou-se a doutrina, a já mencionada teoria dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* -, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos seus frutos.

- **Teoria da fonte independente**

Já que uma nova prova, derivada de prova ilícita é também considerada ilícita, conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada mencionada anteriormente. Há de se observar que não havendo nexó entre as duas provas deverá ser considerada lícita uma vez que não se faz “fruto” ou derivação da prova tida como ilícita.

O parágrafo primeiro do artigo 157 do código de processo penal traz a seguinte redação: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexó de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Já o parágrafo segundo do mesmo artigo supracitado dispõe que “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. (LOPES, 2012, p. 595)

A teoria da fonte independente parte da premissa de que, existindo duas fontes das quais pode ser colhida a prova, sendo uma admissível e outra ilícita, é de se reconhecer a admissibilidade e não a contaminação da prova derivada.

A respeito de não ser amplamente discutida essa teoria na jurisprudência brasileira, o STF já reconheceu sua admissão, consoante se verifica do seguinte julgado:



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 originalmente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal – tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.(RHC 90.376 RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-07, DJ e 18-5-07).

Conclui-se então que legislador deu a entender que essa teoria teria sido adotada expressamente nos parágrafos primeiro e segundo do art. 157 do Código de Processo Penal, na medida em que estabeleceu a admissão das provas ilícitas derivadas “quando as derivadas puderem ser obtidas por fonte independente da primeira”.

Segundo a redação do dispositivo, é suficiente que o julgador partindo da hipótese que se verifique abstratamente a possibilidade de captação das provas derivadas por outra fonte tida como lícita, já estará afastada a ilicitude por derivação, pois não é preciso, concretamente, haver este outro meio de prova com a reforma.

Neste sentido o doutrinador Guilherme Madeira Dezem explana que o próprio STF no julgamento em que recebeu a denúncia do chamado “Caso Mensalão” (ação penal 470) de cuja ementa se extrai o seguinte trecho apresentou a teoria de modo muito similar ao do sistema norte-americano:

SÉTIMA PRELIMINAR. Dados de empréstimo fornecidos pelo banco central. Pedido direto do ministério público. Ilegalidade. Ausência. Requisição feita pela CPMI dos correios. Posterior autorização de compartilhamento com o ministério público para instrução do inquérito. Legalidade. Não procede a alegação feita pelo 5º acusado de que os dados relativos aos supostos empréstimos bancários contraídos com as duas instituições financeiras envolvidas teriam sido colhidas de modo ilegal, pois o Banco Central teria atendido diretamente o pedido do Procurador-Geral da República sem que houvesse autorização judicial. Tais dados constam de relatórios de fiscalização do Banco Central, que foram requisitados pela CPMI dos Correios. No âmbito deste inquérito, o Presidente do Supremo Tribunal Federal determinou o “compartilhamento de todas as informações bancárias já obtidas pela CPMI dos Correios” para análise em conjunto com os dados constantes destes autos. Por último, o próprio Relator do Inquérito, em decisão datada de 30 de agosto de 2005, decretou o afastamento do sigilo bancário, desde janeiro de 1998, de todas as contas mantidas pelo 5º acusado e “demais pessoas físicas e jurídicas que com ele cooperam, ou por ele

são controladas”. Preliminar rejeitada. (STF, Inq. 2245/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 28.08. 07).

Ou seja, embora tenha no “Caso do Mensalão” ocorrido a quebra do sigilo bancário diretamente pelo Procurador Geral da República, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade da prova, uma vez que a CPI já havia também determinado essa quebra. Evidencia-se, assim, que, concretamente, havia um meio de prova lícito a permitir a utilização dos elementos ali contidos.<sup>10</sup>

Guilherme Madeira Dezem sustenta que, na realidade, ocorreu a positivação da exceção da fonte hipotética independente, também denominada como teoria da descoberta inevitável, será exposta no tópico a seguir. Não obstante, o próprio autor concluiu que, diante da similitude de nomes entre teoria da fonte independente e a exceção da fonte hipotética independente, surgirão na doutrina dois posicionamentos: o primeiro, afirmando que o parágrafo segundo do artigo 157 do Código de Processo Penal alude à teoria da fonte independente; e o segundo, que sustentará que o dispositivo se reporta à exceção da fonte hipotética independente.

- **Teoria da descoberta inevitável (Serendipidade)**

Essa teoria se assemelha bastante com a teoria de fontes independentes, por isso a necessidade de ser abordada, já que há a possibilidade de que se a há a possibilidade da obtenção de prova por meio lícito no caso concreto, há de se aproveitar a prova devido a essa possibilidade.

Esta teoria, também chamada pelo autor Thiago André Pierbom Ávila de Exceção da Fonte Hipoteticamente Independente, pressupõe que, se a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, então não há o que se falar em contaminação da prova derivada.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup>DEZEM, Guilherme Madeira. Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008, p. 135.

<sup>11</sup>ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas Ilícitas e Proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

O autor Thiago André Pierbom Ávila esclarece esta teoria citando o *Leading case Nix. V. Williams*, julgado em 1984:

Nesse precedente, o acusado havia matado uma criança e escondido o corpo; iniciado um processo de busca por 200 voluntários, os municípios vizinhos foram divididos em zona de busca; durante a busca, o acusado realizou uma confissão, obtida ilegalmente, na qual especificou o local onde se encontrava o corpo; foi paralisada a busca, que estava algumas horas de descobrir onde o corpo estava dirigindo-se a polícia ao lugar indicado na confissão e apreendido o corpo. A Corte considerou que a confissão do acusado sobre o local onde o corpo se encontrava era uma prova ilícita, mas a pressão do corpo era válida, pois sua descoberta era inevitável. Também se entendeu pelo voto concorrente do Juiz Stevens, que o ônus da prova sobre conjectura da descoberta inevitável recai sobre a acusação. (ÁVILA, 2007)

Pode-se verificar que, no caso supracitado não havia a necessidade da determinação de forma legal para a realização da busca do corpo, após a confissão forçada do réu, pois em razão da força tarefa realizada pelos moradores, o corpo seria descoberto de qualquer forma, mesmo sem a confissão ilícita do réu e mesmo sem a busca realizada pelas autoridades policiais.

O entendimento da Suprema Corte Norte Americana é que o fato, descoberto através de prova derivada da ilícita, seria apurado de qualquer maneira, por isso, não havia, portanto, motivo para o desentranhamento da prova, pois não houve verdadeiramente a contaminação desta.

Como mencionado acima, nesta teoria a situação concreta é apurada e verificada e, nos casos em que se chega à conclusão de que existe uma hipótese em que, inevitavelmente, levaria a descoberta da mesma prova, já encontrada por um meio ilícito, se afastaria então a inadmissibilidade desta prova.

Definido o conceito e a abrangência da Teoria da Exceção da Descoberta Inevitável, fica mais fácil perceber que o legislador brasileiro na elaboração do parágrafo 2º do artigo 175 do Código de Processo Penal, utilizou-se do conceito do mecanismo ora debatido, instituto este não inserido em nosso ordenamento.

Ao observar o artigo 157 e seus parágrafos, conclui-se que a intenção do legislador era tratar da Teoria da Fonte Independente, porém, utilizou-se erroneamente da Teoria da Exceção da Descoberta Inevitável, ou seja, o legislador

utilizou-se de mecanismos diversos com fundamentos diferentes, com o fim de criar e definir uma mesma teoria para afastar a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação.

- **Teoria Dos Frutos Da Árvore Envenenada**

A teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que uma consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma vez que é inadmissível tal prova, uma prova decorrente desta, também será considerada ilícita e, portanto, de igual forma, inadmissível no processo.

Nas palavras do doutrinador Renato Brasileiro (2016, p. 841) “a teoria dos frutos da árvore envenenada são meios de probatórios que, não obstante produzidos validamente em momento posterior encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite em virtude do nexo causal.”

Conforme Grinover, Fernandes, Magalhães:

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e consequentemente mais intransigente, com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo. (2001, p. 137)

Exemplificando, um policial pode conseguir uma confissão por meio de tortura (o que é ilícito) de uma testemunha que pudesse apontar outra testemunha para o ocorrido, essa nova testemunha poderia ser intimidada de forma legal e colhido seu depoimento licitamente. Porém segundo essa teoria o nexo existente entre a informação obtida sob tortura e a descoberta da nova testemunha torna ambos os depoimentos ilícitos.

### **3. A ADMISSIBILIDADE E INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Quanto à possibilidade da produção de provas obtidas por meios ilícitos, porém, que não sejam consideradas ilegítimas pelo ordenamento jurídico, a

jurisprudência e a doutrina sempre se posicionaram com decisões e opiniões diversas.

É importante que fique enfatizado que provas ilícitas não se confundem com provas ilegais ou ilegítimas. Como será esclarecida no próximo tópico a diferença entre os tipos de provas, porém, já adiantando, basta entender que enquanto as provas ilícitas são aquelas obtidas com violação ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desobediência ao direito processual. Por sua vez, a provas ilegais seria os gêneros do qual as espécies provas ilícitas e ilegítimas, pois se configuram pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Quanto às posições doutrinárias existem no mínimo três: uma corrente doutrinária que defende a produção de provas ilícitas no processo; outra que entende ser juridicamente impossível essa produção; outra, que se posiciona de modo conciliador.

Sobre cada uma delas:

### **3.1 DA ADMISSIBILIDADE**

Os defensores dessa tese argumentam que a prova obtida por meios ilícitos, não poderá ser retirada do feito, a não ser no caso de a própria lei assim ordenar. Desta forma, a prova para ser afastada há de ser ao mesmo tempo ilícita e ilegítima. Essa corrente defende que o problema da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova não se refere ao modo de como foi obtida. Se ela no processo for consentida pela lei, *in abstracto*, sendo totalmente sem relevância o emprego dos meios para a sua obtenção.

Dentre os nacionais, se destaca o doutrinador FERNANDO DE ALMEIDA<sup>12</sup> PEDROSO, adepto a essa corrente, apoiando-se no argumento que se o fim do processo é a descoberta da verdade real, é aceitável que se a prova for obtida de meio ilícito demonstrar essa verdade, que ela seja admitida, uma vez que esse seja o objetivo do processo, resguardada o dever de o Estado responsabilizar o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu.

A crítica a essa corrente nasce exatamente dessa incoerência onde a prova, diante da ilicitude com que foi obtida, seria considerada como fundamento para uma possível condenação para quem violou o direito do réu para a sua produção e, ao mesmo tempo, seria perfeitamente válido para produzir efeitos no processo penal. Por isso é uma posição que não encontra mais qualquer abrigo na jurisprudência.<sup>13</sup>

### **3.2DA INADMISSIBILIDADE ABSOLUTA**

Esta corrente é pautada na ideia que toda prova obtida por meios ilícitos deve ser rejeitada desde logo no processo. Um dos grandes defensores dessa corrente é o Ministro do Supremo Tribunal Federal, CELSO DE MELLO<sup>14</sup>, que no julgamento da AÇÃO PENAL Nº 307-3- DISTRITO FEDERAL, naquela corte de justiça proferiu voto em que ratifica sua posição a respeito deste tema. Argumenta ele nesse voto que “a absoluta invalidade da prova ilícita lhe infira, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva,

---

<sup>12</sup>PEDROSO, Fernando de Almeida - Prova penal, Rio de Janeiro, AIDE, 1994, p. 163, e Processo penal: O direito de defesa: Repercussão, amplitude e limites, Rio de Janeiro. Forense, 1986.

<sup>13</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva 2012. p. 427.

<sup>14</sup>STF. Ação Penal 307-3/DF, Plenário, relator Min. Celso de Mello, DJU 13/10/1995.

necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja de eficácia jurídica”.

A crítica é exatamente em relação a essa vedação ser absoluta, num momento em que a ciência, desde a teoria da relatividade, e o próprio direito constitucional nega o caráter absoluto de regras e direitos. Ou seja, não há uma regra absoluta, uma vez que devem se enquadrar no momento histórico-social para produzir efeitos.

### **3.3 DA PROPORCIONALIDADE**

Os defensores dessa corrente entendem que a prova obtida por meios que violem os direitos fundamentais do homem é totalmente inconstitucional e, conseqüentemente, devem ser inadmissíveis no processo uma vez que seja incapaz de fundamentar uma decisão judicial. Porém, há uma exceção: quando a vedação é relativizada para acolher a prova contaminada, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido, poderia ser admitida excepcionalmente e em casos extremamente graves, se a sua aquisição puder ser sopesada como a única forma, possível e admissível, para o abrigo de outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso. No ordenamento jurídico brasileiro, essa é a teoria adotada, com reservas, pela jurisprudência, mais acentuadamente em matéria processual civil, sobretudo nas causas de direito de família, em matéria penal, são raras as decisões que a adotam.

Porém, essa teoria é duramente criticada por alguns doutrinadores, pois influência de fatores meramente subjetivos pelo julgador, uma vez que em nome da razoabilidade atende os mais diversos interesses, principalmente o interesse público sobre o interesse privado, justificando a restrição de direitos fundamentais e, por conseqüente, até a condenação a partir da “prevalência” do interesse público.

Na visão do doutrinador NELSON NERY JÚNIOR<sup>15</sup>:

"Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonizada gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. (A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade), devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais". (NERY JR, 1997)

Há também, uma corrente tida como proporcional modulada qual seja:

### **3.4 CORRENTE DA PROVA ILÍCITA *PRO RÉU***

De acordo com os defensores dessa corrente, como o processo penal tem a natureza de proteção ao acusado, advindo do princípio do favor rei, uma prova mesmo que obtida por meio ilícito deverá ser aceita, desde que venha a favorecer o réu. Seria talvez, uma condição de estado de necessidade que se encontraria o réu, sendo que o estado de necessidade por si só elimina a antijuridicidade da conduta, conforme o artigo 23, inciso I.

É importante salientar que a prova não deixa de ser ilícita, uma vez que é retirada a antijuridicidade apenas da conduta do agente para obtê-la, não sendo possível uma convalidação para uma futura condenação de terceiro, por exemplo.

Com certeza, diante das demais teorias expostas, é a que mais se adéqua ao processo penal e ao conteúdo de sua instrumentalidade, vez que o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. A jurisprudência não é pacífica, mas há acórdãos acolhendo esse entendimento.

### **3.5A IMPORTÂNCIA DAS PROVAS PARA O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**

As provas no processo penal, assim como em qualquer processo, é sem dúvida o principal meio para que o juiz tome conhecimento da "verdade" dos fatos. Podendo assim motivar sua decisão de uma maneira sólida.

---

<sup>15</sup>NERY JR, Nelson - Proibição da prova ilícita, 4ª edição, São Paulo, 1997.



Verdade essa que será sempre relativa tendo em vista que é impossível que conste nos autos a reprodução exata do fato ocorrido. Busca-se então encontrar o que a doutrina denomina de verdade real dos fatos que na visão do professor Guilherme de Souza Nucci:

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu. (NUCCI, O valor da confissão como meio de prova no processo penal, p. 65).

Dessa forma é evidenciado que diante da relativização do conceito de verdade fica muito difícil que se encontre com máxima precisão a fiel cópia dos fatos, até porque se é conduzida a produção por homens que, como mencionado, são falíveis.

Portanto, é imprescindível a produção de uma prova convincente no processo evitando assim provas nebulosas ou inadmissíveis em processo.

#### **4. A POSSÍVEL ALTERAÇÃO NA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILICITAS NO PROCESSO PENAL**

O Ministério Público Federal, representando iniciativa popular, pretende alterar o rito do Processo Penal para que seja relativizado o entendimento a respeito da aceitação de provas obtidas ilicitamente. A proposta do MPF consiste na aceitação de “os benefícios decorrentes do aproveitamento forem maiores do que o potencial efeito preventivo”. A medida está em um pacote anticorrupção do MPF e faz ressalvas, para casos de tortura, ameaça e interceptações sem ordem judicial, por exemplo. Ficando evidente o interesse punitivo desse órgão uma vez que devido à gravidade de alguns crimes venha a ser superados alguns princípios constitucionais, a exemplo da intimidade.

O projeto de lei n.º 4.850, de 2016 que tramita no Senado Federal, propõe a alteração do art. 157 do CPP, para a seguinte leitura:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

§ 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando:

I – não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas;

II – as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova;

III – o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada;

IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação;

V – derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé;

VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência;

VII – usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena;

VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena;

IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público;

X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º O juiz ou tribunal que declarar a ilicitude da prova indicará as que dela são derivadas, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou de consequência, e ordenará as providências necessárias para a sua retificação ou renovação, quando possível.

§ 5º O agente público que dolosamente obtiver ou produzir prova ilícita e utilizá-la de má fé em investigação ou processo, fora das hipóteses

legais, sujeita-se a responsabilidade administrativa disciplinar, sem prejuízo do que dispuser a lei penal.” (NR)<sup>16</sup>

Modificando o parágrafo segundo ao acrescentar os incisos de I a X, excetuando a ilicitude de provas.

Em efeito, atentando-se as mudanças nas regras já vigentes, o inciso III diz que o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, de modo que “leve a crer que a diligência estava legalmente amparada” excluiria a ilicitude de tal prova.

Ou seja, de uma maneira extremamente subjetiva legítimas violações a direitos fundamentais, o que, diante da gravidade com que o processo penal lida, deve ser inadmissível tal fragilidade em uma norma processual penal.

Já o inciso IV do projeto de lei que visa alterar o CPP, onde diz que a relação de causalidade entre ilicitude e a prova que dela deriva se for remota ou tiver sido atenuada após a violação, vai ser considerada lícita, trazendo uma modulação a teoria do fruto das árvores envenenadas.

Segundo Helio Telho<sup>17</sup>:

[...] no direito norte-americano (onde a regra nasceu e de onde veio importada para o direito brasileiro) as “exclusionary rules” se aplicam tão somente aos **processos criminais** e se destinam a prevenir que os agentes do Estado violem direitos constitucionais para obter provas e delas se utilizem contra o suspeito da prática de crime (deterrent). Em outras palavras, as regras de inadmissibilidade das provas ilícitas objetivam dissuadir os policiais de violar direitos constitucionais e, ao mesmo tempo, fornecem remédio aos réus ou investigados que tiveram seus direitos violados. (FILHO, p. 2)

Justificando a proposta do MPF com o argumento que na importação dessa regra ao direito brasileiro ficou confusa sua definição e “[...] que criou um estranho sistema de regras que, além de disfuncional, possui caráter extremamente subjetivo, que se traduz em insegurança jurídica, conduz a decisões seletivas [...]”, o que traz uma insegurança jurídica e resultando em impunidade.

---

<sup>16</sup> As Dez Medidas de Combate à Corrupção. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>. Acessado em 15/05/2017.

<sup>17</sup> Foi promotor de Justiça em Goiás e no Distrito Federal e procurador regional eleitoral em Goiás. É procurador da República em Goiás, coordenador do Núcleo de Combate à Corrupção da Procuradoria da República em Goiás e colaborador eventual da Escola Superior do Ministério Público da União.

Porém na visão de Badaró<sup>18</sup>:

O dispositivo proposto, contudo, não é suficientemente preciso para que se compreenda, em termos estritos, o seu alcance. O qualificativo “remoto”, que se atribui à relação de causalidade, não esclarece em que sentido se dará tal relação não imediata. Será remoto por ter ocorrido há muito tempo, ou por que está distante no espaço? A questão não é terminológica.

Do ponto de vista da relação de causalidade, é possível que haja uma distância temporal longa, entre causa e efeito, mas sem a ocorrência de eventos supervenientes. Por outro lado, o evento e seu resultado podem ser temporalmente próximos, mas intermediados por fatos intervenientes. Não se sabe qual o sentido da proposta. (BADARÓ, Gustavo. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 23, n. 277, p. 17-19, dez. 2015).

Evidente que deixa a desejar por não se usar uma expressão terminativa, o que sem dúvida alguma dará margem a erros.

O que a proposta do MPF traz é uma maior equivalência da origem da regra de provas ilícitas, qual seja o direito norte-americano, e o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido o próprio Helio Telho, explica da seguinte forma:

Há diversas outras causas excludentes de ilicitude da prova, já admitidas pela Scotus (Suprema Corte dos Estados unidos da América), que ainda não foram positivadas no direito brasileiro. São elas:

**1 - A exceção de boa-fé (*good faith exception*):** em Arizona v. Evans, 514 U.S. 1 (1995), Davis v. U.S. 131 S.Ct. 2419 (2011) e Herring v. U.S., 555 U.S. 135 (2009), a Scotus decidiu **que não se deve excluir a prova quando o policial a houver obtido de boa-fé ou por erro escusável**, assim entendido a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada, como quando o mandado contiver dados incorretos ou vier a ser posteriormente anulado

Entendeu-se que, nessas circunstâncias, o policial agiu de boa-fé e a exclusão da prova não produziria o efeito dissuasório desejado, de evitar que os policiais, no futuro, voltassem a violar direitos constitucionais dos investigados.

---

<sup>18</sup>Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), n. 277, ano 23, dez. 2015.

Essa excludente é, inclusive, compatível com a regra do nosso Código de Processo Penal segundo a qual a incompetência do juiz não anula os atos probatórios, somente os decisórios.

**2- Causaremota, atenuada ou descontaminada (*attenuation doctrine*):** quando tiver decorrido muito tempo entre a violação da garantia e a obtenção da prova, tornando remota a relação de dependência ou consequência, ou quando fato posterior a houver descontaminado ou atenuado essa relação, como por exemplo, quando o investigado resolver se tornar colaborador, passando a se constituir, ele próprio, uma fonte de prova.

**3 - Contraprova (*evidence admissible for impeachment*):** Quando a prova for utilizada pela acusação para refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido do pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena. Uma vez que foi admitida pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos para evitar o perjúrio<sup>19</sup>, embora, assim como propõe o MPF, não seja admitida para provar a culpa.

Como podemos observar é evidente que a ideia do MPF, apoia a corrente da proporcionalidade como vimos anteriormente, tal corrente, quando adota, acarreta a possibilidade de dar margem a fatores meramente subjetivos pelo julgador, uma vez

---

<sup>19</sup>**Perjúrio** é um **juramento falso** ou **violação do juramento** feito. Está relacionado com a ação ou efeito de perjurar. No âmbito jurídico, o perjúrio é qualificado como um crime por mentir perante um juiz em tribunal, quando a testemunha está em compromisso de dizer a verdade.

Este crime está previsto na legislação brasileiro no **artigo 342 do Código Penal**. "*Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral*" (redação segundo a **lei nº 10.268** de 08 de Agosto de 2001).

Como punição para o crime de perjúrio, a lei determina entre um a três anos de reclusão e pagamento de multa. No entanto, também está previsto um aumento de um sexto a um terço da pena, caso o crime tenha sido cometido mediante suborno. Mas, caso o acusado conte a verdade e se retrate, antes de ser divulgada a sentença, o crime de perjúrio deixa de ser aplicado. O réu, no entanto, não é punido por crime de perjúrio, uma vez que de acordo com a legislação brasileira, o acusado de um crime não é obrigado a produzir provas que possam incriminá-lo. Em outros países, como os Estados Unidos, por exemplo, o perjúrio é um crime aplicado também para os réus. (Significado de Perjúrio, O que é Perjúrio; disponível em: <https://www.significados.com.br/perjurio/>, acessado em 14/05/2017)

que em nome da razoabilidade atende os mais diversos interesses, principalmente o interesse público sobre o interesse privado, justificando a restrição de direitos fundamentais e, por consequente, até a condenação a partir da “prevalência” do interesse público.

Uma vez que não se pode dizer que a inadmissibilidade de provas ilícitas seja uma norma absoluta, como vimos o sistema adotado no Brasil é justamente o da proporcionalidade, uma vez que é incontroversa a admissão da prova ilícita *pro reo*.

Para Helio<sup>20</sup>:

Com efeito, a interpretação do texto constitucional que assegura a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas não pode ser divorciada das razões que levaram à sua adoção, que, como visto acima, se destinou a prevenir que os agentes do estado violem direitos constitucionais para obter provas e delas se utilizem contra o suspeito da prática de crime (deterrent). (FILHO, 2017)

Assim sendo, uma vez que o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada, como leciona o inciso III, do §2 do artigo 157 (**no projeto de lei**), não estaria ferindo o objetivo da criação da vedação probatória.

Além dessas excludentes de ilicitude consagrada pelo sistema jurídico estadunidense, Helio ainda defende que outras causas de excludentes devem também ser incluídas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a “relevância de seus objetivos ou o fato de estarem sobre o pálio de circunstância protegida pela lei penal.”

São elas:

Destinadas a provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena (aqui sim, porém apenas em favor do réu, propõe-se aplicar o princípio da proporcionalidade, segundo o qual o sacrifício de direito ou garantia individual é justificado pelo objetivo maior, que é o de evitar que um inocente seja condenado ou que fique mais tempo preso do que o devido); (FILHO, 2017)

Ou seja, embora sendo destinada a inocentar o réu, para Helio, é preciso relativizar tal aceitação usando-se do princípio da proporcionalidade. E a outra excludente seria sobre as provas:

---

<sup>20</sup>FILHO, Helio Telho Corrêa #DezMedidas: Excludentes de ilicitude da prova. Pag. 6.

“Obtidas por quem se encontre amparado por uma das causas que a lei penal classifique como excludente de ilicitude, tais como, a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal.”

E rebate a crítica de que tal excludente poderia influenciar a obtenção de prova por meio de tortura, com o argumento que não se pode torturar amparado por nenhuma excludente de ilicitude.

Porém, como Badaró pontua a respeito desse acréscimo:

É óbvio ululante que se uma prova (rectius: uma fonte de prova) foi obtida em legítima defesa ou no estrito cumprimento de dever legal (inc. VI), ou ainda no exercício regular de direito (inc. IX), essa prova não é ilícita! Legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de um direito – e acrescentamos – em estado de necessidade são excludentes de ilicitude (CP, art. 23) e, como tais, fazem com que os atos praticados sob sua incidência sejam lícitos. A prova, portanto, em tais casos, será lícita, e não ilícita. (BADARÓ, Gustavo. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 23, n. 277, p. 17-19, dez. 2015).

Não há que se falar em convalidar prova obtida sob uma excludente de ilicitude (art. 23 do CP), uma vez que tal prova nunca foi ilícita.

Ainda sobre a excludente de ilicitude das provas obtidas por meio de excludente de ilicitude penal elencada no art. 23 do CP, diz Helio:

Na verdade, o que se pretende é afastar as dúvidas quanto à validade da prova quando, por exemplo, a vítima de achaque ou de corrupção ativa ou passiva ou de obstrução de Justiça filmar ou gravar, com ou sem a ajuda da autoridade pública, a investida criminosa; ou que durante o atendimento de uma ocorrência, bombeiros ou paramédicos encontrem na casa do suspeito, grande quantidade de dinheiro, ou drogas, ou armas, ou o corpo da vítima e outras provas de crime; ou o policial, efetuando prisão em flagrante, cheque o celular apreendido com o infrator e localize provas que identifiquem comparsas; ou rastreando o telefone de vítima de sequestro, a localize e prenda os infratores; ou atenda a um chamado por abuso de instrumento sonoro em festa promovida pelo infrator, e identifique fornecimento de drogas ou de bebidas alcoólicas a menores ou prostituição infantil. (FILHO, 2017)

Já o inciso V do projeto de lei diz que a prova “derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé;” sobre essa proposta explica Badaró:

[...] havia uma decisão judicial aparentemente lícita, que autoriza a atuação dos agentes estatais, que sob esse aparente manto de legalidade obtém a prova. Todavia, posteriormente, essa decisão judicial que autorizou o meio invasivo vem a ser anulada.

A Suprema Corte dos EUA admitiu a exceção da boa-fé, pela primeira vez, no ano de 1984, no caso *United States v. Leon*, afastando a aplicação das regras de exclusão da prova.(12) *Leon* foi preso com base no depoimento de um informante da polícia que declarou que o investigado era um grande traficante de drogas. A polícia obteve um mandado judicial de busca e apreensão, ingressou na residência do investigado e encontrou grande quantidade de droga. Posteriormente, a defesa alegou, no tribunal, que no momento da busca, não havia *probable cause* para a expedição do mandado de busca e apreensão, o que foi admitido pelo juiz. Diante de tal decisão, requereu-se a exclusão da prova consistente na droga apreendida. A Suprema Corte dos EUA considerou, contudo, que a aplicação da *exclusionary rule* somente tem lugar quando a violação da 4.<sup>a</sup> Emenda, que protege o cidadão de buscas arbitrárias, ocorre de forma deliberada, o que não era o caso, pois quando a polícia realizou a busca, confiava na legalidade do mandado. Acrescentou, ainda, que a finalidade das regras de exclusão probatória é impedir o mau comportamento policial, mas não o comportamento do policial que age de acordo com um senso comum de razoabilidade. O posicionamento por trás de tal teoria é que a finalidade das *exclusionaries rules* não é proteger cidadãos, para que seus direitos individuais não sejam violados, mas dissuadir os agentes policiais de cometerem violações a tais direitos.

Depois disso, a “exceção da boa-fé” foi aplicada em outros casos alargando demasiadamente seu campo de aplicação: Em *Massachusetts v. Shepherd*, a Suprema Corte norte-americana admitiu as provas obtidas com base em mandado judicial de busca que não descrevia os itens a serem apreendidos. Em *Illinois v. Krull*,(13) a Corte validou os resultados probatórios de apreensão administrativa realizada sem mandado judicial, mas autorizada por lei estadual que, tempos depois, veio a ser declarada inconstitucional. Em *Arizona v. Evans*,(14) a Suprema Corte admitiu a exceção da boa-fé e considerou válidos elementos probatórios decorrentes de prisão realizada com base em informação incorretamente passada pelo sistema informático do Poder Judiciário, segundo o qual teria sido legalmente expedido mandado de prisão. Por fim, em 2009, no julgamento de *Herring v. United States*,(15) a Corte validou os resultados probatórios decorrentes de abordagem policial efetuada com base em mandado judicial de prisão, na verdade inexistente, incorretamente registrado no sistema informático mantido pela polícia.(16)

O poder de manobra seria imenso. A jurisprudência poderia se posicionar no sentido de que, para a manutenção da prova, caberá à acusação demonstrar que o agente estatal agiu de boa-fé. No entanto, não se estranharia que adotasse o caminho oposto, fazendo pesar sobre os ombros da defesa o ônus de demonstrar que o agente estatal agiu de má-fé.[...] (BADARÓ, Gustavo. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 23, n. 277, p. 17-19, dez. 2015).

Ou seja, caso isso ocorra, não há como medir o poder de manobra e nem dizer ao certo, como a jurisprudência irá se posicionar. Uma vez que seria quase que impossível para a defesa provar a má-fé do agente público. Sem dúvida alguma trazendo uma insegurança jurídica tremenda ao processo penal.



Ao continuarmos analisando a proposta, o inciso VII diz que não seria ilícita a prova: “usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena”.

Bem sabemos que a CRFB não admite, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, que sejam destinadas a provar culpa, agravar a pena ou refutar qualquer fato alegado pela defesa.

Prosseguindo com a análise do texto do projeto de lei nº4.850, DE 2016, Badaró conclui:

[...] o inc. X propõe o afastamento do caráter ilícito da prova que seja “*obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados*”. Primeiro, é preciso distinguir: dar notícia-crime e fornecer elementos ilicitamente obtidos, junto com a notícia do crime.

Simplesmente dar a notícia de um crime não gera qualquer prova ilícita, mas apenas desencadeará uma investigação que deverá seguir os trâmites legais. Coisa distinta é dar notícia de um crime, fazendo-a acompanhar de elementos obtidos com o exercício da atividade (por exemplo: dados protegidos por sigilo fiscal que acompanham uma representação fiscal para fins penais).

Pressupondo tratar-se dessa segunda situação o que se pretende normatizar, o dispositivo é ou claramente inconstitucional, ou desnecessário! *Tertium non datur*. Não terá sentido se o sujeito, em atividade pública ou privada, de boa ou de má-fé, dá notícia-crime, fundamentando-a em elementos ilicitamente obtidos. Por outro lado, se a ideia é autorizar que um meio de prova obtido ilicitamente possa acompanhar uma notícia-crime, somente porque o agente que a transmite, seja ele público o privado, está de boa-fé, a inconstitucionalidade é insofismável. A Constituição não assegura: “*são inadmissíveis, no processo, as provas ilícitas **obtidas de má-fé***”. O que determina a natureza lícita ou ilícita da prova não é a intenção de quem a obtém. Isso poderá servir para isentar o agente público ou o particular do cometimento de algum crime, por ocasião da obtenção de tal elemento. Mas não pode servir para afastar a violação da garantia constitucional na obtenção da prova e, conseqüentemente, sua inadmissibilidade no processo. (BADARÓ, Gustavo. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 23, n. 277, p. 17-19, dez. 2015).

Onde é evidenciado que a constituição federal não excetua as provas ilícitas obtidas de boa-fé, sendo de total inconstitucionalidade a aprovação de tal inciso no ordenamento jurídico brasileiro.

De outro lado, segundo Helio:

[...] o princípio da boa-fé e da lealdade processual veda que o réu possa se valer de provas, testemunhos ou álibis falsos para atentar contra a administração da Justiça. Se ele assim o faz, é lícito ao Estado se valer de todas as provas de que dispõe para legitimamente se defender e defender a Administração da Justiça, barrando a produção dos efeitos dos atos atentatórios à dignidade da Justiça praticados pelo réu. (FILHO, 2017).

Na visão de Helio o Estado teria condições de se valer de igual prerrogativa ao que se atem o réu, o que podemos concluir que se seja, no mínimo, arriscado, vez que a capacidade probatória e de recursos do Estado é bem maior.

O processo penal em termos simples é, sobretudo, feito para a proteção do réu de arbitrariedade estatal, para criar regras a serem seguidas por ambos os lados. Colocar réu e Estado em igual patamar seria desleal ao princípio protecionista do atual código de processo penal.

#### **4.1 OPERAÇÃO *SUNDOWE* E A SUA INVALIDAÇÃO DESDE O INÍCIO POR SE BASEAR EM PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS**

Ante o discorrido anteriormente, destaca-se que o Ministério Público Federal, pretende alterar o tratamento da temática das provas no Processo Penal, devido ao número de operações que foram anuladas por serem fundadas em provas obtidas por meios ilícitos.

Haja vista, descata-se um exemplo de operação e porque teve que ser anulado através do reconhecimento do uso de provas ilícitas.

Segue o relatório (com adaptações) do Supremo Tribunal Federal, no reconhecimento da repercussão geral ao RE 625263 RG / PR:

PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º; 93, INCISO IX; E 136, § 2º DA CF. ARTIGO 5º DA LEI N. 9.296/96. DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DE SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DA MEDIDA. ALEGAÇÃO DE COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RELEVÂNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (RE 625263 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 13/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-176 DIVULG 06-09-2013 PUBLIC 09-09-2013 )

A ampla investigação, conhecida como Caso Sundown, perante o Juízo da Segunda Vara Criminal da Seção Judiciária Federal do Paraná, através de

interceptações telefônicas que duraram cerca de 2 (dois) anos, pela prática de diversos crimes graves, dentre eles, delitos contra o Sistema Financeiro Nacional, corrupção, descaminho, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro. Os investigados, nessa operação, impetraram um *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, postulando o reconhecimento da nulidade *ab initio* do Processo Penal em trâmite, em razão de suposta ilicitude na duração das interceptações telefônicas realizadas com prazo superior a 30 (trinta) dias, e de pretensa falta de fundamentação das decisões judiciais que as determinaram. Diante disso, a Egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, reconheceu a ilicitude das interceptações telefônicas decorrentes das sucessivas renovações e concedeu a ordem a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. O Ministério Público Federal recorreu, sustentando que a decisão concessiva da ordem afrontou o artigo 136, § 2º, da Constituição Federal, ao limitar a interceptação telefônica a determinado período, com base, essencialmente, no princípio da razoabilidade, assim como no princípio da vedação da proteção deficiente e no direito fundamental da sociedade e do Estado à segurança. Afirma-se, também, que o acórdão combatido violou direta e imediatamente o princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, uma vez que as prorrogações foram devidamente justificadas nas instâncias ordinárias. Aduz-se, ainda, que a decisão guerreada, além de ter sido alvo de diversas manchetes em jornais e sites do País, abriu espaço para a invalidação de centenas de operações policiais efetuadas acerca da organização criminosa e dos delitos complexos por ela perpetrados em todo o território brasileiro, nas quais as interceptações duraram mais de 30 (trinta) dias. Finalmente, pugna o Ministério Público pela desconstituição do acórdão recorrido e o reconhecimento da validade da interceptação telefônica realizada e o uso da prova dela decorrente.

Em contrarrazões, os recorridos sustentam a inexistência de repercussão geral da questão, bem como impossibilidade de reexame da matéria fático-probatória e ausência de ofensa direta aos dispositivos constitucionais suscitados.

O Tribunal a *quo* negou trânsito ao recurso extraordinário, ao argumento de que a alegação de violação constitucional suscitada pelo Parquet configura ofensa reflexa ao texto constitucional.

É o relatório<sup>21</sup>.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral da matéria tratada no Recurso Extraordinário (RE) 625263, no qual se discute a possibilidade de se renovar sucessivamente a autorização de interceptação telefônica para fins de investigação criminal, sem limite definido de prazo.

A Lei 9.296/1996, que regulamenta a interceptação telefônica, define que as escutas devem ser determinadas por meio de decisão judicial fundamentada, não podendo exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual período, quando comprovada a indispensabilidade desse meio de prova (BRASIL, 1996).

A Constituição Federal, por sua vez, permite em seu artigo 136 a quebra de sigilo telefônico (reconhecido como uma garantia fundamental) em caso de decretação de estado de defesa, cuja duração não será superior a 30 dias, podendo ser prorrogado uma vez.

Segundo o relator do recurso extraordinário, ministro Gilmar Mendes, a questão discutida no processo é constitucional e “transcende interesses meramente particulares e individuais das partes envolvidas no litígio, restando configurada a relevância social, econômica e jurídica da matéria”.

Ao votar pela existência de repercussão geral no caso, o relator ressaltou que “a solução a ser definida por este Tribunal balizará não apenas este recurso específico, mas todos os processos em que se discute o tema”. Ele lembrou ainda que a “jurisprudência [do STF] tem se manifestado sobre o assunto, admitindo, em

---

<sup>21</sup> (RE 625263 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 13/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 06-09-2013 PUBLIC 09-09-2013)

algumas hipóteses, a possibilidade de renovação do prazo das interceptações telefônicas”.<sup>22</sup>

Ficando evidente que a matéria discutida nessa pesquisa científica, qual seja, prova a admissibilidade ilícita é muito controvertida, uma vez que abrange violação a direito fundamental.

Fica claro que escuta ou interceptação telefônica, representa uma ferramenta indispensável no combate ao crime organizado, onde se percebe uma maior coordenação e complexidade das operações ilícitas. Sendo esse meio de prova a que tem maior ocorrência de ser obtida de forma ilícita, de um lado existe a importância de solucionar crimes de proporções tremendas, de outro o princípio constitucional elencado no art. 5º inciso XII onde diz que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Restando então, ao STF julgar, esse recurso extraordinário e pacificar de uma vez essa matéria.

## 5. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise mais profunda acerca das provas ilícitas no processo penal, considerando-a como um princípio de fundamental importância para o processo penal, eis que é decorrente de uma busca por direitos e garantias fundamentais que objetiva proteger o indivíduo frente às arbitrariedades cometidas pelo Estado decorrente de seu *jus puniendi*<sup>23i</sup>.

Nesse contexto, ressaltou-se que o referido princípio encontra previsão na legislação estadunidense e, no ordenamento jurídico pátrio, está insculpido expressamente no art. 5º, inciso LVI, da constituição federal que preleciona “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

---

<sup>22</sup>Prazo de escutas telefônicas é matéria com repercussão geral reconhecida. Notícias STF.

<sup>23</sup> Jus (ou ius) Puniendi é uma expressão em latim que em tradução literal significa: direito de punir.

Ademais, foi analisado como funciona o andamento do processo penal, a respeito de provas e das garantias inerentes ao réu. Tendo como seu foco principal como serão tratadas as provas obtidas por meios ilícitos, sobre a sua possível admissibilidade.

Posto que haja a possibilidade de aceitação de provas obtidas por meio ilícito, contanto que seja para inocentar o réu, de modo que o processo penal tem teor de proteção às garantias do réu, não sendo admitido nenhum tipo de exceção que venha a prejudicá-lo.

Há de se observar como a sociedade encara tal preceito, uma vez que caso tenha sido obtida uma prova por meio ilícito que tende a incriminar o réu não seria apreciada, tendo que ser desentranhada do processo desde logo. Não havendo a preocupação devida com a busca da tão mencionada “verdade real”, uma vez que para condenar o réu o julgador não se valerá de provas que sejam obtidas por meios ilícitos, por mais que essa prova demonstre o mais próximo da verdade dos fatos.

Discutimos também os dois pontos de vista a respeito da proposta do Ministério Público Federal, para a alteração de tal princípio com o projeto de lei n.º 4.850, de 2016. De um lado como defende o professor Gustavo Badaró, que como cláusula pétrea e que não deve ser relativizada de tal forma, criticando a forma como a proposta do MPF é apresentada, temendo o risco que se traz ao relativizar tal norma.

Doutro lado, temos Helio Telho, defendendo que nenhum princípio pode ser tido como absoluto e que com a proposta do MPF o ordenamento jurídico brasileiro se aproximaria mais, nesse quesito da vedação probatória, ao ordenamento que lhe deu origem, qual seja, o ordenamento jurídico estadunidense. É fato que uma relativização da admissibilidade de provas ilícitas baseada em proporcionalidade, do bem tutelado é muito perigosa, uma vez que é levado a um subjetivismo muito grande, e em processo penal, subjetivismo é equivalente a lesão a garantias constitucionais.

Uma vez relativizado esse princípio em nome da proporcionalidade e em busca de uma “verdade”, a tendência seria que virasse a regra a obtenção de prova por tal meio ilícito e que de convalidação em convalidação esqueça-se os meios legítimos para a obtenção de tal prova.

Cabe frisar que o princípio da proporcionalidade pro reo, ou seja, quando a prova ilícita é utilizada em favor do acusado, é aceito sem problemas pela doutrina, uma vez que, sem dúvida, o que se é buscado pelo Estado não é punição de um inocente e sim a obrigação de não sair impune o verdadeiro culpado. Entretanto, o princípio da proporcionalidade em proveito da sociedade, que é representada pelo Estado, não é aceito pela doutrina, à medida que o Estado possui inúmeras maneiras legítimas de realizar a persecução penal e repreender um criminoso, assim, o Estado não poderia utilizar uma prova ilícita para condenar um indivíduo apenas para absolver, consagrando o princípio da prova ilícita pro reo.

Por oportuno, cabe lembrar, que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado somente em casos excepcionais e de extrema gravidade, que poderia causar um dano muito maior ao indivíduo, desde que a verdade dos fatos não pudesse ser alcançada por outros meios, pois por ter caráter subjetivo poderia abalar a segurança jurídica do ordenamento.

Enfim, não há que se falar em princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas sem ressalvas, pois, conforme foi elucidado não existe direito absoluto, e o princípio da proporcionalidade existe justamente para proteger outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Portanto, entendemos ser o princípio da proporcionalidade importante para a busca da correta aplicação da justiça e da paz social.

## REFERÊNCIAS

As Dez Medidas de Combate à Corrupção. Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>. Acessado em 15/05/2017.

BADARÓ, Gustavo. As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 23, n. 277, dez. 2015.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas Ilícitas e Proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_, Código de Processo Civil. Brasília: DF, Senado, 2015.

\_\_\_\_\_, Código de Processo Penal. Brasília: DF, Senado, 1941.

\_\_\_\_\_, Código Penal. Brasília: DF, Senado, 1940.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999.

COSTA. Livia de Oliveira da. A constitucionalidade das provas ilícitas em benefício do réu. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/livia-de-fatima-oliveira-da-costa.pdf>. Acesso em 13 de maio 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

Disponível

em: [http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/84\\_9/826](http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/84_9/826). Acessado em 10/05/2017. Acessado em 14/05/2017.

FARAH, Geisa Matos. Prova Ilícita e sua aplicação no processo penal.

FILHO, Fernando Costa Tourinho. Processo Penal - Volume 1 - 31ª Edição 2009.

FILHO, Helio Telho Corrêa #DezMedidas: Excludentes de ilicitude da prova. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/nulidades-helio-telho-excludentes-de-ilicitude-da-prova-3a-ed.pdf/view>, Acessado em 14/05/2017

GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scaranze; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.



LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva 2012. NERY JR, Nelson - Proibição da prova ilícita, 4ª edição, São Paulo, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 5ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

O site da Suprema Corte dos Estados Unidos <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>>. Acessado em: 15 de novembro de 2016.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PEDROSO, Fernando de Almeida - Prova penal, Rio de Janeiro, AIDE, 1994, p. 163, e Processo penal: O direito de defesa: Repercussão, amplitude e limites, Rio de Janeiro. Forense, 1986.

Prazo de escutas telefônicas é matéria com repercussão geral reconhecida. Disponível em <http://www.stf.jus.br/PORTAL/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242810> Acessado em 20/05/2017.

RE 625263 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 13/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 06-09-2013 PUBLIC 09-09-2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+625263%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+625263%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/am4xpyt>. Acessado em 20/05/2017.

Significado de Perjúrio, O que é Perjúrio; disponível em: <https://www.significados.com.br/perjurio/>, acessado em 14/05/2017.

STF, Inq. 2245/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 28.08. 07.

STF. Ação Penal 307-3/DF, Plenário, relator Min. Celso de Mello, DJU 13/10/1995