

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

CÁSSIO HENRIQUE DE SOUZA

**VÍCIOS DE PROVA NA QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO: AFASTAMENTO DA REGRA
DA EXCLUSÃO NUMA ABORDAGEM *PRO SOCIETATE***

FLORIANÓPOLIS - SC

2018

CÁSSIO HENRIQUE DE SOUZA

**VÍCIOS DE PROVA NA QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO: AFASTAMENTO DA REGRA
DA EXCLUSÃO NUMA ABORDAGEM *PRO SOCIETATE***

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Claudio Macedo de Souza

FLORIANÓPOLIS - SC

2018



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Cássio Henrique de Souza

RG: 3.880.2001

CPF: 008.005.779-90

Matrícula: 13200052

Título do TCC: Vícios de Prova na Quebra de Sigilo Telefônico: Afastamento da
Regra de Exclusão numa abordagem *Pro Societate*

Orientador(a): Cláudio Macedo de Souza

Eu, Cássio Henrique de Souza, acima qualificado; venho, pelo presente termo,
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

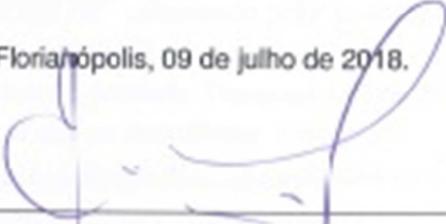
Florianópolis, 09 de julho de 2018.

CÁSSIO HENRIQUE DE SOUZA

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "Vícios de Frova na Quebra de Sigilo Telefônico: Afastamento da Regra de Exclusão numa abordagem *Pro Societate*", elaborado pelo acadêmico Cássio Henrique de Souza, defendido em 09/07/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (nove), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentada pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 09 de julho de 2018.



Cláudio Macedo de Souza
Professor Orientador



Eduardo Antônio Temponi Lebre
Membro de Banca



Rodrigo Brasiliense Vieira
Membro de Banca

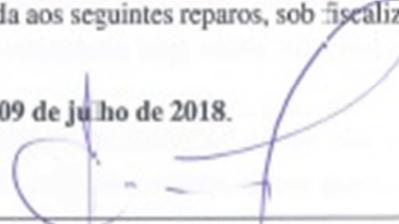
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC

Aos **09** dias do mês de **julho** do ano de 2018, às **18** horas e **30** minutos, na Sala **405** do CCJ, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado "**VÍCIOS DE PROVA NA QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO: AFASTAMENTO DA REGRA DE EXCLUSÃO NUMA ABORDAGEM PRO SOCIETATE**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Cássio Henrique de Souza**, matrícula **13200052**, composta pelos membros **Prof. Cláudio Macedo de Souza**, **Prof. Eduardo Antônio Temponi Lebre**, **Profa. Daniela Queila dos Santos Bornin** e **Rodrigo Brasiliense Vieira**, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota **9,0** (**NOVE**), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

- Aprovação Integral
 Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

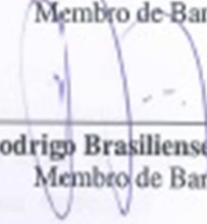
Florianópolis, **09** de **julho** de 2018.



Cláudio Macedo de Souza
Professor Orientador



Eduardo Antônio Temponi Lebre
Membro de Banca



Rodrigo Brasiliense Vieira
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Nada (que vale a pena) vem fácil.

Em cinco anos de faculdade, embora tenham sido incríveis anos, muitas concessões foram feitas e muitas as dificuldades enfrentadas.

A existência e a concretização deste trabalho é, por si própria, uma declaração de amor a mim, vinda de todos aqueles que me cercam e possibilitaram que eu chegasse até aqui, não apenas pelos meus próprios méritos.

Assim, é chegada também a hora de agradecer:

A meus pais, pela semente plantada por meio do amor pela educação, que com seu labor de professores me inspiraram não apenas o respeito pela dedicação do próximo em iluminar mentes, mas também me garantiram condições de me preocupar com minha própria formação enquanto se mantiveram presentes, de uma forma ou outra.

Aos meus irmãos, pelo exemplo. Embora a distância física tenha se dado cedo quando deixaram nossa casa para estudar, me mostraram que o caminho é um só: correr atrás! Nesse ínterim, agradeço especialmente à Jaque e ao Rodrigo, que pelo exemplo me inspiraram, motivaram e ajudaram. Em breve serei seu colega!

Aos demais membros da família, mas os acima também incluídos, agradeço imensamente a indulgência com minha indisponibilidade quando eu era necessário e querido.

Aos meus colegas de turma: as barras não foram poucas, mas a diversão prevaleceu. Vocês são inesquecíveis, quero guardá-los para a vida, e já sinto saudades dos nossos áureos anos do Direito UFSC.

Aos meus amigos, agradeço a compreensão pelas minhas escolhas e pela ausência por eles experimentada, quando por um motivo ou outro não pude acompanhá-los. Não vou nomeá-los, mas me conhecendo como me conhecem, sabem que simplesmente por eu chamá-los de amigos vocês são os mais verdadeiros que eu poderia ter.

Por último, mas não menos importante: agradeço ao meu orientador, que teve a bondade de aceitar o encargo quando praticamente não havia mais tempo, bem como reverencio todos os meus professores, que cada um com sua maneira, sua paciência e sua dedicação me mostraram o quanto o Direito é apaixonante. O legado que vocês deixam àqueles todos que tem a honra de serem

seus alunos é impagável. Que eu saiba valorizar, na minha carreira vindoura, o grande presente que foi (e sempre será) o aprendizado.

Nada (que vale a pena) vem fácil. Mas eu nunca imaginei que me divertiria tanto passando trabalho. Obrigado, UFSC.

RESUMO

O presente trabalho busca compreender a possibilidade da admissibilidade das provas ilícitas previstas no artigo 157 do Código de Processo Penal em uma abordagem *pro societate*, tendo como ponto de partida casos de quebra de sigilo telefônico. O tema em debate é relevante, porque provas obtidas ilicitamente ensejam nulidade de atos processuais e, conseqüentemente constituem prejuízo social. Com a nulidade processual, perde-se a oportunidade de combater a criminalidade, cada vez mais estruturada e organizada. Diante desta constatação, foi apresentado o seguinte problema: “É possível afastar, da regra da exclusão, as provas ilícitas quando estiverem relacionadas à quebra de sigilo telefônico, a fim de atender ao interesse social nos delitos de grande potencial ofensivo?” Supõe-se ser possível afastar da regra da exclusão as provas ilícitas quando a impunidade do delito produzir alto prejuízo social. Para alcançar o objetivo, no primeiro momento, foi realizada investigação teórica mediante técnica de pesquisa bibliográfica. No segundo momento, foi realizado o levantamento e a avaliação de jurisprudência; além, da legislação e das propostas de alteração legislativa. Debateu-se a respeito de conceitos pertinentes ao instituto da prova na esfera penal e sua relação com a Constituição Federal. Esta iniciativa foi relevante, pois possibilitou entender o conceito de prova ilícita. Ademais, foram investigados os princípios norteadores, sua origem, sua influência processual e os limites para sua aplicação nas hipóteses de quebra de sigilo telefônico. Para finalizar o estudo, analisou-se a nova tutela sugerida para a matéria por intermédio do anteprojeto de Lei Dez Medidas Contra a Corrupção, que busca modificar o texto legislativo a fim de diminuir as hipóteses de ilicitude das provas, bem como se esmiuçou algumas jurisprudências que possuem como cerne a questão da ilicitude de provas e sua admissibilidade, objetivando exemplificar os casos em que se entendeu pelo seu cabimento.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Quebra de sigilo telefônico. Regra da Exclusão.

ABSTRACT

The present work seeks to understand the possibility of admissibility of the illicit evidence provided for in article 157 of the Code of Criminal Procedure in a *pro societate* approach, having as a starting point cases of breach of telephone secrecy. The subject under debate is relevant, because evidence obtained unlawfully provoke nullity of procedural acts and, consequently, constitute social prejudice. With the procedural nullity, the opportunity to fight against crime, which is increasingly structured and organized, is lost. In view of this finding, the following problem was presented: "Is it possible to remove from the rule of exclusion, unlawful evidence when related to the breach of telephone confidentiality, in order to address the social interest in crimes of great offensive potential?" it is possible to remove from the rule of exclusion the unlawful evidence when the impunity of the offense produces high social prejudice. In order to reach the objective, in the first moment, a theoretical investigation was carried out using bibliographic research technique. In the second moment, the survey and the evaluation of jurisprudence were carried out; in addition, legislation and proposals for legislative amendment. It was discussed about concepts pertinent to the institute of proof in the criminal sphere and its relation with the Federal Constitution. This initiative was relevant, because it made possible to understand the concept of illicit evidence. In addition, the guiding principles, their origin, their process influence and the limits for their application in the hypotheses of breach of telephone confidentiality were investigated. In order to finalize the study, the new tutelage suggested for the matter was analyzed through the draft anti-corruption proposals, which seeks to modify the legislative text in order to reduce the hypotheses of unlawfulness of the evidence, as well as a few jurisprudence which have as their core the question of the unlawfulness of evidence and its admissibility, with the purpose of exemplifying the cases in which it was understood by its appropriateness.

Keywords: Unlawful evidence. Breaking of phone confidentiality. Exclusionary Rules.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 PROVAS E SEUS ASPECTOS RELEVANTES - CONCEITO, OBJETO, CLASSIFICAÇÃO E FUNÇÃO.....	14
1.1 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS.....	17
1.2 PROVAS PROIBIDAS - ILICITUDE, ILEGITIMIDADE E RELATIVIZAÇÃO...19	
1.2.1 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada - Abordagem histórica.....	22
1.3 PROVAS ILÍCITAS E JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - TEORIAS PERTINENTES E SUAS DERIVAÇÕES.....	27
1.3.1 A exclusão da ilicitude da prova na perspectiva do princípio da proporcionalidade	29
2 ADMISSIBILIDADE E RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA - DINÂMICA DE PROVAS, MOMENTOS PROCESSUAIS E RELATIVIZAÇÃO DE INADMISSIBILIDADE.....	33
2.1 RELATIVIZAÇÃO DA INADMISSIBILIDADE - POR QUE A VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA É RELATIVIZADA EM ALGUNS CASOS?.....	35
2.2 LIMITES DE ATUAÇÃO ESTATAL E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	40
3 PROVA VICIADA E QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO: ENTRAVES E DESAFIOS.....	44
4 NOVAS TENDÊNCIAS EM RAZÃO DO CENÁRIO ATUAL – DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	53
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59
ANEXO I.....	61
ANEXO II.....	65

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca compreender a possibilidade da admissibilidade das provas proibidas descritas no art. 157 do Código de Processo Penal Brasileiro, em uma abordagem *pro societate*, tendo como ponto de partida casos de quebra de sigilo telefônico. É de se assinalar que a relativização da proibição do uso das provas ilícitas no processo penal é possível em alguns casos, desde que observados requisitos e realizado o correto sopesamento dos interesses envolvidos, de modo a optar sempre pela solução menos danosa a bens constitucionalmente tutelados.

O artigo 157 do CPP prevê que as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo, definindo-as como aquelas obtidas em desconformidade com normas constitucionais ou legais. Em seus parágrafos, o mesmo dispositivo legal traz outras disposições sobre a matéria, todas no sentido de disciplinar o assunto, fazendo uma abordagem sobre as provas derivadas das ilícitas e sobre a preclusão da alegação da matéria.

O tema em debate é relevante, porque provas obtidas ilicitamente ensejam nulidade de atos processuais e, conseqüentemente constituem prejuízo social. Com a nulidade processual, perde-se a oportunidade de combater a criminalidade, cada vez mais estruturada e organizada. Diante desta constatação, foi apresentado o seguinte problema: “É possível afastar, da regra da exclusão, as provas ilícitas quando estiverem relacionadas à quebra de sigilo telefônico, a fim de atender ao interesse social nos delitos de grande potencial ofensivo?” Supõe-se ser possível afastar da regra da exclusão as provas ilícitas quando a impunidade do delito produzir alto prejuízo social.

A fim de se traçar um melhor panorama sobre o assunto, esta monografia foi dividida em quatro capítulos. O primeiro capítulo objetivou compreender definições conceituais de prova por meio da legislação, passando por construções doutrinárias e jurisprudenciais históricas sobre a questão. Ademais, o afastamento da regra de exclusão foi discutido com base na teoria da proporcionalidade, na teoria dos frutos da árvore envenenada e na teoria da exclusão da ilicitude da prova. Neste ponto, se assinala a especial relevância da Teoria da Árvore Envenenada e do Princípio da Proporcionalidade como importantes parâmetros para formular o raciocínio apresentado.

O segundo capítulo promoveu o estudo pormenorizado da admissibilidade da prova proibida com a relativização de sua ilicitude, com o fim de aproveitar atos processuais e possibilitar a satisfação do *ius puniendi* estatal, especialmente quando inserida num contexto delitivo de exacerbada gravidade.

Partindo da premissa de que há plausibilidade legal para a aceitação de provas com vícios, por muitos intituladas como "ilícitas", se delas originar uma acusação sólida a ponto de resultar uma condenação de um crime de alta relevância para a sociedade, foram apresentadas considerações sobre o princípio da proporcionalidade e suas aplicações, os motivos ensejadores da relativização da inadmissibilidade da prova ilícita e os limites em que se deve dar esse entendimento, a fim de não provocar maior lesão aos bens jurídicos envolvidos do que aquela já provocada por ocasião do cometimento do ato ilícito que motivou o processo penal. Foi abordada a questão da harmonia entre os direitos e garantias envolvidos, por meio do sopesamento entre os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No capítulo III, foram avaliadas as hipóteses de relativização da ilicitude da prova nos casos específicos de quebra de sigilo telefônico. Procurou-se, também, ilustrar o estudo de acordo com os bens jurídicos e princípios norteadores próprios, especialmente a dicotomia entre direito à privacidade e direito a garantia da ordem social, dentre outros. Foram apresentados indícios de que, em se tratando de criminalidade organizada, o direito fundamental à privacidade ganha contornos deveras menos significativos do que a necessidade de melhor instrumentalização no combate aos crimes assim praticados.

Por fim, concluiu-se que as propostas legislativas, surgidas recentemente, vieram acompanhadas das respectivas justificativas e implicações práticas. Ademais, os julgados penais dos últimos anos ilustram casos reais em que houve o afastamento das *exclusionary rules*. Pode-se afirmar, ainda, que as decisões judiciais explicam as particularidades que motivaram cada entendimento, num enfoque direcionado às novas vertentes, tendo em vista que cotidianamente surgem situações que pedem a evolução no tratamento da matéria.

A pesquisa realizada constata que o posicionamento tanto doutrinário quanto jurisprudencial admite o afastamento da regra de exclusão da prova ilícita desde que obedecidos os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo que a restrição relativa de direitos do réu constitua

prejuízo menor do que aquele que resultaria de sua impunidade. É de se salientar, sempre, que com a atual conjuntura legal, embora haja a possibilidade de admissibilidade da prova ilícita, ela só poderá ser deferida caso a caso.

Finalmente, há de se anotar que não se ignora a polêmica que envolve o tema. Contudo, é preciso registrar a importância do Direito às mudanças do mundo, e não ao contrário. O mundo não se regulará perfeitamente e sem contestação às regras postas, e essa insurgência constitui o motivo da própria necessidade de normatização e da existência do Direito. É esta adequação constante que pede novos entendimentos a um tema aparentemente pacificado, fazendo frente às mudanças sociais a fim de que se torne possível, ainda que não na totalidade da medida, a manutenção da ordem pública.

1 PROVAS E SEUS ASPECTOS RELEVANTES - CONCEITO, OBJETO, CLASSIFICAÇÃO E FUNÇÃO.

Este capítulo tem por objetivo fazer algumas considerações iniciais que facilitarão o entendimento do assunto, abordando a figura da prova dentro do processo penal. As definições de seu conceito, função, qual seu objeto e sua classificação são importantes, à medida em que é necessário entender em qual momento se dá a ilicitude da prova, qual o tratamento constitucional dispensado à questão e a importância de uma correta instrução probatória não apenas no processo penal, mas como garantia de direitos fundamentais cuja preservação é o cerne do Estado Democrático de Direito.

Após estas primeiras ponderações, passar-se-á à análise de algumas teorias desenvolvidas pertinentes ao assunto, além de princípios relevantes ao objetivo deste trabalho.

Começemos do princípio: o que é prova? Segundo se leciona nas mais básicas aulas de processo penal, prova é o meio pelo qual se convencerá o juiz sobre a veracidade de um fato submetido à apreciação judicial. Segundo NUCCI:

O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (2014, p.338)

Assim, prova é “tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor” (BUENO, 2010, p.261).

MARINONI e MITIDIERO (2011, p.334) definem a prova como “um meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito (...)”.

Assim, vemos que a prova é intrínseca tanto ao direito de defesa quanto ao direito de ação. Nucci ainda nos elucida que a prova comportará três

aspectos, quais sejam: o processo de verificação de um fato alegado, confirmando sua veracidade (ato de provar); o instrumento por meio do qual se demonstra a veracidade de algo (meio de provar); e o resultado do exame dos instrumentos de prova oferecidos (resultado da ação de provar).

A prova é, portanto, o instrumento processual pelo qual se comprovam as alegações tanto acusatórias quanto defensivas, a fim de instruir determinada demanda e objetivando o livre convencimento do julgador na busca pela verdade real.

O objetivo da prova é o livre convencimento do juiz, e possuem natureza jurídica de direito subjetivo, o que implica dizer que trata-se de garantia de proteção do sujeito face ao poder estatal, pois sem a prova é impossível que se ligue os pontos entre a teoria e a realidade. Assim, possui como destinatário direto o juiz da causa, a quem busca dar fundamento às decisões, e como destinatários indiretos figuram os sujeitos da ação, ou seja, as partes, tanto por meio da comprovação quanto pela refutação daquilo que é imputado ou investigado.

Deve-se pincelar ainda a lição de Távora, que nos ensina que a prova se desdobra naquilo que é o objeto da prova - a coisa que deve ser levada ao conhecimento do juiz - e naquilo que é objeto de prova, - aquilo que realmente precisa ser provado.

Assim, temos que não serão objetos de prova a matéria de direito, pois o juiz já a conhece; os fatos notórios, de conhecimento público; os fatos axiomáticos, que são aqueles que se deduzem pela própria obviedade; os fatos inúteis, aqueles que não são relevantes para a demonstração da verdade e as presunções legais, tanto as absolutas, que não admitem prova em contrário, quanto as relativas, que invertem o ônus probatório.

Os fatos incontroversos, quais sejam aqueles não refutados pela parte ou mesmo os por ela admitidos, não dispensam a instrução probatória, na esfera penal. Isso porque o processo penal sujeita-se ao princípio da investigação oficial e da verdade material, podendo, portanto, o Juiz determinar a realização de diligências para elucidação dos fatos. Segundo AVENA:

(...) se a própria confissão do crime (...) não é suficiente, por si, para um juízo condenatório, exigindo sempre confronto com os demais elementos de prova angariados ao processo (art. 197 do CPP), é evidente que a simples

ausência de contestação quanto a atos, fatos e circunstâncias não tem força suficiente para elidir a produção probatória. (2014, p.490)

Seguindo a redação dada pelo parágrafo único do artigo 155 do Código de Processo Penal, infere-se que as restrições delimitadas pela lei civil só serão observadas em relação ao estado das pessoas, tratando-se de construção doutrinária e jurisprudencial os demais entendimentos sobre as possibilidades probatórias.

No que diz respeito à classificação, temos o seguinte: Em relação ao fato a ser provado, a prova será direta (ex. testemunha visual) ou indireta (álibi). No que pertine ao efeito, classificar-se-á em plena (quando imprime certeza em relação ao fato) ou indiciária (de profundidade limitada, mas possibilitando medidas cautelares, coadjuvando a decisão na qualidade de indícios). No tocante ao sujeito ou causa, será real (quando resulta do fato) ou pessoal (quando decorre do conhecimento de alguém, ao exemplo da prova testemunhal). No aspecto formal, poderá ser testemunhal (quando baseada no conhecimento de alguém) ou material (quando corporifica a demonstração do fato), ou ainda documental.

Relativamente aos meios, as provas serão nominadas quando a legislação a elas fizer menção expressa, nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal, ou inominadas, quando não forem disciplinadas em lei. O princípio da verdade real admite quaisquer delas desde que se utilizem de meios legais e moralmente legítimos para obtenção.

Em conformidade com o acima discorrido, a função da prova é balizar o livre convencimento do juiz. É por meio delas que se instrumentaliza o princípio da busca pela verdade real, ligando os pontos entre os fatos alegados e a realidade.

Assim, a lei garante, por meio de princípios e dispositivos constitucionais, especialmente o contraditório e a ampla defesa, que a toda prova carreada aos autos do processo possa existir manifestação da parte adversa, num sistema que possibilita a apreciação de todos os fatos alegados e sua classificação de acordo com o grau de probabilidade, possibilitando a elucidação dos acontecimentos e chegando à conclusão mais próxima da realidade.

De acordo com a eminente doutrinadora Ada Pellegrini GRINOVER, "o direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas

garantias da ação e da defesa e do contraditório (...), não é absoluto, encontrando limites."(2001, p.129)

Neste ponto, após os esclarecimentos iniciais, ingressamos no assunto central deste trabalho: as ditas provas ilícitas e seu atual tratamento legal.

1.1 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS

A doutrina constitucional hodierna, por meio da tutela de direitos e garantias fundamentais, estabeleceu um arranjo baseado na coexistência de liberdades objetivando que, por meio do exercício de uma, não se fira a efetivação de outras, o que indubitavelmente constituiria dano à ordem pública.

Em razão dos tons liberalistas de nossa Carta Magna, os direitos individuais conquistam o status de direitos do homem agregado à sociedade e, desta forma, tanto os direitos quanto suas limitações se legitimam.

Assim, há que se tecer algumas considerações sobre o tratamento constitucional dispensado às provas, tendo em vista a função destas no devido processo legal como instrumentador do sistema jurídico pátrio.

Para GRINOVER, FERNANDES e MAGALHÃES FILHO,

"é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas". (2001, p. 130)

É neste contexto que se examina o processo penal e por consequência a produção de provas, sempre observando limites legais e morais, para que não haja, na aplicação da lei, prejuízo maior que os benefícios buscados, de maneira que se mantenha a constitucionalidade tanto da legislação quanto dos instrumentos legais para manutenção de ordem pública.

Tendo em vista esse desígnio, uma vez que a Constituição é a lei máxima de um país, e por meio dela se limitam e definem os direitos e deveres dos cidadãos bem como o controle e funcionamento estatal para que se possibilite plena organização e funcionamento social, nenhuma disposição ou determinação, mesmo

judicial, que seja contrária a estes preceitos, poderá ser valorada sem que se realize um acurado sopesamento do grau de importância dos bens jurídicos envolvidos.

Neste sentido, cabe juntar a conceituação de nobres juristas sobre a dita prova ilícita segundo o viés constitucional:

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos de personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. (GRINOVER; FERNANDES; MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 133).

Assim sendo, serão consideradas ilícitas as provas que, para sua obtenção, se valeram da infringência de algum comando legal, tais como a proibição da violação de domicílio, comunicações, uso de tortura ou maus tratos, violação da intimidade, dentre outros, pois estes são bens jurídicos tutelados no artigo 5º e incisos da Constituição Federal, ou seja, tratam-se de direitos e garantias fundamentais.

Em que pese o legislador ter procurado garantir a inalterabilidade *in pejus* destes direitos basilares, elevando-os ao patamar de "garantias fundamentais", a previsão constitucional da exceção à pena de morte prevista no inciso XLVII do artigo 5º evidencia que mesmo o direito à vida poderá ser suprimido em situações excepcionais.

Assim, temos que nenhum direito e garantia é absoluto. Se o próprio legislador legalmente previu situações onde estas garantias serão relativizadas, deixou implícita sua intenção de que, em alguns casos, após a necessária reflexão e análise *in casu*, resguardando-se o contraditório, ampla defesa e devido processo legal, por meio da aplicação de princípios de proporcionalidade, adequação e necessidade, poderá ocorrer a relativização das tais garantias fundamentais e o afastamento do vício de provas, mesmo em sentido constitucional, com o místico de preservação de um bem jurídico superior às garantias individuais, já que apesar do liberalismo estatal adotado por nosso ordenamento, as garantias de preservação social também devem ser igualmente observadas.

Sem sombra de dúvidas, o alcance do equilíbrio perseguido constitui desafio deveras atual, especialmente face ao aumento dos casos de crimes de

grande teor ofensivo, tais como a corrupção de altos valores, enriquecimento ilícito de agentes públicos, corrupção em suas diversas formas, sonegação fiscal, evasão de divisas e lavagem de capitais e tendo em vista que, apesar dos pesares, a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana é axioma basilar de nossa sociedade.

1.2 PROVAS PROIBIDAS - ILICITUDE, ILEGITIMIDADE E RELATIVIZAÇÃO

Em razão exposto, embora de modo simplista, podemos concluir que quem informa as provas ao Juiz são as partes, em seus papéis de defesa ou acusação e que, tendo o direito e o dever de se provar algo, alargam-se os cenários de utilização dos mais variados meios probatórios possíveis. Via de regra, as provas serão sempre admissíveis, devendo as exceções estarem expressas taxativamente e de forma justificada.

Compreendendo esta orientação, a Doutrina concebeu diferenciações: provas ilícitas e provas ilegítimas, sendo as duas últimas espécies do gênero provas proibidas, que são aquelas não admitidas em direito.

As provas ilícitas profanam princípios constitucionais penais ou normas de direito material. Já as provas ilegítimas são aquelas que afrontam matéria processual.

CAPEZ (2005, p.263) assim nos ensina o entendimento doutrinário sobre as provas ilegítimas:

Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim será considerada prova ilegítima: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no artigo 479, caput (CPP), com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008; o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do artigo 207 (CPP) (sigilo profissional) etc (...). A confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando a infração tiver deixado vestígios (CPP, art. 158). Neste último caso, a título de exemplo, se houve uma lesão corporal consistente em uma fratura de antebraço, nem mesmo a radiografia, a ficha médica do paciente, o depoimento dos médicos e a confissão do acusado podem suprir a falta do exame de corpo de delito, devido à exigência processual expressa constante do artigo 158 do CPP. As provas produzidas em substituição serão nulas por ofensa à norma processual e, portanto, ilegítimas, não podendo ser levadas em conta pelo juiz (CPP, art. 564, III,

b), o que acarreta a absolvição por falta de comprovação de materialidade delitiva. (CAPEZ, 2005, p. 263)

No que tange às provas ilícitas, esta é a lição do mesmo literato:

Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, uma confissão obtida com emprego de tortura (Lei n. 9.455/97), uma apreensão de documento realizado mediante violência de domicílio (CP, artigo 150), a captação de uma conversa por meio de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, artigo 10) e assim por diante. (CAPEZ, 2005; p.263 e 264)

Não obstante, desde o advento da nova redação do Código de Processo Penal, instituído pela Lei 11.690/2008, a prova ilícita deve ser desentranhada do processo.

A partir deste dispositivo, onde o legislador apenas se referiu a "provas ilícitas" como sendo aquelas decorrentes de violação constitucional ou legal, não houve mais a diferenciação entre provas ilegítimas e provas ilícitas.

Contudo, a doutrina nos traz excelente lição. Nas palavras de MENDES et al:

"Qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à invalidade da prova. A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal". (2007, p. 604-605)

Luiz Flávio GOMES (2009), em artigo publicado em seu blog, no tocante a esse assunto, assim nos leciona:

"Mas uma coisa é violar uma regra de direito material no momento da obtenção da prova (fora do processo). Outra distinta é violar uma regra

processual no momento da produção da prova (dentro do processo). Obtenção da prova não se confunde com produção da prova. A obtenção acontece fora do processo; a produção se dá por meio de um ato processual. A confissão mediante tortura (na polícia) é prova ilícita; a confissão em juízo, perante o juiz da causa, sem a intervenção de advogado, é prova ilegítima (deve ser renovada). Ambas são antinormativas: mas uma é ilícita, enquanto a outra é ilegítima."(disponível em http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546 consulta em 15/06/2018).

Para uma breve conceituação, adotaremos o entendimento de que provas ilícitas são aquelas obtidas em desacordo ou por violação de princípios e mandamentos legais e garantias constitucionais, em flagrante ilegalidade, configurando sua obtenção em transgressão de natureza material ou processual, desrespeitando o ordenamento jurídico vigente. No presente trabalho, adotaremos também a nomenclatura vício de prova.

Esta ilicitude não se restringe às provas obtidas diretamente em afronta à legalidade, mas também àquelas granjeadas em conformidade com o ordenamento jurídico, de forma lícita, mas cuja origem derivou de indício angariado em prova ilícita. Trata-se da ilicitude da prova por derivação, o que a doutrina Americana denominou Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Em consonância com estes entendimentos, o tratamento constitucional dispensado às provas é no sentido de valorá-las sempre em conformidade com as garantias concedidas ao indivíduo, respeitando a escala valorativa resguardada aos direitos e garantias fundamentais lá tutelados, além dos princípios norteadores de cuja existência se vale o sistema quando necessária alguma exegese do texto constitucional.

Nesta perspectiva, o texto constitucional assim menciona a matéria: *São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos* (art. 5.º, LVI, CF). Nesse sentido, a lição de LIMA:

“Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direito, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal” (2015, p. 607)

Assim, teremos que a inadmissibilidade das provas ilícitas não se dá apenas em razão de sua ilicitude, mas visando a preservação de bens jurídicos superiores que serão mais facilmente salvaguardados quando observada a legalidade e a conformidade com todo o ordenamento, haja vista que se trata de um sistema de engrenagens e que funciona melhor à medida em que cada uma trabalha de acordo com a sua função.

Uma vez que não ocorra o necessário sopesamento e a validação destas provas por meio do artifício legal competente, incorre-se na pena competente.

"A Constituição Brasileira, como visto, considera expressamente inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Mas não estabelece de forma explícita a consequência que deriva da circunstância de, apesar da proibição, a prova ter sido admitida, vindo a ingressar no processo."
(GRINOVER; FERNANDES; MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 143)

É a interpretação sistemática de todo o ordenamento de forma interligada que assegura que as garantias fundamentais serão preservadas e aplicadas, e de igual modo, por vezes ocorre a relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas, justamente por equiponderar a importância de uns e de outros direitos e garantias constitucionalmente protegidos, concedendo maior valoração àqueles que devem ser preservados quando da cessão dos direitos fundamentais em tese violados pela admissibilidade de uma prova eivada de vício.

1.2.1 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada - Abordagem histórica

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, cuja nomenclatura remonta a origens bíblicas, determina que uma árvore envenenada não poderá produzir bons frutos. Assim, baseando-se neste preceito, tem-se que se a fonte de determinada prova estiver gravada de ilicitude, então ela também estará.

A origem deste raciocínio se deu na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *SiverthorneLumberCo vs. United States*¹, datado de

¹Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html> consulta realizada em 08/06/2018

1920, que examinava a sonegação de tributos federais por uma companhia madeireira. No afã de comprovar a sonegação e embasar a investigação, os agentes federais que investigavam o caso copiaram os livros fiscais da empresa de forma irregular. Quando tais livros chegaram à Corte, surgiu a indagação sobre a validade probatória das cópias resultantes dos atos ilegais dos agentes federais.

Por fim, a Suprema Corte entendeu que, se admitidos como provas incriminatórias os livros irregularmente copiados, solidificar-se-ia a chancela estatal à prática de atos ilegais na produção de provas de maneira sistemática, estimulando esta conduta por parte dos órgãos investigativos e em evidente afronta à 4ª Emenda², decidindo pela inadmissibilidade das provas assim obtidas.

Posteriormente, no ano de 1939, ao examinar o caso *Nardone vs. United States*³, houve, pela primeira vez, a menção expressa ao termo "*fruits of the poisonous tree*". Tratava-se de ação penal similar àquela de 1920, em que a Corte reverteu as condenações de primeiro grau em razão da existência de provas obtidas em dissonância com determinação legal, consistindo estas em mensagens telefônicas interceptadas que eram o cerne probatório da acusação.

No desenrolar do caso, após recursos judiciais, a Suprema Corte sopesou os interesses envolvidos, quais sejam a aplicação severa de lei criminal e a proteção constitucional do domínio da privacidade, e julgou por estender a proibição de uso às provas derivadas das principais, gravadas de ilicitude.

Nesse ínterim, a decisão menciona que proibir a aquisição de provas de uma determinada maneira é que não apenas as provas assim adquiridas não serão usadas perante o tribunal, mas que não serão usadas de forma alguma, sob pena de deturpar-se o objetivo do Congresso quando elaborou o texto legal que versa sobre a obtenção de provas. Segundo aquela Corte, se o conhecimento dos fatos se der a partir de uma fonte independente daquela viciada, poderiam ser provados como quaisquer outros, não implicando o impedimento da prova.

² A 4ª Emenda Constitucional Americana diz respeito à proteção contra buscas e apreensões arbitrárias, tendo sido instituída em resposta aos abusos do *writ of assistance* - uma espécie de mandado geral de busca emitido pelo governo colonial britânico - que foi extremamente controvertido. A referida emenda apenas admite que se procedam à buscas e apreensões caso existam motivos razoáveis e mandado judicial baseado em causa provável e de fundamentação não genérica. (disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Quarta_Emenda_%C3%A0_Constitui%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Unidos consulta em 08/06/2018)

³ Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.html>, acesso em 06/06/2018.

Contudo, o conhecimento de fatos adquiridos por meio de erro do Governo (a obtenção ilícita da prova) não pode ser usada por ele para comprovação criminal. Assim menciona a decisão:

Na prática, essa afirmação generalizada pode ocultar complexidades concretas. Argumento sofisticado pode provar uma conexão causal entre as informações obtidas através de escutas ilícitas e a prova do governo. Por uma questão de bom senso, no entanto, tal conexão pode ter se tornado tão atenuada a ponto de dissipar a mácula. Uma maneira sensata de lidar com tal situação - de acordo com a emenda de 605, mas também justa para os propósitos do direito penal - deve estar ao alcance de juízes experientes. O ônus é, obviamente, para o acusado, em primeira instância, de provar à satisfação do tribunal que as escutas telefônicas foram empregadas ilegalmente. Uma vez que isso é estabelecido - como foi claramente feito aqui - o juiz de primeira instância deve dar oportunidade, ainda que restrita, ao acusado de provar que uma parte substancial do caso contra ele era fruto da árvore venenosa. Isso deixa ampla oportunidade ao governo de convencer o tribunal de que sua prova tinha uma origem independente.(tradução livre)⁴

Todavia, em que pese o brilhantismo e o profundo respeito à vontade da lei consubstanciados na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, sua aplicação não é ilimitada, existindo hipóteses que configuram exceção permissiva ao uso das evidências descortinadas.

A primeira diz respeito à fonte independente: trata-se de situação em que a ligação entre a ação ilegal e a prova obtida for muito efêmera.

A segunda trata da descoberta inevitável, e se aplica quando a prova ilicitamente descoberta seria descoberta de um modo ou de outro, desta vez por meio legal. Isso encontra guarida porque um fato pode ser provado por diversas evidências, sendo as provas independentes entre si.

A seguir, dois casos emblemáticos, ambos datados do ano de 1984:

⁴*In practice, this generalized statement may conceal concrete complexities. Sophisticated argument may prove a causal connection between information obtained through illicit wiretapping and the Government's proof. As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint. A sensible way of dealing with such a situation -- fair to the intentment of 605, but fair also to the purposes of the criminal law -- ought to be within the reach of experienced trial judges. The burden is, of course, on the accused in the first instance to prove to the trial court's satisfaction that wiretapping was unlawfully employed. Once that is established -- as was plainly done here -- the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree. This leaves ample opportunity to the Government to convince the trial court that its proof had an independent origin.*(Original disponível em:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.html>, acesso em 06/06/2018)

Caso Segura vs. United States: Durante uma operação, agentes da polícia anti drogas estavam de vigília objetivando prender quatro elementos, pelo crime de tráfico de drogas: Colon, Parra, Segura e Vidal⁵.

Observaram que Colon deixou em um estacionamento um pacote suspeito, o qual foi receptado por Parra, enquanto Segura e Vidal estavam dentro do restaurante, observando.

Ato contínuo, os policiais decidiram seguir Parra e Vidal até seu apartamento, prendendo-os nas proximidades do local. Os dois estavam de posse de cocaína. Após a prisão, foram avisados de seus direitos constitucionais, e Vidal admitiu que comprou a cocaína de Segura, confirmando ainda que a entrega foi realizada por Colon, para Parra, no estacionamento do restaurante.

O Ministério Público local autorizou a prisão dos elementos, porém, devido à burocracia, o mandado de busca e apreensão só seria disponibilizado no dia seguinte, recomendando a vigilância e isolamento do apartamento, para evitar o perecimento de provas.

Porém, algumas horas depois no mesmo dia, os policiais levaram Segura ao apartamento e pediram que ele batesse na porta, ao que foi atendido por Colon. No ato, os policiais adentraram no recinto, sem permissão do proprietário/morador e também sem requisição judicial, empreendendo busca ilegal e observando que haviam ali equipamentos destinados ao processamento de drogas.

Colon foi preso e conduzido juntamente com Segura, enquanto dois policiais ficaram no local aguardando o mandado de busca e apreensão, o que se deu somente após transcorridas aproximadamente 19 horas.

Após a chegada do mandado, foi empreendida uma segunda busca no local. Nesta ocasião, foi descoberta cocaína e algumas gravações de negociações de drogas, que foram apreendidos.

Em matéria defensiva, Segura e Colon opuseram, perante a Corte, pedido de supressão das provas, já que foram ilicitamente obtidas: sem mandado e sem autorização, o ingresso no apartamento poderia constituir violação de domicílio.

Examinando esta alegação, a Corte decidiu que as provas obtidas na primeira busca de fato deveriam ser excluídas por estarem eivadas de ilicitude, mas

⁵Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/> consulta em 08/06/2018.

as provas granjeadas na segunda busca deveriam ser mantidas e consideradas válidas. Com este entendimento, sobreveio a condenação dos acusados pelo crime de tráfico de drogas.

Pela análise desse caso, a Suprema Corte estabeleceu o posicionamento de que a regra da exclusão não deveria atingir apenas as provas obtidas pela primeira busca, ilegal, mas também aquelas que foram resultantes destas provas, porque delas derivadas e igualmente eivadas de ilicitude.

Contudo, tendo em vista que a ligação entre a conduta ilegal da polícia e a descoberta das provas for tênue demais, dissipa-se a mácula de ilicitude da prova inicial, não havendo espaço para aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada. Essa inferência se deu porque a Corte entendeu que, tendo a polícia fontes independentes para a descoberta das provas e o prévio conhecimento da existência de drogas no apartamento, a ilegalidade da primeira busca era irrelevante para a admissibilidade das provas derivadas.

No mesmo ano, a Suprema Corte analisou novamente a questão do aproveitamento ou não das provas ilícitas por derivação, ao apreciar o caso *Nix v. Williams* (1984)⁶, em outro contexto.

Tratava-se de demanda versando sobre a prisão de Williams acusado do homicídio de uma menina de 10 anos de idade, sem que, contudo, o corpo houvesse sido encontrado.

No decorrer das buscas, convencido por um policial, Williams depôs desacompanhado de seu advogado, e indicou a localização do corpo, às margens de uma rodovia.

Entretanto, em razão de estar desassistido por advogado e não ter sido informado de que tudo o dissesse poderia ser utilizado contra ele no tribunal, em flagrante violação ao princípio da não autoincriminação (*nemotenetur se detegere*), foi submetida à análise da Corte a apreciação da exclusão ou não desta prova do julgamento.

Ao examinar o caso, a Suprema Corte entendeu pela não aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, concluindo que o corpo da criança, indicativo da materialidade do fato, seria inevitavelmente descoberto. Assim, surgiu a *inevitable discovery doctrine*.

⁶NIX V. WILLIAMS (1984). Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1983/1983_82_1651/. Acesso em: 08.06.2018.

Esse entendimento adotou como pilar o fato de que mais cedo ou mais tarde o corpo da criança seria descoberto, não importando, por isso, que no momento do depoimento houvesse violação legal na obtenção da informação. Assim, por existir outra maneira de se obter o instrumento probatório, não há que se falar em vício insanável e portanto, excepcionalmente se deixa de aplicar a regra da exclusão.

Ressalte-se, mais uma vez, que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada é uma construção jurídica derivada da “*exclusionary rule*” (princípio da regra da exclusão), preceito baseado na 5ª Emenda Constitucional Americana, bem como princípio do devido processo legal do direito norte-americano, os quais dispõem que não será admitida no processo nenhuma prova que viole os direitos constitucionais do réu.

Porém, como o mundo jurídico não comporta regras absolutas seja pelo espaço seja pelo tempo, a inadmissibilidade das provas ilícitas, como nos casos acima relatados, passou a ser relativizada quando presentes alguns elementos pelos quais o bem jurídico a ser preservado toma um viés hierárquico diferente.

1.3 PROVAS ILÍCITAS E JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - TEORIAS PERTINENTES E SUAS DERIVAÇÕES

Conquanto que na maior parte das situações as provas ilícitas mostrem-se imprestáveis à finalidade acusatória, devendo ser absolutamente desconsideradas nestes casos, em algumas situações a elas se outorga valor. Algumas teorias surgiram para justificar seu uso, cuja menção será recorrente no presente estudo.

Embora amplamente abordada em tópico distinto e tendo surgido para sustentar a inadmissibilidade das provas ilícitas, a menção à teoria dos frutos da árvore envenenada deve ser feita também como autorizadora de sua utilização.

Assim, até o momento, a utilização da prova viciada é admissível com embasamento nas teorias abaixo descritas, todas advindas de interpretação da redação do artigo 157 do CPP⁷:

⁷ **Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Teoria da prova absolutamente independente: Consubstanciada no artigo 157, § 1º, primeira parte, do CPP, de cuja redação infere-se que uma vez que as provas derivadas sejam autônomas, ou seja, não possuam nexos de causa e consequência em relação às primeiras gravadas de vício, não estarão maculadas pela ilicitude que atinge as primeiras, e poderão ser aproveitadas para a instrução do processo penal. Salienta-se que cabe ao juiz delimitar as balizas desta interdependência entre as provas, não estando esta teoria, portanto, absolutamente isenta do solipsismo judicial.

Teoria da descoberta inevitável: também chamada de *teoria do curso hipotético de investigação*, cuja nomenclatura deriva do inglês "*inevitable discovery*", consubstanciada no art. 157, § 1º, parte final e § 2 e § 3 do CPP. Este conceito sugere que as provas derivadas de uma prova ilícita não forçosamente carregarão mácula ou vício, desde que cabalmente demonstrado que seriam fatalmente descobertas por outro meio, ou seja, fonte autônoma e meio válido. A fim de melhor compreensão, ilustra-se a situação em que, através da interceptação telefônica irregular, descobre-se sujeito com conhecimento dos fatos e cujas declarações restam impugnadas em decorrência do vício da prova, sendo que esta pessoa também foi indicada como testemunha por meio de depoimentos de outros investigados. Assinala-se que, apesar de haver ligação entre a prova viciada de vício e as demais provas, esta ligação não é decisiva, cabendo ao juiz, mais uma vez, decidir sobre a inevitabilidade da descoberta.

Teoria da contaminação expurgada: Embora não encontre respaldo na redação do artigo 157 e parágrafos do CPP, segundo essa teoria é concebível que o laço entre a prova viciada e a dela derivada seja tão frágil que não tenha importância suficiente para ensejar contaminação. Em que pese não se tratar de ausência

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

absoluta de ligação entre uma prova e a dela derivada, sua insignificância dispersa o vício e salvaguarda a integridade da prova derivada. O risco enfrentado, aqui, diz respeito ao fato de que esta teoria é uma suavização da teoria principal, e em razão disso sua aplicação pode, ocasionalmente, deitar por terra a disposição constitucional de prova ilícita. É de se considerar que aqui, mais uma vez, figurará o juiz como apreciador da questão, relegando-se ao seu bom senso a apreciação da questão.

Teoria da boa-fé: trata-se de hipótese a ser aplicada quando se constata que os agentes de persecução penal houverem atuado desguarnecidos da intenção de infringir a lei, ou seja, sem dolo neste sentido, motivados por conjuntura de erro. A boa-fé, por si só, não é o suficiente para refutar a contaminação posto que além do critério subjetivo - a boa-fé dos agentes - , é necessária a conformidade com a lei na formação do conjunto probatório, ou seja, observação dos critérios de boa-fé objetiva. Essa teoria surgiu pelos entendimentos da Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos *Arizona vs. Evans*, 514 U.S.1 (1995), *Davis vs. U.S.* 131 S.Ct. 2419 (2011) e *Herring vs. U.S.*, 555 U.S. 135 (2009)⁸

1.3.1 A exclusão da ilicitude da prova na perspectiva do princípio da proporcionalidade

Em algumas situações, leia-se naquelas que a lei faz previsão expressa de exclusão de ilicitude, as provas teoricamente ilícitas deverão ser consideradas lícitas, pois a ação daquele que a produziu ou captou está salvaguardada por pressuposto legal, qual seja a excludente de ilicitude. A fim de ilustração para melhor compreensão, toma-se o exemplo da conduta abarcada pelo artigo 150 do Código Penal - invasão de domicílio - com a finalidade de obter prova essencial para comprovação da própria inocência. Trata-se de conduta criminosa e de prova obviamente ilícita, mas que será considerada válida uma vez que a conduta do agente ocorreu em evidente estado de necessidade.

A teoria da exclusão da ilicitude da prova solidifica a primazia de uns interesses sobre outros por meio da sonegação de um bem jurídico com o escopo de resguardar outro - no caso de nosso exemplo, a inviolabilidade de domicílio

⁸(disponível em http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_7_versao-2015-06-25.pdf consulta em 08/06/2018)

confrontada com a liberdade, em razão de iminente ameaça concretizada pela ação penal.

É de se sublinhar que o sacrifício de um determinado bem não deve ser razoavelmente exigido para que se possa admitir a justificativa para a violação de outro bem juridicamente tutelado, e cuja gradação de importância só se pode inferir *in casu*. Esta teoria tem como um de seus partidários o Professor Paulo RANGEL (2013, p.477), que assim preleciona:

A questão colocada acima recebe solução diferente na doutrina pátria, entendendo trata-se de verdadeira cláusula de exclusão de ilicitude, conduta do réu que intercepta ligação telefônica para salvaguardar sua liberdade de locomoção. Estaria ele em estado de necessidade. Nesse sentido, surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, capitaneada pelo mestre Afrânio da Silva Jardim, à qual nos filiamos onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro, estado de necessidade justificante. Destarte, a vedação da prova obtida por meio ilícito é de caráter relativo e não absoluto. Dessa forma, é admissível a prova acolhida com (aparente infringência às normas legais, desde que em favor do réu para prova sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrefio da lei.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, denota a ideia de comedimento do poder estatal, por meio do sopesamento de diversos interesses e bens jurídicos, de modo a atender a tutela dos direitos individuais e também o interesse público, valendo-se de meios sempre proporcionais para a consecução do fim almejado. Trata-se da materialização do sistema de pesos e contrapesos do Direito Alemão. (ARAÚJO, 2009, p. 355)

São elementos do princípio da proporcionalidade: a) adequação: os meios eleitos devem ser adequados aos fins pretendidos; b) exigibilidade ou necessidade: o meio eleito deve ser, obrigatoriamente, o menos gravoso para o cidadão; e c) proporcionalidade em sentido estrito: é o sopesamento a fim de verificar o custo-benefício para o Poder Público, de modo que o proveito alcançado seja obrigatoriamente superior ao prejuízo suportado. (AGUIAR, 2010, p. 500)

É justamente essa ponderação o cerne da Teoria da Proporcionalidade, que se desdobra em duas vertentes.

Ao se averiguar o bem jurídico de maior importância, deverá o magistrado a ele dar prevalência. Assim, ao precisar escolher entre a liberdade do réu e a observação de requisitos formais para a obtenção da prova, sem sombra de dúvidas deverá sobressair-se a garantia à liberdade. Desta feita, admite-se a utilização da prova ilícita para inocentar o réu, por exemplo, como sustentam alguns doutrinadores. Segundo eles, o direito de punir do estado e a legalidade na produção da prova, quando em confronto com o direito à liberdade do réu, têm sua importância diminuída. Assim, pelo critério da proporcionalidade, afasta-se a inadmissibilidade da prova observando a finalidade de preservação do bem jurídico de maior valor, qual seja o direito à liberdade, porém não se admite que por esta mesma prova se demonstre a culpa de terceiro envolvido, já que os efeitos da admissibilidade ficam adstritos à comprovação da inocência do réu. Esse é o entendimento, por exemplo, de Nestor TÁVOR (2013), que defende o uso da prova ilícita *pro reo*.

Não obstante, outra corrente doutrinária sustenta que é possível a utilização da prova ilícita segundo o princípio da proporcionalidade *pro societate*. Nas palavras de CAPEZ e COLNAGO

(...) a admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irreduzível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do Poder Público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação. (2015, p.185)

Em se tratando de violação legal empreendida por organização criminosa, assinalam que

(...) desde que haja prévia, fundamentada e detalhada ordem escrita da autoridade judicial competente, sendo admitida como meio de obtenção de prova, cuja previsão encontra-se no inciso V, art. 3º, da Lei n. 12.850/2013. Não havendo autorização, a prova somente será admitida em hipóteses

excepcionais, por adoção ao princípio da proporcionalidade pro societate.(CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo, 2015, p. 188)

É de se concluir, portanto, que em se tratando de provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade surgiu como uma alternativa intermediária para a viabilidade de admissão das provas viciadas, buscando fugir de posições demasiado radicais. Pela análise desta teoria, depreende-se que nenhuma garantia será absoluta, tornando inválida outra que tenha semelhante grau de importância. (SOARES, 2009. p. 57)

O argumento da posição até então dominante (a corrente que não admite de maneira alguma a admissibilidade da prova ilícita) foi suavizado através de considerações pontuais inclinadas para a solução de casos excepcionais que revelam que o posicionamento mais prudente é justamente pelo acolhimento da prova viciada. (CHAVES, 2007. p.65)

Nesse contexto, a proporcionalidade surge, finalmente, para possibilitar processualmente a articulação das normas constitucionais tendo em vista a necessária manutenção de sua harmonia. Desta feita, minimizam-se os episódios de conflitos aparentemente sem solução entre determinados bens Constitucionais. A proporcionalidade é, em última senda, o instrumento redentor de solução de conflitos, sopesando e encontrando os valores que triunfarão no caso concreto. (SILVA, 2007, p. 22)

2 ADMISSIBILIDADE E RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA - DINÂMICA DE PROVAS, MOMENTOS PROCESSUAIS E RELATIVIZAÇÃO DE INADMISSIBILIDADE

Este capítulo tem por objetivo avaliar os diferentes aspectos de admissibilidade da prova ilícita e as limitações para esta admissibilidade. Conforme já visto, o processo se rege por requisitos de legalidade, respeitando pressupostos constitucionais e necessitando que cada ato processual esteja revestido de critérios que o tornem perfeito, evitando quaisquer nulidades ou anulações. Segundo SILVA (2007, p. 18) havendo o desrespeito destes requisitos se incorrerá em vício de tal forma que o processo será inválido ou ineficaz e não produzirá os efeitos esperados.

Desta forma, a admissibilidade nada mais é que uma valoração prévia feita pelo legislador, objetivando evitar o ingresso no processo de meios de prova inidôneos, cujo ingresso ensejará nulidade, não devendo estes serem apreciados pelo juiz, conforme nos leciona GOMES FILHO (1997, p. 95)

É de se anotar, ainda, a diferenciação entre inadmissibilidade e nulidade: inadmissibilidade é o critério pelo qual se veda o ingresso de determinada prova no processo, conquanto que nulidade é o que ocorre após o ingresso da prova viciada. Trata-se de sanção ao vício apresentado em virtude da metodologia utilizada na obtenção desta prova, pelo que se declarará sua ineficácia (SILVA, 2007, p. 19).

Aqui, por oportuno, é necessário que abordemos os momentos da prova. (GRINOVER; FERNANDES; MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 135) nos brindam com a lição:

O tema (...) é limitado em seu conteúdo pelo momento a que diz respeito o ato ilegal. O momento é aquele da operação através da qual a prova é obtida para ser produzida no processo: momento normalmente anterior, e de qualquer modo externo com relação àqueles que se decompõe o próprio procedimento probatório.

As atividades processuais concernentes à prova desdobram-se em quatro momentos. As provas são: a) propostas (indicadas ou requeridas); b) admitidas (quando o juiz se manifesta sobre sua admissibilidade); c) produzidas (introduzidas no processo); e d) apreciadas (valoradas pelo juiz).

Esta ordem é cronológica, ou seja, obrigatoriamente deve se suceder nesta ordem, tratando-se de dinâmica concebida para os meios de prova produzidos na fase instrutória, que é o momento processual onde as provas serão de fato produzidas.

A avaliação destas provas, por sua vez, se dará na fase decisória. Sendo assim, não é lógico que a valoração delas aconteça em fase diversa, pois se incorreria em antecipação de juízo de valor relativamente a todo o conjunto probatório, devendo acontecer em momento processual oportuno.

ALVARO DE OLIVEIRA nos ensina que, haja vista o sistema processual pátrio adotar o livre convencimento motivado do juiz como método de valoração, não há como se excluir de todo o critério subjetivo do julgador na escolha das provas que mais perfeitamente elucidarão o caso concreto. Contudo, como método de controle deste ativismo judicial, tem-se a determinação de sólida e maciça fundamentação do *decisum*, além do respeito ao contraditório e a facilitação de ingresso em duplo grau de jurisdição. (2012, p. 78/79)

Vê-se, portanto, que a admissibilidade da prova é uma questão que envolve a intrincada avaliação de uma série de pressupostos, cuja não observância pode acarretar em sérios prejuízos ao processo, incluindo sua nulidade. Toma-se por exemplo um laudo pericial (prova técnica) que é desfavorável a uma parte, a qual solicita provar sua alegação por meio da prova testemunhal. Não deve caber ao juiz o indeferimento desta prova testemunhal sob a alegação de que a prova técnica é irrefutável, pois desta maneira incorrerá em juízo prévio de valor com conseqüente cerceamento de defesa, acarretando até mesmo a nulidade processual, em razão da ambigüidade entre os juízos de admissibilidade e valoração.

Por meio dessa delimitação, GRINOVER, FERNANDES e MAGALHÃES FILHO (2001, p. 135) nos ensinam que o entrave das provas ilícitas diz respeito à ilegalidade de um ato anterior àquele da produção em juízo. Nesse aspecto, não se mistura com o conteúdo e a veracidade da prova, critérios que serão refletidos em sua valoração, não na admissão.

Ainda segundo os mesmos letrados acima citados, a prova ilícita se trata de direito substancial quando da constatação do ilícito, e de direito processual quando de seu juízo de admissibilidade e posteriormente, na hipótese de ingresso no processo, sua utilização.

Em que pese o direito processual ser regido por momentos determinados, onde oportunamente se requerem e tomam providências, bem como oportunamente se fazem algumas alegações defensivas, pode-se dizer que a admissibilidade das provas eivadas de vício ocorre em sede de alegações finais, com a preclusão da alegação da matéria.

Assim, não há que se falar em violação da garantia do devido processo legal, pois o silêncio da parte e a matéria preclusa por este motivo não constitui ofensa ao contraditório e ampla defesa.

Não obstante o fato de que atualmente a corrente majoritária seja contrária a qualquer admissibilidade das provas eivadas de vício, sejam elas ilícitas ou ilegítimas, tendo em vista que por conterem traços de ilegalidade não se coadunam com a ordem constitucional, essa posição tem sido relativizada, especialmente por força dos princípios da proporcionalidade, excludente de ilicitude e demais derivadas da teoria dos frutos da árvore envenenada.

No tópico a seguir, abordaremos as hipóteses de admissibilidade das provas eivadas de vício, justamente por constituírem contingência incomum no cenário jurídico atual, mas que progressivamente ganha atenção, tendo em vista os requintes em que os delitos são cometidos e as dificuldades enfrentadas tanto em sede de investigação quanto no decorrer da ação penal.

2.1 RELATIVIZAÇÃO DA INADMISSIBILIDADE - POR QUE A VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA É RELATIVIZADA EM ALGUNS CASOS?

Feitas as considerações até agora expostas sobre o assunto, há que se abordar os motivos pelos quais passou-se, inicialmente, a admitir as provas ilícitas na esfera do processo penal.

Haja vista a tutela constitucional das garantias e direitos fundamentais elencar como um dos maiores bens jurídicos tutelados a liberdade, juntamente com a vida, a igualdade, a segurança, dentre outros, é natural que, dentro do processo penal e às vésperas desse bem jurídico sofrer grave restrição, fosse brotar a discussão da admissibilidade de prova obtida ilicitamente com a finalidade de preservação da liberdade do réu.

Desta forma, é mais facilmente compreensível que a primeira relativização na inadmissibilidade das provas eivadas de vício tenha se dado

justamente como subterfúgio para preservação da liberdade. É um exercício de colisão de direitos fundamentais, mas que parece relativamente simples de se fazer, tendo em vista que a liberdade de um indivíduo é verdadeiramente mais significativa que o poder punitivo estatal, principalmente diante de injusta punição, ainda que para isto tenha que haver a teórica violação de outro direito fundamental, como por exemplo, a privacidade de outrem. Vejamos:

Em outra situação, o réu obteve prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal à Lei 9.296, de 24.07.1996, mas era o único meio de que dispunha para provar a inocência. Seria inaceitável condenar o acusado apenas porque a demonstração de sua inocência só pode ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita.” (FERNANDES, 2012, p.92) (grifou-se).

Assim colocado, embora tenha esse raciocínio sido derivado de enormes esforços e paulatinas construções jurisprudenciais, não parece difícil compreender que a doutrina moderna considera pacificada a questão da admissibilidade da prova ilícita em seu viés *pro reo*.

A brilhante lição de AVENA (2015, p.484) nos aclara o entendimento:

Apesar dessa proibição constitucionalmente determinada, a doutrina e a jurisprudência majoritárias há longo tempo tem considerado possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de absolvê-lo ou de comprovar um fato importante à sua defesa. Para tanto, é aplicado o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio do sopesamento, o qual, partindo da consideração de que “nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto”, possibilita que se analise, diante da hipótese de colisão de direitos fundamentais, qual é o que deve, efetivamente, ser protegido pelo Estado.

Vê-se, portanto, que por meio do sopesamento dos interesses envolvidos - que é o cerne do princípio da proporcionalidade, tão presente neste estudo - foi possível concluir que um determinado bem jurídico, em um certo momento, revestiu-se de maior grau de relevância do que outros, não apenas

possibilitando, mas verdadeiramente impondo que houvesse relativização de um a fim de que se pudesse preservar outro.

Nesse viés, a relativização da inadmissibilidade da prova ilícita *pro reo* evidencia que os princípios ordenadores do regular trâmite processual, tais como devido processo legal, ampla defesa e contraditório adotam posição hierarquicamente superior à disposição legal de proibição do uso da prova ilícita, de maneira a preservar os interesses maiores de liberdade e presunção de inocência.

Isso ocorre porque o princípio da proporcionalidade impõe, em uma análise aplicada ao processo penal, o balanceamento da relação entre o indivíduo e o Estado pelo qual ele se submete em face daquelas construções em que se abre, até certo ponto, mão da própria liberdade em prol do convívio em sociedade.

Assim, analisando a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro reo*, temos que a motivação estatal no exercício de seu direito/dever punitivo fica submetida aos direitos e garantias individuais do sujeito, bens estes cujo sacrifício não pode ser exigido face a evidência de sua inocência, mesmo que esta evidência enquanto prova apresente traços que não se coadunam com a legalidade. Evita-se, portanto, a violação de direitos fundamentais da pessoa.

De outra banda, após estas primeiras construções sobre a admissibilidade da prova ilícita no viés *pro reo*, por meio da contínua interpretação da lei face às necessidades impostas pela sociedade em constante mudança, chegou-se ao impasse que norteia toda a discussão a que esse estudo se propõe: a admissibilidade da prova ilícita no viés *pro societate*.

Em que pese haver muito mais resistência para esta hipótese de admissibilidade tendo em vista a clara superioridade do Estado face à hipossuficiência do réu, entende-se que a resposta só pode ser obtida após o devido exercício de ponderação entre os interesses envolvidos, quais sejam o interesse privado do réu e a relevância do interesse social envolvido, o que habitualmente se revela em um conflito entre o direito à intimidade *versus* questões de segurança pública ou exacerbada gravidade social, tal como ocorre com os delitos perpetrados pelas organizações criminosas.

Trata-se de dilema que não comporta uma resposta pronta, devendo, portanto, sempre ser analisado *in casu*. Malgrado haver ainda resistência significativa à aceitação das provas proibidas na abordagem *pro societate*, é fato que atualmente rever certos conceitos é medida que se impõe, ao passo que a

criminalidade galga vantagens muitas vezes inalcançáveis ao poder de repressão estatal.

À vista disso, a pergunta que se suscita não diz mais respeito a determinar se o Estado deve ou não aceitar a prova proibida e em vista disso reduzir direitos, ao passo em que na atual conjuntura, a manutenção destes torna praticamente impossível a investigação e a punição de crimes de grave potencial ofensivo e praticados de maneira cada vez mais refinada e bem encoberta, muitas vezes tomando cores de transações legalizadas, como por exemplo os recentes casos de montantes exorbitantes de dinheiro público.

O cerne do problema é outro, como bem nos elucida SILVA (2003, p. 55):

A questão que se coloca hodiernamente, ao menos no plano normativo, não é mais saber se o Estado deve ou não restringir direitos fundamentais, mas em que medida essa restrição deve ocorrer, pois, como salienta Vittorio Grevi, frente ao avanço da criminalidade organizada, o ordenamento processual deve saber reagir para salvar antes de tudo a si mesmo, prevendo instrumentos derogatórios e procedimentos alternativos que, sem ofender a substância dos direitos do acusado, permitirá à Justiça seguir regularmente seu curso. Daí a relevância da consideração do princípio da proporcionalidade, pois, se uma vez ponderados os interesses estatais o sacrifício dos interesses individuais resultar desproporcional ou não exigível ao indivíduo, a medida haverá de ser considerada inconstitucional.

CHAVES e CUNHA (2007, p.68-69) nos aclaram o entendimento no que pertine ao motivos ensejadores da aceitação da prova proibida no viés *pro societate*, citando os abundantes motivos para a sua utilização, tais como a crescente necessidade de fortalecimento da segurança pública face aos cada vez mais ousados avanços do crime organizado; a existência de um alegado “direito fundamental à proteção social”, legitimador da aplicação da proporcionalidade em prol dos interesses da coletividade; a relevância da busca pela justiça; a admissibilidade da prova ilícita apenas em favor do réu constituir evidente lesão à isonomia das partes no processo penal; e, por fim, a inexistência de inconveniente na utilização *pro societate* naqueles casos de excepcional gravidade sem contudo abdicar da devida motivação judicial; dentre várias outras razões que podem requerer de tratamento distinto a fim de não caucionar com a impunidade de crimes

fortemente lesivos à coletividade.

Embora crescente o entendimento de que é sim admissível a utilização da prova proibida, em casos excepcionais e revestidos por relevante interesse social, mormente aqueles que tratam de ilícitos cometidos com grande prejuízo aos interesses coletivos, atingindo patamares deveras agigantados, há a vertente de entendimentos que não admite, em absoluto, o aproveitamento destas provas, sob a alegação de que o princípio da proporcionalidade, nesse aspecto, apenas legitima o desejo de repressão a todo custo. É esta a lição de CHAVES e CUNHA (2007, p. 70):

O direito parece não ter conseguido livrar-se do desejo de repressão a todo custo, em sua maior medida, como máxima processual. O acusado permanece sendo visto como merecedor da mais alta pena e castigo, tendo o Estado como instrumento para alcance de tal medida, o princípio da verdade real, cuja aplicação permitiria até mesmo uma ilicitude processual.

Não obstante a divergência doutrinária, nosso posicionamento é pelo juízo de admissibilidade favorável ao uso das provas proibidas quando revestido da devida relevância, consubstanciado por motivação em todos os seus parâmetros.

Em se tratando do caráter constitucional deste extraordinário uso das provas proibidas, vale, por fim, colacionar a perspectiva de CHOUKR (2010, p. 302):

A literalidade da CR impõe a inadmissibilidade no processo das provas ilícitas. No entanto, a literalidade cede diante da interpretação por critérios de proporcionalidade, os quais, em última análise, buscam mitigar a previsão constitucional, flexibilizando a admissão no processo das provas obtidas por meios ilícitos.

Conclui-se, portanto, que o juízo de admissibilidade das provas proibidas não configurará ilegalidade quando revestido dos devidos critérios a fim de evitar lesividade maior, exercício este que será possível por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade e desde que, de fato, haja pertinente e imperiosa necessidade.

2.2 LIMITES DE ATUAÇÃO ESTATAL E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A cruzada por um posicionamento moderado no conflito entre os interesses públicos e individuais na esfera processual penal em decorrência das implicações constitucionais pertinentes a cada um destes interesses, se revela como um dos maiores desafios do judiciário na atualidade.

Como nos leciona SARLET, não obstante ao fato de não haverem direitos fundamentais absolutos, não se pode admitir violação ao núcleo essencial destes direitos, devendo, portanto, existirem limites na atuação Estatal mesmo sob o pretexto de defesa do interesse público (2004, p. 255).

Desta feita, a manutenção da harmonia entre os bens jurídicos tutelados é tarefa que cabe aos operadores jurídicos, seja na elaboração, seja na aplicação da legislação. Não se trata de tarefa simples, e por este motivo, quaisquer exceções que impliquem supressão de direitos e garantias fundamentais devem ser extraordinárias.

Este exercício só é possível pela aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de verificar, no caso concreto, qual direito deve prevalecer a fim de buscar a menor lesão possível na universalidade das garantias envolvidas. Nesse sentido:

O tribunal observou que nesse tipo de caso há uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga ao Estado. Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza “por si só, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento de interesses”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto. Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva [...] da Constituição. (ALEXY, 2008, p. 94-95)

O minimalismo desejado na intervenção judicial pela supressão de um dos direitos envolvidos, deve, obrigatoriamente, ser orientado pela tutela constitucional. Assim, temos que o processo penal será aplicado constitucionalmente em uma visão ampla. Entretanto, é de se asseverar que a continência de direitos e garantias fundamentais deve respeitar, sem exceção, a inviolabilidade da vida humana e a integridade moral e física do investigado.

Neste sentido, SILVA (2003, p. 59) destaca:

[...] a característica principal desse sub-princípio é o aspecto comparativo, que impõe a necessidade de comparação entre as medidas restritivas de direitos passíveis de adoção, no sentido de buscar aquela mais idônea para a finalidade pretendida. A lei processual não fixa padrões de comparação e nem uma escala de lesividade para orientar a atividade do juiz diante do caso concreto. Para evitar equívocos judiciais, a doutrina alemã propõe a observância de três condições básicas: a medida substituta, deve ser capaz de alcançar a finalidade buscada pela medida substituída, deve estar prevista na lei processual e deve existir infra-estrutura pessoal (por exemplo, médicos, assistentes sociais) e material (por exemplo, vagas em centros de reabilitação) suficientes para a aplicação [...] no Brasil, este princípio está expresso no art. 2, inc. II, Lei n. 9.296/96, que dispõe que não será admitida a interceptação da comunicação telefônica quando “a prova puder ser feita por outros meios disponíveis”. Também esta consignado no art. 5º da mesma lei, que prevê que a prorrogação do período de interceptação telefônica somente será prorrogada “uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. Em matéria de prisão e liberdade, o art. 2º da Lei n. 7.960/89 dispõe que apenas se admite a prorrogação do prazo de prisão temporária “em caso de extrema e comprovada necessidade”. Ainda, o art. 316 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de revogação da prisão preventiva quando tornar-se desnecessária, ante a verificação da “falta de motivo para que subsista.

Podemos compreender, assim, que em que pese nosso ordenamento pátrio não fazer previsões expressas sobre a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, a admissibilidade da prova ilícita só será razoável se for estritamente necessária à preservação de um bem jurídico maior, qual seja o relevante interesse social a ser preservado por meio da punibilidade de uma

circunstância delitiva de gravidade tal que justifique esta relativização de direitos. A medida a ser observada será, *ultima ratio*, aquela que caiba sem folgas os excessos no caso concreto, buscando jamais provocar maior lesão do que aquela que visa reparar.

Desta forma, segundo nos leciona SERRANO (1990, p. 200-202), os critérios a serem observados são a adequação da medida (se ela é capaz de lograr o resultado esperado), a necessidade da medida (se o resultado esperado pode ou não ser atingido de outra maneira, sendo a escolhida necessariamente a menos gravosa) e a proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação, em si mesma, dos interesses jurídicos envolvidos).

Assim, temos que para avaliar o critério de adequação, devemos verificar se a medida em comento se propõe compatível ao fim perseguido, bem como aos aspectos subjetivos de sua aplicação, ou seja, a medida em que atingirão os sujeitos à sua aplicação. É o exemplo da prorrogação do prazo de interceptação telefônica, que só pode acontecer de maneira suficientemente justificada a comprovar sua relevância, como dispõe o artigo 5º da Lei 9.226/96.

O critério de necessidade, por sua vez, deve ser examinado à luz do caso concreto e em confronto com todas as outras formas de se obter o mesmo resultado, de maneira que só se pode admitir a escolha da forma mais gravosa caso apenas ela se mostre capaz de atingir o objetivo desejado. Trata-se do elemento mais importante e mais delicado do princípio da proporcionalidade, haja vista que havendo qualquer excesso no momento da eleição do meio, haverá a injusta desproporcionalidade da ofensa ao direito relativizado.

A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, implica que serão sopesadas "as desvantagens dos meios em relação às desvantagens dos fins" (CANOTILHO, 2003, p. 269). Este exercício de ponderação permite elucubrar a relevância do fim desejado e a importância do dano causado, à luz da colisão entre os bens jurídicos constitucionais diretamente envolvidos.

Neste ponto, cabe voltar à lição de SERRANO (1990, p. 252-253), que aponta quatro critérios para sopesar a importância dos bens jurídicos envolvidos na questão: I-consequência jurídica da medida; II-importância da causa; III- grau de imputação; e IV- êxito previsível da medida.

A consequência jurídica da medida diz respeito ao equilíbrio entre a restrição de direitos do indivíduo (réu ou investigado) e a pena potencial que ele

poderá sofrer ao desfecho do processo.

O critério de importância da causa pertine à avaliação entre a gravidade da conduta penal investigada e a gradação de violação do direito fundamental em questão. Aqui, abre-se um parêntese para assinalar que este juízo pode ser carregado, em maior ou menor grau, de subjetividade do juiz, ao avaliar a gravidade do fato, o interesse público no sucesso do processo e a probabilidade de reincidência de fatos semelhantes.

No que diz respeito ao grau de imputação, este permite mensurar a expectativa ou a possibilidade de eventual condenação do réu. Porém, também é colorido de imprecisão, tornando-se delicada sua avaliação à medida em que pode haver lesão ao princípio da presunção de inocência.

Por fim, o êxito previsível da medida dita ao julgador o exercício mental de verificação da parcela de violação ao bem jurídico relativizado frente ao potencial sucesso da medida autorizada no seu objetivo de elucidação dos fatos. Caso o juiz verifique que a probabilidade de êxito é pouca ou nenhuma, não deverá autorizar qualquer pretensão de relativização de direitos.

Isto posto, nunca é demais frisar que, *in casu*, verificada a necessidade de relativização de direitos para o juízo de admissibilidade de uma prova ilícita, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, isso deve ocorrer em caráter excepcional e sem jamais sobrepujar o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos réus em processos penais que versam sobre delitos de maior potencial ofensivo.

3 PROVA VICIADA E QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO: ENTRAVES E DESAFIOS

Este capítulo tem por objetivo tecer considerações a respeito das situações em que a prova proibida versa sobre quebra de sigilo telefônico, tendo em vista a grande incidência de casos nos últimos anos em virtude dos crescentes avanços tecnológicos que nossa civilização tem empreendido.

Muito embora não se trate de espécie probatória especialmente desenvolvida para as hipóteses de crime organizado, alcança especial relevância nesta categoria de crimes, pois tem se revelado essencial para o deslinde de muitas ações penais que visam combater esse tipo de criminalidade.

GRINOVER, FERNANDES e MAGALHÃES FILHO (2001, p. 174) assim discorrem sobre o surgimento desta modalidade:

A inadmissibilidade e a ineficácia processual das provas obtidas por meios ilícitos, de um lado, e a necessidade, de outro, de não privar o Estado dos instrumentos necessários à luta contra a criminalidade organizada, ocasionaram, no mundo todo, legislações que disciplinam rigorosamente a utilização de meios eletrônicos de captação da prova. Trata-se das interceptações, telefônicas ou entre presentes, e das gravações clandestinas de conversas.

É de se mencionar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, X resguardou o direito à intimidade dos cidadãos e disciplinou que as comunicações telefônicas serão invioláveis, à exceção da hipótese de autorização judicial mediante a disciplina da legislação competente.

Assim, sobreveio a Lei 9.296/96, a qual disciplinou a matéria, estabelecendo em seu artigo primeiro o seguinte: "a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça", e no parágrafo único do mesmo artigo dispôs que as mesmas disposições deverão ser aplicadas as interceptações de dados telemáticos e informáticos.

Desta forma, a inteligência do dispositivo legal impõe a autorização judicial para a quebra do sigilo das comunicações referidas, motivada pelas

hipóteses descritas no art. 2º, quais sejam indícios de autoria e participação no crime, impossibilidade de produção de prova por meio menos gravoso e casos em que o fato criminoso deva ser punido com pena de reclusão. Observa-se, portanto, que o legislador já se atentou para os critérios de ponderação de valores e proporcionalidade em sentido estrito, não permitindo a utilização desta espécie probatória em casos de menor potencial ofensivo, certamente por vislumbrar que o sacrifício do bem jurídico privacidade deveria se dar por motivo suficientemente significativo.

Neste ponto, é preciso frisar que a suficiência de indícios não deve ser interpretada como existência de prova crucial da autoria e da materialidade do fato. Isso porque caso estivesse se falando da comprovação *de per si*, já estaria configurado o cabimento de prisão cautelar do agente, e não apenas de produção cautelar de provas.

Há, ainda, em nosso ordenamento, a previsão da interceptação ambiental, modalidade pela qual é gravada a conversa entre sujeitos presentes em um mesmo ambiente, nas hipóteses de criminalidade organizada ou naqueles crimes praticados por quadrilha ou bando, de acordo com o disposto na Lei 9.034/95, em redação dada pela Lei 10.217/2001. Por meio da análise desta norma, verifica-se mais uma vez que o legislador norteou-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade ao prever a diminuição do direito à privacidade daqueles sujeitos investigados em crimes de maior potencial ofensivo, isto é, o crime organizado.

Não obstante o ordenamento pátrio ter tomado especial cuidado ao disciplinar as circunstâncias em que é possível o deferimento da quebra de sigilo telefônico ou a interceptação de conversas seja por meio eletrônico seja por gravação ambiental ou por interceptação de dados telemáticos, não têm sido raros os casos em que surgem provas proibidas com conteúdo extremamente significativo ou pertinente tanto às investigações quanto ao processo em si.

Isto se deve ao fato que atualmente, com a constante e crescente evolução tecnológica bem como a facilidade de acesso a estes recursos, além da quantidade de dados que um aparelho *smartphone* pode comportar, as mudanças legislativas não são suficientemente ágeis para fazer frente às inovações criminosas.

É neste ponto que se encontra o maior desafio que este trabalho busca ilustrar. Em que pese a legislação ter sido bastante detalhista na disciplina da matéria, tem sido bastante comuns os casos em que, por um motivo ou outro, chega

ao processo prova eivada de vício ou sobre a qual se argumenta neste sentido buscando a exclusão de prova que é de fato, lícita.

Toma-se pelo exemplo o caso sobre o qual versa o HC 91.867/PA, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que houve a apreensão, pela autoridade policial, de um aparelho celular, e com base na lista de contatos contida no referido aparelho, solicitou-se a quebra de sigilo telefônico, com a consequente interceptação das conversas havidas entre o sujeito e seu advogado.

O parecer do Ministro, favorável à manutenção da prova, citou:

Ad argumentandum, abstraindo-se do meio material em que o dado estava registrado (aparelho celular), indago: e se o número estivesse em um pedaço de papel no bolso da camisa usada pelo réu no dia do crime, seria ilícito o acesso pela autoridade policial? E se o número estivesse anotado nas antigas agendas de papel ou em um caderno que estava junto com o réu no momento da prisão? (disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=279232> & acesso em 24/06/2018).

Ainda, cabe colacionar a ementa da decisão em comento:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA.

Pela pertinência da decisão, cita-se ainda trecho esclarecedor da fundamentação do Ministro:

2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial.
2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros

telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu §2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás,

como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado, Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada.

Haja vista a decisão transcrita, pode-se perceber que no caso em comento o que houve não foi a interceptação telefônica em si, mas sim a apreensão de um aparelho de telefone que continha dados que ensejaram a quebra de sigilo posterior por constituírem indícios de prova suficientes para tanto, de tal modo que a quebra de sigilo estava amparada por decisão judicial, cumprindo os requisitos estabelecidos em lei.

Para que se possa melhor compreender a motivação desta decisão, que para aqueles mais afeitos ao preciosismo do direito à privacidade pode parecer uma aberração jurídica, aponta-se o fato de que hoje em dia o acesso aos meios de comunicação é extremamente facilitado.

Desta feita, se por um lado temos motivos a comemorar graças ao alcance atingido pelas comunicações e a acesso à informação galgaram a parte significativa da sociedade, por outro encontramos a dificuldade de se controlar as ações daqueles que utilizam esta mesma tecnologia para fins daninhos.

Trata-se de cenário que constitui verdadeiro pesadelo tanto na senda investigativa quanto na esfera processual, pois numa sociedade em que é possível comprar um cartão SIM com documentos falsificados, é evidente que em muitas das vezes a posse e o uso do aparelho telefônico só se destinam à prática delituosa, não devendo, portanto, ser aplicada a esses casos a proteção ao direito constitucional da privacidade. Graças à mobilidade dos meios de comunicação, somada a essa facilidade na aquisição, é praticamente impossível evitar que os sujeitos praticantes de um crime desapareçam.

Nesse afã de evitar o perecimento da prova pelo perigo de demora, em muitas das vezes a autoridade policial promove a devassa dos dados constantes nos celulares apreendidos, ou ainda pula etapas procedimentais fundamentais à obtenção legítima do instrumento probatório.

Embora seja humana e moralmente compreensível que diante de crimes de grave potencial ofensivo em que as investigações levam muitos anos e ao final do processo, muitas vezes, protela-se ou mesmo se evita a aplicação da pena, por vezes não é possível congruar a validade da prova se não houver o mínimo de zelo procedimental em sua obtenção.

Assim, no que pertine às provas proibidas na quebra do sigilo das comunicações telefônicas, via de regra se aplicarão as excludentes de ilicitude apenas quando compatíveis com aquelas explanadas no capítulo 2.

A ilustração disto, colaciona-se a opinião do Desembargador Federal André Fontes (disponível em <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1136922/apelacao-criminal-acr-3009-rj-20010201033481-6/inteiro-teor-100642828?ref=juris-tabs>) :

No meu sentir, a relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas, que não é o caso dos autos, impõe-se não apenas *pro reo*, mas também como instrumento excepcional de defesa social. Afinal, inexistem direitos e garantias absolutas, sendo certo que nenhum princípio constitucional está imune ao raciocínio ponderativo, visto que fundado no equilíbrio dos valores constitucionalmente garantidos, tais como a preservação da intimidade e do sigilo das telecomunicações do acusado e o direito à segurança, à vida, ao patrimônio. Advirta-se que tem se destacado, com larga aceitação na jurisprudência e manifestações de autorizada doutrina, a incidência do princípio da proporcionalidade, de molde a se mitigar a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas (“*exclusionary rule*”). Atente-se, a propósito, ao rigor imposto pelo constituinte ao tráfico ilícito de entorpecentes, delito equiparado a hediondo.

Da mesma maneira, em face da extrema relevância ao assunto, a íntegra da ementa para citação:

DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PROVA. AUTORIA E MATERIALIDADE. PERDIMENTO DE BENS. 1. Organização criminosa articulada para o tráfico internacional de entorpecentes, com a utilização da estrutura da Força Aérea Brasileira e de alguns de seus integrantes. 2. Interceptação primitivamente autorizada no curso de investigação policial por juiz de direito

aparentemente competente, por vislumbrar-se, inicialmente, tráfico interno. Declinação posterior da competência para o juízo federal, por detectar-se a transnacionalidade, não se podendo, dentro de tal contexto inquirir de ilícita a prova colhida, porque era lícita ao tempo em que foi deferida. 3. Decisão de afastamento do sigilo telefônico que obedece ao comando do artigo 93, inciso IX, da Carta Magna, atendendo à representação ofertada pela autoridade policial, com exaustiva exposição dos fatos sob investigação. 4. Aparente limitação da lei não constitui óbice à renovação do pedido de interceptação telefônica por mais de uma vez, se porventura revelar-se imprescindível a sua continuidade, sendo certo que a ausência de edição das gravações não apresenta nulidade, ante a inaptidão do material não transcrito como elemento probatório para a persecução penal. 5. Observância do devido processo legal no curso da instrução criminal, tanto em seu aspecto formal como também substancial, com as partes produzindo provas pertinentes, dentro dos prazos processuais. 6. Irregularidades de ordem formal superadas pela aplicação do princípio da proporcionalidade, impondo-se temperamentos ao princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas (exclusionary rule), inscrito no inciso LVI do artigo 5º da Constituição da República. 7. O tráfico de entorpecentes é crime múltiplo-alternativo, bastando o transporte e o embarque prévios, a caracterizar o delito, o que afasta a tese de crime impossível, fundado no monitoramento policial, o que obstaria a transposição da fronteira, incidindo, in casu, a causa de aumento prevista no artigo 18, inciso I, da Lei 6.368/76, visto que a substância destinava ao exterior, apesar de frustrada a remessa. 8. Presentes elementos comprobatórios da autoria e da materialidade delitivas, necessária a resposta penal, com a condenação do acusado por integrar organização criminosa voltada para o tráfico internacional de entorpecentes. 9. Inaplicabilidade do previsto nos artigos 33 e 40, da Lei nº 11.343-06, visto que o apelante integrava organização criminosa, se encontrando ajustada aos fatos a majoração da pena na forma da lei revogada. 10. Associação estável a indicar que o ocorrido não se resume a um fato isolado, o que autoriza a perda dos bens, direitos e valores auferidos com a prática criminosa, na forma do artigo 91, inciso II, alínea "b", do Código Penal, bem como obstar a incidência do artigo 33, §4º, da Lei 11.343-06. 11. A causa de aumento prevista no artigo 40, da novel lei antidrogas não incide ao caso concreto, ainda que possua patamar mínimo inferior ao da Lei 6.368-76, visto que considerada na sentença a configuração de uma só das hipóteses, não prevista na lei nova. 12. Importa em lextertia a combinação de dispositivos de leis distintas, a criar lei nova, o que é vedado, atuando o juiz em substituição ao legislador. 13. Bem imóvel

cuja constrição, determinada em tutela cautelar, recai sobre bem imóvel de terceiro de boa-fé, deve ser afastada. 14. Recurso de apelação de WASHINGTON VIEIRA DA SILVA desprovido. 15. Recurso de apelação do Ministério Público parcialmente provido. (TRF-2-ACR:3009 RJ 2001.02.01.033481-6, Relator: Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, Data de julgamento: 10/04/2007, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data: 23/04/2007, Página::86)

Pela análise da decisão supracitada, percebe-se que o Juízo recursal entendeu que a ilicitude da prova não deveria ser considerada tendo em vista que, à época do deferimento de sua produção, a competência do juízo era a correta. Aplicou-se, portanto, o princípio da boa-fé na obtenção da prova, não impedindo seu aproveitamento para o regular andamento do processo.

No que pertine à apreensão de aparelho telefônico com a quebra posterior de sigilo dos dados, veja-se este recente entendimento do TJ de Rondônia:

Habeas corpus. Extração de dados de aparelhos celulares. Apreensão regular. Autorização judicial. Convalidação. Possibilidade. Em ocorrendo a regular apreensão de aparelho telefônico e autorização para quebra do sigilo dos dados que nele contém, não há que se falar em ilegalidade do ato. (Habeas Corpus, Processo nº 0006019-77.2016.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Criminal, Relator (a) do Acórdão: Des. José Jorge R. da Luz, Data de julgamento: 17/11/2016)

(TJ-RO - HC: 00060197720168220000 RO 0006019-77.2016.822.0000, Data de Julgamento: 17/11/2016, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 01/12/2016.)

No caso acima, o juízo recursal entendeu que o desentranhamento de provas obtidas ilicitamente com a repetibilidade na produção destas mesmas provas não constituía ilicitude ou violação aos direitos fundamentais do réu, optando pela manutenção daquele conteúdo probatório no processo.

Verifica-se, pela análise dos julgados trazidos, em se tratando da quebra de sigilo telefônico, que deve ser observado o procedimento prescrito em lei para que as provas produzidas não sejam gravadas de ilicitude e por isso não admitidas. Contudo, observando o princípio de proporcionalidade, pode-se entender pela regular produção destas provas face aos indícios existentes, não ficando

prejudicada a atuação estatal no exercício do poder punitivo em repressão aos delitos praticados, após o devido processo legal.

O principal desafio hodierno, nesse sentido, é tanto tomar as cautelas necessárias, sejam elas processuais ou materiais, para a obtenção e produção da prova, quanto promover, em consonância com a evolução social e a atuação criminosa, mudanças legais a fim de que os instrumentos estatais não se tornem obsoletos e ineficazes no combate às condutas ilícitas. A garantia da ordem somente poderá ser mantida por meio de esforços contínuos de adequação legislativa.

4 NOVAS TENDÊNCIAS EM RAZÃO DO CENÁRIO ATUAL – DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Este capítulo tem por objetivo demonstrar a real evolução legislativa e jurisprudencial pela qual vem passando a matéria, demonstrando, desta maneira, a pertinência e a aplicação prática do assunto.

No ano de 2014, já com a operação Lava Jato em curso, membros da força tarefa da operação e do Ministério Público Federal iniciaram o desenvolvimento de propostas de alterações legislativas tendo por base as experiências angariadas na atuação em casos complexos envolvendo grandes operações criminais.

Com a evolução da ideia houve a criação por medida popular de um projeto de lei que se propõe ao aperfeiçoamento do sistema legal visando maior efetividade no combate à corrupção e à impunidade, alterando a questão da admissibilidade de provas ilícitas à medida em que modifica a redação do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Assim, nasceu o projeto Dez Medidas Contra a Corrupção⁹, que objetiva, dentre outros resultados, tornar menos morosa a tramitação de ações penais e de improbidade administrativa; instituir testes de integridade para agentes públicos; criminalizar o enriquecimento ilícito; aumentar as penas para a corrupção de altos valores; responsabilizar partidos políticos e criminalizar a prática do caixa 2; revisar o sistema recursal e as hipóteses de cabimento de habeas corpus; alterar o sistema de prescrição e instituir outras ferramentas para recuperação do dinheiro desviado.

Em que pese a inovação e a relevância de todas as dez medidas elaboradas, uma delas é mais afeita ao assunto deste trabalho: A medida nº 7, que trata dos ajustes nas nulidades penais e revisa o conceito de provas ilícitas, propondo alterações nos artigos 157, 563, 567 e 570 a 573 do Código de Processo Penal.

Pela análise destas propostas de mudança legislativa, facilmente se verifica a inclinação de alteração procedimental a fim de melhor contemplar aqueles casos em que efetivamente se verifica a ocorrência de graves ilícitos penais através

⁹ Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgp/noticias-pgp/mpf-lanca-dez-medidas-para-combater-a-corrupcao-e-a-impunidade> consulta em 23/06/2018.

de fortes indícios e que, por formalismo legal, não é possível descortinar a atuação dos agentes, tendo em vista que notoriamente estes crimes de grande potencial ofensivo desenrolam-se se valendo de um intrincado *modus operandi*, e muitas as vezes a obtenção da prova cabal não é contemplada observando-se os preceitos da legislação atual.

A mudança sugerida na redação do artigo 157 do Código de Processo Penal visa contemplar o abarcamento, pelo nosso ordenamento, de outras derivações das regras de exclusão já pacificadas no sistema norte americano, onde surgiram. Desta forma, a mudança na redação do referido dispositivo incluiria as regras já aceitas pela jurisprudência e doutrina, de modo a aprimorar o tratamento das provas ilícitas.

Além da sugestão de alteração na redação do art. 157 CPP, a medida nº 7 propõe alterações nos artigos 563, 563, 567 e 570 a 573 do Código de Processo Penal, que tratam de outras disposições pertinentes ao aproveitamento das provas, mais especificamente dizem respeito às ampliações das preclusões, cuja integra do conteúdo encontra-se no Anexo I.

Para este trabalho, a mudança de maior pertinência é a que diz respeito à proposta de modificação no texto do artigo 157 do CPP. Segundo se infere da análise das justificativas, tal modificação se impõe tendo em vista que o conceito de provas ilícitas concebido por meio das *exclusionary rules* foi importado do Direito Norte Americano e que lá, por ser um sistema de *common law*, é praticamente desprovido de positivação legal, enquanto em nosso país, o sistema de *civil law* tem por um de seus traços mais marcantes a positivação das regras.

Nesse ínterim, ao "importarmos" o conceito das *exclusionaryrules*, o fizemos parcialmente, olvidando algumas questões fundamentais, dentre elas a definição do que é, de fato, prova ilícita. Assim, embora tenhamos resguardado constitucionalmente a vedação a tal espécie de prova, o fizemos de maneira muito ampla, ao deixar esta disciplina a cargo da legislação infraconstitucional. Acabou-se por se dar origem a uma hidra, já que incansavelmente surgem novas definições do que seria uma prova ilícita, e cada vez mais se afastando do propósito das *exclusionaryrules* americanas, que foram criadas objetivando a proteção de direitos fundamentais e não a protelação exacerbada do processo penal.

Desta feita, o anteprojeto para mudança na redação do artigo 157 do CPP busca a inclusão no corpo da lei de outras excludentes de ilicitude a já

existentes na doutrina originária, além das já admitidas inexistência de nexos de causalidade entre a prova ilícita e as dela derivadas e a possibilidade de obtenção da prova derivada por fonte absolutamente independente (*independent source doctrine* e *inevitable discovery*).

As excludentes de ilicitude que se pretende contemplar são:

a) *Good faith exception* (exceção de boa-fé), pela qual se preconiza que a alegada prova ilícita não deverá ser excluída quando houver sido obtida por meio de boa-fé ou erro desculpável, assim considerada quando inexistente contingência pela qual se poderia presumir que a autoridade policial de fato acreditava estar legalmente amparada no ato da obtenção da prova, como por exemplo um erro nas informações do mandado ou ocorrer sua anulação posterior.

b) *Attenuation doctrine* (contaminação expurgada), que se dá quando o transcurso de tempo entre a obtenção da prova ilícita e a obtenção da prova dela derivada for tal que não se possa tecer relação de dependência ou consequência, ou ainda quando um fato posterior tiver atenuado a ilicitude da prova originariamente obtida. É essa a situação aplicada quando um investigado se torna colaborador das investigações, por exemplo.

c) *Evidence admissible for impeachment* (contraprova) será causa excludente da ilicitude da prova quando esta for utilizada a fim de fazer prova contrária de fato inverídico, demonstrando a inidoneidade de prova produzida pela defesa. Entretanto, a prova ilícita admitida sob este pretexto não poderá ser utilizada com a finalidade de agravar a pena ou demonstrar culpa.

Além destas já abalizadas excludentes de ilicitude derivadas do exemplo norte americano, o anteprojeto de lei da Medida nº 7 sugere a inclusão de outras causas, em virtude da importância de seus intentos:

I - Aquelas que se propõe a provar a inocência do réu ou capazes de redução de sua pena, pois se parte do princípio de que o sacrifício direito ou garantia violado constitui prejuízo menor que a liberdade do réu. Trata-se de hipótese já admitida na jurisprudência pátria, cuja proposta de mudança legislativa busca incluir no texto legal;

II - As provas angariadas por sujeito no exercício de suas atividades regulares e que toma conhecimento de crime, dando ciência do fato às autoridades.

Trata-se da figura do soprador de apito (*whistleblower*¹⁰), cuja figura já foi de certa maneira prevista pelos artigos 3º e 4º da Lei 13.608/2018.

III - As provas colhidas por sujeito agasalhado por situação que a lei considere como excludente de ilicitude, como a legítima defesa, o exercício regular de direito, o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal (circunstâncias previstas no artigo 23 do Código Penal Brasileiro).

Ademais das modificações sugeridas para o artigo 157 do CPP, a Medida nº 7 faz algumas sugestões no que concerne à ampliação das preclusões de alegação das nulidades, visando diminuir o excesso de medidas protelatórias ao deslinde da ação penal que objetivam procrastinar decisão final de tal forma que ocorra a prescrição punitiva do crime.

Denota-se portanto, pelo exame da medida em comento e pela grande repercussão que ela tem atingido, tendo como paladinos inclusive membros do MPU e de outros setores do poder público, além de forte apoio popular, a grande tendência à mudança na questão do tratamento das ditas provas ilícitas.

De outra banda, algumas mudanças já estão se concretizando, ainda sem a edição da proposta legislativa acima exposta, por meio de inovações em julgados, pela inteligência e aplicação dos princípios pertinentes, em especial o princípio da proporcionalidade, que claramente é invocado com maior frequência para a finalidade de possibilitar a admissibilidade das provas proibidas. As decisões contidas no Anexo II ilustram esses novos entendimentos.

¹⁰ Ação 4/2016 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla) “*Whistleblower, em tradução literal, é o assoprador de apito. Na comunidade jurídica internacional, o termo refere-se a toda pessoa que espontaneamente leva ao conhecimento de uma autoridade informações relevantes sobre um ilícito civil ou criminal. As irregularidades relatadas podem ser atos de corrupção, fraudes públicas, grosseiro desperdício de recursos público, atos que coloquem em risco a saúde pública, os direitos dos consumidores etc. Por ostentar conhecimento privilegiado sobre os fatos, decorrente ou não do ambiente onde trabalha, o instituto jurídico do whistleblower, ou reportante, trata-se de auxílio indispensável às autoridades públicas para deter atos ilícitos. Na grande maioria dos casos, o reportante é apenas um cidadão honesto que, não tendo participado dos fatos que relata, deseja que a autoridade pública tenha conhecimento e apure as irregularidades(...)*” (disponível em <http://enccla.camara.leg.br/noticias/o-que-e-o-whistleblower> acesso em 22/06/2018)

CONCLUSÃO

A obtenção de provas na esfera do processo penal encontra-se disciplinada em lei, devendo, a princípio, haver sua observância para que se evitem nulidades comprometedoras tanto do processo quanto dos direitos do acusado, constituindo, em ambos os casos, em prejuízo social, à medida em que sempre haverá algum interesse prejudicado de forma inaceitável.

Muito embora a solução do conflito entre os interesses do acusado pela preservação absoluta de seus direitos fundamentais e o interesse do Estado no exercício do *ius puniendi* em prol dos interesses da coletividade tendo em vista a violação de dispositivo penal não seja algo simples quando o objeto probatório é gravado de ilicitude, pudemos observar a solução do impasse, em alguns casos estudados.

Tendo em vista as construções principiológicas explanadas no presente estudo e as conseqüências decorrentes de sua correta aplicação, percebemos que a prova mesmo gravada de ilicitude poderá eventualmente ser aproveitada no processo penal, graças ao correto sopesamento dos interesses envolvidos.

A Teoria dos Frutos da Árvore envenenada alcança ampla repercussão nesta seara, pois graças às suas derivações inúmeras situações processuais podem ser resolvidas, resultando em economia processual.

Parece claro que, embora a lei preceitue diversos requisitos para a produção da prova visando que não sejam suprimidos direitos fundamentais do réu bem como não sujeitá-lo a cerceamento de defesa que invalide todo o processo ou resulte em injusta condenação, pela aplicação do princípio da proporcionalidade soluciona-se o impasse, já que não existem direitos e garantias absolutos, e a cada caso, o julgador verificará o grau necessário de preponderância a ser dado aos interesses envolvidos.

Entretanto, embora haja a possibilidade de admissibilidade de provas proibidas, isso não se dará de maneira absoluta. Alguns vícios não são possíveis de serem sanados, impondo que seja mantido o núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos. Admitir qualquer espécie de retrocesso nessa matéria configuraria prejuízo maior do que a satisfação do interesse punitivo estatal por meio da persecução penal.

Não obstante a isso, nos crimes de grave potencial ofensivo, como por exemplo os casos de organização criminosa, quando a criminalidade toma proporções deveras difíceis de serem combatidas, a relativização da inadmissibilidade da prova proibida é mais necessária que nos demais casos. A essa necessidade se atentam os mais recentes julgados sobre a matéria, com frequente invocação do princípio da proporcionalidade no viés *pro societate*.

Por fim, há que se mencionar que em decorrência do aumento dos casos de criminalidade organizada submetidos ao judiciário, bem como a crescente complexidade dos métodos empregados pelos infratores, tem ganhado grande atenção a questão da necessidade de mudança na questão do tratamento das provas ilícitas.

Nesse sentido, surgiram as Dez Medidas Contra a Corrupção, um anteprojeto de lei que visa implementar métodos mais eficazes para o combate de crimes de grave potencial ofensivo. Destas, a medida nº 7 alcança especial importância ao passo que propõe modificações nas definições de prova ilícita, bem como nos prazos de alegações das preclusões, com o fim de limitar a morosidade processual que acabam por aproveitar aos investigados, ao passo em que prorrogam a aplicação da pena indefinidamente ou permitem a prescrição do delito.

Finalmente, pelo estudo dos casos trazidos ao trabalho, verificou-se que, na prática, a relativização da inadmissibilidade da prova ilícita é muitas vezes admitida, quando envolvidos direitos fundamentais em colisão. O entendimento das câmaras superiores é no sentido da aplicação dos efeitos do princípio da proporcionalidade, em concreto exercício de sopesamento dos interesses envolvidos e, desde que observados os limites de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, optando pela preservação do interesse público por meio do exercício do *ius puniendi* estatal, principalmente quando se tratam de crimes de grave potencial ofensivo, como é o caso das organizações criminosas. Denota-se, assim, a especial relevância deste estudo e a crescente necessidade de os profissionais do direito empreenderem esforços na área, visando a contínua evolução legislativa em prol do bem comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Tiago Antunes de. **Notas acerca da reforma do Código de Processo Penal quanto às disposições gerais da prova: análise de problemáticas relativas aos arts. 155 e 156 do CPP**. Revista dos Tribunais, n. 897. São Paulo: RT, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil. Processo de conhecimento**, 2. São Paulo: Atlas, 2012.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir**. Revista dos Tribunais, n. 882. São Paulo: RT, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 2, Tomo I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. Coimbra: Almedina. 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Prática forense penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAVES, João Freitas de Castro; CUNHA, Clarissa Marques da. **Princípio da proporcionalidade pro societate na gestão da prova ilícita: dilemas teóricos e usos cotidianos**. Revista IOB, n. 41. São Paulo: IOB, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 4. ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**, 7. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal**, 3. ed., rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira et al, **Curso de Direito constitucional**, São Paulo: Saraiva: 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**, 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo, Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC, n. 4, p. 241 – 271. São Paulo: ESDC, 2004.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madrid: Codex, 1990.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo: de acordo com a nova reforma do Código de Processo pena**. Curitiba: Juruá, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

ANEXO I

Medida 7

AJUSTES NAS NULIDADES PENAIS CONTRA A IMPUNIDADE E A CORRUPÇÃO

15. Ajustes nas Nulidades

Altera os arts. 157, 563, 563, 567 e 570 a 573 do Decreto Lei nº3.689/1941 – Código de Processo Penal, para redefinir o conceito de provas ilícitas e revisar as hipóteses de nulidade.

A PRESIDENTE DA REPÚBLICA,faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Os arts. 157, 563, 564, 567 e 570 a 573 do Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“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 deriva da 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.”

“Art. 563. É dever do juiz buscar o máximo aproveitamento dos atos processuais.

Parágrafo único. A decisão que decretar a nulidade deverá ser fundamentada, inclusive no que diz respeito às circunstâncias do caso que impediriam o aproveitamento do ato.”

“Art. 564. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará

válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade.

§ 1º Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

§ 2º O prejuízo não se presume, devendo a parte indicar, precisa e especificadamente, e à luz de circunstâncias concretas, o impacto que o defeito do ato processual teria gerado ao exercício do contraditório ou da ampla defesa.”

“Art. 567. Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Parágrafo único. A incompetência do juízo cautelar não anulará os atos decisórios proferidos anteriormente ao declínio de competência, salvo se as circunstâncias que levaram ao declínio eram evidentes e foram negligenciadas de modo injustificado pelas partes.”

Art. 570-A. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, sob pena de preclusão:

I – as da fase investigatória, da denúncia ou referentes à citação, até a decisão que aprecia a resposta à acusação (arts. 397 e 399);

II – as ocorridas no período entre a decisão que aprecia a resposta à acusação e a audiência de instrução, logo após aberta a audiência;

III – as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art.447);

IV – as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do juízo ou tribunal, logo depois de ocorrerem.”

“Art. 571. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput se a parte provar legítimo impedimento.

§ 2º A parte pode requerer que o juiz, a despeito da preclusão, anule e repita o ato alegadamente defeituoso. Nesse caso, interromper-se-á a prescrição na data da primeira oportunidade em que lhe cabia alegar o vício.”

“Art. 572. As nulidades considerar-se-ão sanadas:

I – se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II – se a parte, por comissão ou omissão, ainda que tacitamente, tiver demonstrado estar conformada com a prática do ato defeituoso.”

“Art. 573. Os atos cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, acarretará a dos atos posteriores que dele diretamente dependam ou dele sejam consequência.

§ 2º A decretação da nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.

§ 3º Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará quais atos são atingidos, que circunstâncias no caso impedem seu aproveitamento, inclusive no tocante ao vínculo concreto de dependência existente entre cada um deles e o ato nulo, e ordenará as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.”

Art. 2º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília, X de XXXX de 201X.

ANEXO II

ÍNTEGRA DAS JURISPRUDÊNCIAS ANALISADAS

- STF - AI: 798462 SP, de relatoria do Ministro JOAQUIM BARBOSA: Decisão proferida em recurso de Agravo de Instrumento que negou seguimento a Recurso Extraordinário, o qual objetivava anulação de processo administrativo disciplinar, sob a alegação de ilicitude das provas colhidas. Invocados os princípios da proporcionalidade e discricionariedade administrativa (a apreciação das ditas provas ilícitas ocorreu no âmbito administrativo), com a finalidade de manter a validade do PAD, tendo em vista que o funcionalismo público é interesse de toda a sociedade, pois a parte recorrente não desenvolveu fundamentação suficiente para derrogar os fundamentos da inadmissibilidade das provas carreadas de maneira satisfatória.

Decisão: Trata-se de agravo de instrumento de decisão que negou seguimento a recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição Federal) interposto de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja tem o seguinte teor (fls. 15): “PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – Policial Civil – Demissão – Ato administrativo calcado em suficientes elementos de convicção apurados no curso de processo administrativo onde assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa –discricionariedade– Proporcionalidade – Recurso não provido.” Consigno inicialmente que se trata de apelo extraordinário interposto de acórdão cuja publicação se verificou em data posterior a 03.05.2007, portanto, quando já exigível a demonstração formal da existência de repercussão geral da questão constitucional invocada na peça recursal (cf. AI 664.567-QO, rel. min. Sepúlveda Pertence). Observo que o recurso extraordinário está fundamentado em suposta afronta a normas da Constituição federal, afirmando-se, em preliminar, que há existência de repercussão geral porque “a matéria debatida envolve questão da emissão de funcionário público ser susceptível de apreciação judicial, quando a decisão do processo administrativo for lesado o direito individual, como ora se acontecer, utilização de provas obtidas por meio ilícito (flagrante preparado e gravações clandestinas), julgamento e decisão por autoridade administrativa (incompetente), em desacordo com a conclusão da Comissão Processante (competente), que é a peça mais

importante do processo, além da questão da absolvição pelo poder judiciário criminal, na ação ao ato que deu causa à demissão. Tal matéria ganha repercussão geral na medida em que o Poder Judiciário estará conduzindo o futuro da citada classe, as quais poderão sofrer prejuízos socioeconômicos e de garantias de direitos irreparáveis. Certamente o rumo da classe do funcionalismo público existente no país é de interesse de toda sociedade, motivo pelo qual resta atendido o pressuposto de admissibilidade previsto no artigo, 102, III, alínea 'a' da Constituição Federal.”(fls. 36). É patente, pois, que a parte não desenvolveu argumentação suficiente acerca das circunstâncias que poderiam configurar a relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico das questões constitucionais aventadas na petição de recurso extraordinário. Há, portanto, deficiência formal que o inviabiliza. Nesse sentido: AI 709.995, rel. min. Cármen Lúcia, DJe de 24.06.2008). Do exposto, nego seguimento ao presente agravo. Publique-se. Brasília, 28 de agosto de 2012. Ministro Joaquim Barbosa Relator. Documento assinado digitalmente.

(STF - AI: 798462 SP, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 28/08/2012, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 31/08/2012 PUBLIC 03/09/2012)

Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22325093/agravo-de-instrumento-ai-798462-sp-stfconsulta-em-23/05/2018>.

- STF - HC: 103325 RJ, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO: Decisão em Habeas Corpus que não admitiu a prova ilícita, constituída da apreensão, sem mandado, de livros fiscais da dependência de empresa, por se tratar de espaço equiparado ao domicílio e por este motivo, protegida pela garantia de inviolabilidade. O *decisum* entendeu que a Administração Pública, embora tenha muitos poderes de fiscalização, ainda assim precisa observar os limites legais, não podendo prescindir de autorização judicial para apreensão de livros fiscais que se encontram em local privado, sem acesso ao público, o que legalmente é equiparado ao conceito de domicílio e cuja violação exige mandado. Trata-se de caso muito semelhante ao caso *SilverthorneLumber&Co. v. United States*, que originou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE “CASA” – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. – Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. – A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS

NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). – Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. – Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domino”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). – O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do “privilègedupréalable”, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes.

ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “dueprocess of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “ExclusionaryRule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada

em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. – A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.

(STF - HC: 103325 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342751/habeas-corpus-hc-103325-rj-stf/inteiro-teor-159438547> consulta em 23/05/2018.

- STJ - REsp: 1026605 ES 2008/0019794-6, de relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ: Decisão em Recurso Especial que não conheceu do recurso, pois a parte recorrente não informou nos autos o dispositivo federal interpretado de forma divergente por outro tribunal. Cabimento da prova já firmado em entendimento do Supremo Tribunal Federal, que não considera ilícita a prova consistente em gravação telefônica com auxílio de terceiro, feita pela mãe do menor, por considerar que a conduta caracterizadora poder-dever de zelo pela segurança de menor impúbere. Invocou o Princípio da

Proporcionalidade para solucionar o conflito nos interesses envolvidos.

RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 214 C/C O ART. 224, A, DO CP (ANTIGA REDAÇÃO). ART. 619 DO CPP. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA EM TERMINAL TELEFÔNICO PRÓPRIO, COM AUXÍLIO DE TERCEIRO. PODER-DEVER DE PROTEÇÃO DO FILHO MENOR. PROVA LÍCITA. ADMISSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO FEDERAL. SÚMULA 284/STF. REGIME PRISIONAL INICIAL. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 211/STJ. RECONHECIMENTO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 1. Não existe a violação ao artigo 619 do Código de Processo Penal quando o acórdão recorrido decidiu a controvérsia de forma fundamentada, sem incorrer em qualquer omissão. 2. A teor do disposto no artigo 157 do Código Penal são inadmissíveis as provas ilícitas, assim consideradas as que violam direito material do réu, devendo ser desentranhadas do processo, de modo a conferir efetividade ao princípio do devido processo legal e a tutelar os direitos constitucionais de qualquer acusado no processo penal. 3. No caso concreto, a genitora da vítima solicitou auxílio técnico a terceiro para a gravação de conversas realizadas através de terminal telefônico de sua residência, na qualidade de representante civil do menor impúbere e investida no poder-dever de proteção e vigilância do filho, não havendo ilicitude na gravação. Dada a absoluta incapacidade da vítima para os atos da vida civil - e ante a notícia de que estava sendo vítima de crime de natureza hedionda - a iniciativa da genitora de registrar conversa feita pelo filho com o autor da conjecturada prática criminosa se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal. 4. O recurso especial, quanto à tese de condenação com base exclusiva na palavra da vítima, prestada na fase inquisitorial, não comporta conhecimento, pois o recorrente olvidou de apontar o dispositivo federal interpretado de forma divergente por outro tribunal, o que atrai, por analogia, a aplicação da Súmula 284/STF. 5. Também quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, o recurso especial não comporta conhecimento, pois, apesar da oposição dos aclaratórios, a matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, o que atrai o óbice da Súmula 211/STJ. 6. Todavia, verificada a flagrante ilegalidade na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, fundamentado exclusivamente na determinação legal prevista no artigo 2º,

§ 1º, da Lei n. 8.072/1990, já declarada inconstitucional, é possível a concessão de habeas corpus de ofício para sanar a coação ilegal à liberdade de ir e vir do recorrente. 7. Com efeito, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que tal preceito não se afigura idôneo a justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos, do Código Penal. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Habeas corpus concedido de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça avalie a possibilidade de fixar o regime inicial diverso do fechado, consoante as diretrizes do artigo 33 do Código Penal.

(STJ - REsp: 1026605 ES 2008/0019794-6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 13/05/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2014)

Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25131990/recurso-especial-resp-1026605-es-2008-0019794-6-stj/relatorio-e-voto-25131992> consulta em 23/05/2018.

- TJ-PA - AP: 00011700220078140000, decisão em ação penal sob relatoria do Ministro MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE: Entendeu pela manutenção das provas alegadamente ilícitas, consistentes em extratos bancários das contas particulares do prefeito, de seu filho tesoureiro da prefeitura e de sua esposa. Entendeu que, em que pese não haver autorização para quebra dos sigilos bancário e fiscal dos réus, haviam indícios suficientes de materialidade para manter a acusação, provenientes de outras fontes. Invocação do Princípio da Proporcionalidade e do Princípio da Descoberta Inevitável. Considerou lícitas as provas obtidas (extratos bancários), e admissíveis ao processo, com a finalidade de evitar riscos de lesão ao erário

Ação penal. Transferência de recursos da prefeitura para as contas bancárias do prefeito, de seu filho, tesoureiro da prefeitura, e de sua esposa. Autenticidade de comprovantes de depósitos. Denúncia baseada em provas ilícitas obtidas sem prévia autorização legal. Improcedência.

Trama política. Não provada. Existência de outras fontes de provas, independentemente da quebra de sigilo bancário. Teoria da proporcionalidade e princípio do equilíbrio a partir do contraste entre valores, para evitar riscos. Admissibilidade. Crime em tese. Concurso de pessoas. Índícios e materialidade. Afastamento do cargo de prefeito denegado. Desnecessidade de prisão preventiva. 1. Denúncia que atribui ao alcaide a prática ilícita de transferência de recursos do erário para sua conta bancária particular, em repetidas vezes, bem como de desviá-los para a conta de seu filho, tesoureiro da prefeitura, e de sua esposa, como demonstram comprovantes de depósitos, constituindo-se, em tese, crime de apropriação ou de desvio de rendas públicas em proveito próprio ou de terceiro, em concurso de pessoas. 2. Não procede a alegação de que a denúncia estaria baseada em provas ilícitas, representadas por comprovantes de depósitos nas contas bancárias dos denunciados, porque obtidas sem a decretação judicial da quebra de sigilo bancário e fiscal destes, pois, independentemente dessa medida cautelar, indícios provêm de outras fontes. 3. Ainda que as provas tivessem sido obtidas de maneira ilícita, podem servir de embasamento à denúncia, de acordo com a teoria da proporcionalidade, que proclama o princípio do equilíbrio a partir do contraste entre valores, para serem evitados riscos, quais sejam, de apropriação ou desvio dos recursos públicos para fins ilícitos. 4. Admissibilidade da denúncia, por existência do crime em tese, cuja descrição perfaz, conforme previsão legal, e por refletir as condições relacionadas à possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de partes. 5. Constando dos autos provas documentais e havendo mecanismos legais de obter outras necessárias, não se determina o afastamento do denunciado do cargo de prefeito. 6. Descabe determinar a custódia preventiva do prefeito denunciado, por não estarem evidenciadas as circunstâncias de garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e segurança para a aplicação da lei penal, pois as provas documentais estão carreadas aos autos e as testemunhas são independentes e qualificadas como vereadores na exordial acusatória. 7. Denúncia recebida para processamento do prefeito, seu filho e sua esposa, como incurso nas sanções punitivas do crime definido no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, c/c o art. 29 do Código Penal, incidindo aquele primeiro denunciado trezes vezes na prática da referida figura típica.

(TJ-PA - AP: 00011700220078140000 BELÉM, Relator: MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE, Data de Julgamento: 24/03/2008, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 02/04/2008)

Disponível em https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348180911/acao-penal-ap-11700220078140000-belem_consulta_em_23/05/2018 consulta em 23/05/2018.

- STJ - REsp 1662529 SP 2017/0065246, sob relatoria do Ministro NEFI CORDEIRO. Recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, em crime de homicídio qualificado, sob a alegação de que documentos juntados pelo Ministério Público se tratariam de documentos apócrifos, e por isso ensejariam nulidade do procedimento do Tribunal do Júri. Alegação afastada porque com a oitiva da psiquiatra forense, as informações trazidas pelos referidos documentos (consistentes em uma apostila que ensinada como burlar testes psiquiátricos) restaram completamente refutadas. Além disso, houveram outros meios de prova capazes de atestar o estado mental do Réu, bem como houve a contemplação do princípio do contraditório e da ampla defesa. Invocação do Princípio da Proporcionalidade para justificar a pena arbitrada. Este é o caso do médico Farah Jorge Farah, que matou uma paciente, e após julgamento que alcançou grande repercussão, cometeu suicídio.

PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DECORRENTE DA QUEBRA DA CORRELAÇÃO ENTRE A DECISÃO DE PRONÚNCIA E A ACUSAÇÃO NO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI. INEXISTÊNCIA. QUESITOS QUE SE ENCONTRAVAM DE ACORDO COM A DECISÃO DE PRONÚNCIA. NULIDADE DO RELATÓRIO PROCESSUAL. OMISSÕES DE DADOS RELEVANTES. INOCORRÊNCIA. INFORMAÇÕES SUCINTAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 423, II, DO CPP. INFORMAÇÕES RELEVANTES QUE FORAM MENCIONADAS DURANTE A INQUIRÇÃO DA PSIQUIATRA FORENSE. PREJÚZO INEXISTENTE. NULIDADE DO JULGAMENTO DIANTE DA JUNTADA DE DOCUMENTO APÓCRIFO. PROVA ILÍCITA. DIVERGÊNCIA ENTRE LAUDOS PERICIAIS. PREVALÊNCIA DA IMPUTABILIDADE PELOS JURADOS. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS VÁLIDOS DE PROVA. NULIDADE AFASTADA. NULIDADE DO JULGAMENTO REALIZADO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGADA PRECLUSÃO NA EXCEÇÃO DE IMPEDIMENTO. INOCORRÊNCIA. QUESTIONAMENTO DO LAUDO PERICIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTO

CONCRETO. ILEGALIDADE NÃO RECONHECIDA. EXASPERAÇÃO COM BASE EM LAUDO PERICIAL. ADMISSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. EXASPERAÇÃO NÃO SUPERIOR A 1/6 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. OFENSA À PROPORCIONALIDADE. NÃO VERIFICADA. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. NÃO IDENTIFICADO. AUSÊNCIA DE MACULA AO PROCEDIMENTO . RECURSO IMPROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DEFERIDA. 1. O princípio da correlação ou congruência vincula a decisão judicial aos limites do fato acusatório, contido na denúncia ou pronúncia, e não as razões das partes, mesmo em plenário do júri. 2. A manifestação em debates, por acusação ou defesa, de arrazoados ou fatos não contidos no limite do caso penal, não viola a correlação e não configura julgamento extra ou ultra petita - garantida que foi a quesitação vinculada à pronúncia. 3. Outras desavenças invocadas nos debates orais, eventualmente havidas entre o réu e a vítima, não desnaturam de todo modo a imputação originária, e não geram nulidade diante da ausência prejuízo ao acusado, tendo em vista que foi condenado nos estritos limites da sentença de pronúncia. 4. Desnecessária apresentar a menção pormenorizada do julgamento ocorrido perante o Tribunal de Justiça no relatório do processo, bastando a alusão sucinta da anulação da primeira decisão do Tribunal do Júri decorrente do recurso de apelação, tal como aludida pelo Juiz togado, visto que em consonância com o disposto no art. 423, II, do CPP. 5. Ademais, as informações alegadas como relevantes foram mencionadas aos jurados pelo Juiz togado, durante a oitiva da psiquiatra forense, de modo que não demonstrado o prejuízo à defesa, aplica-se o princípio pas de nullité sans grief, disposto no art. 563, do Código de Processo Penal. 6. Hipótese em que houve a discussão acerca da imputabilidade em razão da existência de dois resultados decorrentes de perícias diferentes, um fornecido pela CREMESP, que aponta a imputabilidade, e outro elaborado pelo IMES, que entendeu pela semi-imputabilidade, sendo juntado também pelo Membro do Ministério Público apostilas de origem apócrifa, cujo conteúdo trazia instruções de como burlar exames psicológicos, as quais foram refutadas quanto a sua eficiência pela perita oficial. 7. Não há nulidade na opção pelos jurados de reconhecer a imputabilidade do acusado, pois admitiu a Corte local a existência de acervo probatório a lastrear essa decisão, inclusive com laudos periciais nesse sentido. 8. A manifestação do agente ministerial durante os debates deu-se como arrazoadado para fortalecimento de sua tese, de imputabilidade do réu, de melhor valor dos laudos periciais que isto atestavam e da falta de

qualificação de quem elaborou laudo em contrário, não se verificando a alegada arguição preclusa de exceção de impedimento. 9. Mostra-se legítimo o aumento da pena-base decorrente da culpabilidade, pois gera maior reprovação social o homicídio praticado em clínica por quem nela teria como dever profissional salvar vidas. 10. Justifica-se o trato negativo da personalidade de quem se reconhece tenha agido com ação fria e calculista, isto confirmado até por laudo pericial, onde se indicou sua falta de empatia e condescendência, como seria esperável de quem em meio social convive. 11. Estando expresso no acórdão recorrido não ter a vítima contribuído para o crime, aplica-se, em sede de recurso especial, a Súmula 7/STJ. (AgRg no AREsp 362.319/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 29/04/2015). 12. Não há falar em ofensa à proporcionalidade na exasperação da pena-base em patamar que não supera 1/6 para cada uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de homicídio qualificado. 13. Não se verifica violação do art. 619 do CPP, na medida em que o acórdão recorrido, analisando os elementos fáticos dos autos, enfrentou todos os pontos relevantes ao deslinde da controvérsia, adotando, contudo, solução jurídica contrária aos interesses do recorrente. Ausente, portanto, a alegada negativa de prestação jurisdicional. 14. Recurso especial improvido e deferida a execução provisória pleiteada pelo Ministério Público, determinando o imediato cumprimento da condenação, delegando-se poder ao Tribunal local para a execução dos atos preparatórios.

(STJ - REsp: 1662529 SP 2017/0065246-6, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 21/09/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2017)

Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509472889/recurso-especial-resp-1662529-sp-2017-0065246-6> consulta em 23/05/2018.

- HC 144.137/ES, relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Habeas Corpus em ação penal de corrupção ativa. Afastamento da alegação de ilicitude de provas consistentes em gravações decorrentes de quebra de sigilo telefônico, que encontraram delito diverso daquele para o qual foi deferida a medida. Invocação do PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE(pelo qual o achado

fortuito de outras provas de delitos diversos daqueles da ação penal originária não constitui prova ilícita, mas sim uma “feliz coincidência” tendo em vista a conexão dos crimes) para manutenção da validade das provas, pelo entendimento que a quebra de sigilo telefônico devidamente autorizada e por motivos fundamentados não pode se restringir apenas ao crime que deu origem à autorização para a medida, especialmente por se tratarem de crimes conexos com o primeiro crime investigado, constituindo sucessão natural da linha investigatória - motivação *per relationem*..

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA. 1. SERENDIPIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS MOTIVADAS E PROPORCIONAIS. IMPRESCINDIBILIDADE PARA O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. 2. PRORROGAÇÃO COM BASE EM INDÍCIOS DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. CRIMES CONEXOS. 3. PRORROGAÇÃO SUPERIOR À TRINTA DIAS. RAZOABILIDADE. INVESTIGAÇÃO COMPLEXA. 4. ORDEM DENEGADA. 1. A interceptação telefônica vale não apenas para o crime ou indiciado objeto do pedido, mas também para outros crimes ou pessoas, até então não identificados, que vierem a se relacionar com as práticas ilícitas. A autoridade policial ao formular o pedido de representação pela quebra do sigilo telefônico não pode antecipar ou adivinhar tudo o que está por vir. Desse modo, se a escuta foi autorizada judicialmente, ela é lícita e, como tal, captará lícitamente toda a conversa. 2. Durante a interceptação das conversas telefônicas, pode a autoridade policial divisar novos fatos, diversos daqueles que ensejaram o pedido de quebra do sigilo. Esses novos fatos, por sua vez, podem envolver terceiros inicialmente não investigados, mas que guardam relação com o sujeito objeto inicial do monitoramento. Fenômeno da serendipidade. 3. Na espécie, os pressupostos exigidos pela lei foram satisfeitos. Tratava-se de investigação de crimes punidos com reclusão, conexos com crimes contra a fauna, punidos com detenção. Além disso, tendo em vista que os crimes de corrupção ativa e passiva não costumam acontecer às escâncaras - em especial tratando-se de delitos cometidos contra a Administração Pública, cujo modus operandi prima pelo apurado esmero nas operações - está satisfeita a imprescindibilidade da medida excepcional. 4. Todas as decisões do Juízo singular autorizando a renovação das escutas telefônicas foram precedidas e alicerçadas em pedidos da Autoridade Policial. O magistrado utilizou-se da técnica de motivação *per relationem*, o que basta

para afastar a alegação de que a terceira prorrogação do monitoramento telefônico baseou-se apenas em indícios de crime apenado com detenção, pois depreende-se da representação da autoridade policial que os crimes objeto da investigação eram os de corrupção passiva - punido com reclusão - e o descrito no art. 29, § 1º, inciso III, da Lei n.º 9.605/1998. 5. A Lei n.º 9.296/96 é explícita quanto ao prazo de quinze dias, bem assim quanto à renovação. No entanto, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, essa aparente limitação do prazo para a realização das interceptações telefônicas não constitui óbice à renovação do pedido de monitoramento telefônico por mais de uma vez. Precedentes. 6. No caso, não seria razoável limitar as escutas ao prazo único de trinta dias, pois, a denúncia indica a participação de 10 (dez) réus, e se pauta em um conjunto complexo de relações e de fatos, com a imputação de diversos crimes, dentre os quais a corrupção ativa. Assim, não poderia ser ela viabilizada senão por meio de uma investigação contínua e dilatada a exigir a interceptação ao longo de diversos períodos de quinze dias. Precedentes. 7. Habeas corpus denegado.

Disponível

em

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica:turma.5:acordao:hc:2012-05-15;144137-1213045> consulta em 23/05/2018.

- HC 84.869/SP, de relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Habeas Corpus em ação penal para impugnar decisão judicial autorizadora da quebra de sigilo telefônico, bancário e fiscal, indeferido, pois houve o entendimento unânime de conexão entre os crimes. A investigação pelo crime de tráfico de entorpecentes descortinou delito de lavagem de dinheiro. Alegação de excesso de diligências não configurada, sob o entendimento de que não cabe invocar proteção à privacidade em documentos consistentes de registros públicos, cuja função é justamente a publicidade. Mantida a ordem de investigação tendo em vista a amplitude das condutas investigadas, *o Fumus boni iuris e o periculum in mora*. Garantia de Sigilo bancário não pode ser invocada como garantia de impunidade. Houve a correta aplicação do Princípio da Proporcionalidade aplicada à complexidade delitiva. Integração dos pedidos *per relationem* com o delito anteriormente investigado.

Habeas corpus: cabimento. 1. Assente a jurisprudência do STF no sentido da idoneidade do habeas corpus para impugnar autorização judicial de quebra de sigilos, se destinada a fazer prova em procedimento penal. 2. De outro lado, cabe o habeas corpus (HC 82.354, 10.8.04, Pertence, DJ 24.9.04) - quando em jogo eventual constrangimento à liberdade física - contra decisão denegatória de mandado de segurança. II. Quebra de sigilos bancário e fiscal, bem como requisição de registros telefônicos: decisão de primeiro grau suficientemente fundamentada, a cuja motivação se integraram per relationem a representação da autoridade policial e a manifestação do Ministério Público. III. Excesso de diligências: alegação improcedente: não cabe invocar proteção constitucional da privacidade em relação a registros públicos.

(STF - HC: 84869 SP, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 21/06/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19-08-2005 PP-00046 EMENT VOL-02201-03 PP-00393 RTJ VOL-00195-01 PP-00183)

Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14737690/habeas-corpus-hc-84869-sp/inteiro-teor-103123217> consulta em 23/05/2018.

- HC 94.028/AM, de relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA – Trata-se de Habeas Corpus em ação penal por crimes de falsidade ideológica, prevaricação, advocacia administrativa, lavagem de dinheiro, sob a alegação de que a quebra de sigilo telefônico foi deferida com fundamentação deficiente. A turma julgadora entendeu que, embora sucinta, a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico foi corretamente fundamentada, já que observou os requisitos do artigo 2º da Lei 9.296/96e concluiu que as provas colhidas para desvelar o modo de operação da organização criminosa em questão dificilmente seriam obtidas de outra forma, especialmente pelo grau de complexidade da operação. Ordem denegada, com a manutenção das provas carreadas. Embora a decisão não faça menção expressa ao princípio da proporcionalidade, percebe-se nela sua correta aplicação, pois fundamentada na necessidade, adequação (ser a medida menos gravosa para elucidação dos fatos) e proporcionalidade em sentido estrito.

HABEAS CORPUS. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. DECISÃO SUCINTA, MAS SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. Não há nulidade na decisão que, embora sucinta, apresenta fundamentos essenciais para a decretação da quebra do sigilo telefônico, ressaltando, inclusive, que "o modus operandi dos envolvidos" "difícilmente" poderia "ser esclarecido por outros meios". 2. As informações prestadas pelo Juízo local não se prestam para suprir a falta de fundamentação da decisão questionada, mas podem ser consideradas para esclarecimento de fundamentos nela já contidos.

(STF - HC: 94028 AM, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 22/04/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-06 PP-01134)

Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14721466/habeas-corporus-hc-94028-am/inteiro-teor-103109520?ref=juris-tabs> consulta em 23/05/2018.

- HC 83.515/RS, Habeas Corpus de relatoria do Ministro NELSON JOBIM, em processo para apuração dos crimes de sonegação fiscal, evasão de divisas, venda de substância nociva à saúde, fornecimento de substância medicinal em desacordo com receita médica, formação de quadrilha, usura e lavagem de dinheiro. Entendeu-se que a prorrogação sucessiva da quebra do sigilo telefônico dos pacientes foi absolutamente necessária, obedecendo aos relatórios quinzenais que justificaram corretamente a sua necessidade e por se tratar da única forma possível de investigação dos atos praticados, com a conseqüente validade das provas decorrentes. Invocado o princípio da proporcionalidade para justificar a medida, tendo em vista sua absoluta necessidade. Provas decorrentes válidas e medida indeferida.

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS

PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96. 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido.

(STF - HC: 83515 RS, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 16/09/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-03-2005 PP-00011 EMENT VOL-02182-03 PP-00401 RTJ VOL-00193-02 PP-00609)

Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2967251/habeas-corpus-hc-83515-rs> consulta em 23/05/2018.

- RHC 88.371/SP, Recurso em Habeas Corpus de relatoria do Ministro

GILMAR MENDES. Alegação de que as sucessivas prorrogações de interceptação telefônica em investigação do crime de tráfico de drogas constituem ilicitude de prova. Entendimento, pela turma, no sentido da possibilidade da medida, em razão da existência de investigação prévia que a autorizou. A invocação do Princípio da Proporcionalidade foi feita no parecer do Procurador que foi favorável à medida. Contudo, embora revestida de legalidade a primeira decisão que determinou a quebra do sigilo telefônico, são ilegais as demais, pois não possuem idônea fundamentação jurídica, qualificando as interceptações subsequentes como provas ilícitas. Não obstante a isso, o recurso foi desprovido, pois houve o convencimento dos julgadores que as provas colhidas durante a primeira interceptação telefônica foram suficientes para embasar a condenação.

Recurso Ordinário em Habeas Corpus. 1. Crimes previstos nos arts. 12, caput, c/c o 18, II, da Lei nº 6.368/1976. 2. Alegações: a) ilegalidade no deferimento da autorização da interceptação por 30 dias consecutivos; e b) nulidade das provas, contaminadas pela escuta deferida por 30 dias consecutivos. 3. No caso concreto, a interceptação telefônica foi autorizada pela autoridade judiciária, com observância das exigências de fundamentação previstas no artigo 5º da Lei nº 9.296/1996. Ocorre, porém, que o prazo determinado pela autoridade judicial foi superior ao estabelecido nesse dispositivo, a saber: 15 (quinze) dias. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações. Precedentes: HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ de 04.03.2005; e HC nº 84.301/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unanimidade, DJ de 24.03.2006. 5. Ainda que fosse reconhecida a ilicitude das provas, os elementos colhidos nas primeiras interceptações telefônicas realizadas foram válidos e, em conjunto com os demais dados colhidos dos autos, foram suficientes para lastrear a persecução penal. Na origem, apontaram-se outros elementos que não somente a interceptação telefônica havida no período indicado que respaldaram a denúncia, a saber: a materialidade delitiva foi associada ao fato da apreensão da substância entorpecente; e a apreensão das substâncias e a prisão em flagrante dos acusados foram devidamente acompanhadas por testemunhas. 6. Recurso desprovido.

(STF - RHC: 88371 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 14/11/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 02-02-2007 PP-00160 EMENT VOL-02262-05 PP-00856)

Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730648/recurso-em-habeas-corpus-rhc-88371-sp> consulta em 23/05/2018.