

MARCO AURÉLIO VIEIRA DE SOUSA

A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

MARCO AURÉLIO VIEIRA DE SOUSA

A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. José Rodrigues Ferreira Junior.

ANÁPOLIS – 2018

MARCO AURÉLIO VIEIRA DE SOUSA

A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

Esse trabalho monográfico tem o objetivo de abordar as provas ilícitas no processo penal, bem como verificar se esta pode ser admitida no mesmo. Do ponto de vista metodológico, o trabalho realiza análise aprofundada da origem histórica das provas e também das provas ilícitas, bem como o ordenamento jurídico brasileiro vem tratando deste assunto na legislação infraconstitucional e até mesmo nos reiterados julgados do poder judiciário. Nesses termos, a proposta é organizar e recortar a massa documental (leis - Constituição Federal, o Código Penal, Código de Processo Penal, doutrinas e jurisprudências), desprendendo a pesquisa de uma empiria dada e tomando a constituição do objeto uma parte importante de análise. Para a realização da pesquisa, foram abordadas as seguintes temáticas: Identificar os sistemas e modelos penais, sua origem e a relação com as provas ilícitas; O conceito de provas ilícitas, e qual forma princípios constitucionais irradiam o processo penal para alcançar e coibir as provas ilícitas; Como as provas ilícitas levaram à invalidação de importantes operações Faktor ou “Boi Barrica” e Satiagraha que envolveram grandes nomes de políticos em esquemas ilegais, pelos tribunais. São essas, pois, as questões que se tenta responder neste trabalho. Conclui-se que a utilização de prova ilícita tem sido bastante discutida recentemente no poder judiciário, chegando até a comprometer algumas operações de apuração de fatos delituosos (inquéritos).

Palavras-chave: Prova Ilícita. Operação Satiagraha. Operação boi barrica. Teoria da derivação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - SISTEMAS PENAIIS: ORIGENS DAS PROVAS ILICÍTAS	03
1.1 Evolução histórica da prova no processo penal..	03
1.2 Sistemas Penais no Brasil.....	06
1.2.1 <i>Sistema inquisitivo</i>	06
1.2.2 <i>Sistema acusatório</i>	10
1.3 Provas no processo penal contemporâneo	13
1.3.1 <i>Sistema Misto</i>	13
CAPÍTULO II – DAS PROVAS ILICÍTAS	16
2.1 Considerações à prova	16
2.2 Da inadmissibilidade das provas ilícitas	17
2.3(In)admissibilidades das provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade.....	20
2.3.1 <i>O Princípio da Legalidade</i>	23
2.3.2 <i>O princípio da proporcionalidade "pro reo"</i>	24
2.3.3 <i>O princípio da proporcionalidade "pro societate"</i>	25
2.3.4 <i>Provas ilícitas por derivação ou teoria dos frutos da arvore envenenada</i>	28
CAPÍTULO III – OPERAÇÕES E A INTERCORRÊNCIA DA INSTRUÇÃO ILICITA	31
3.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito das provas ilícitas.....	31
3.2 Operação Satiagraha	34
3.3 Operação Boi Barrica	37
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

INTRODUÇÃO

Esse trabalho monográfico tem o objetivo de realizar um estudo a respeito da prova ilícita, bem como verificar se esta pode ser aceita no decorrer de processos penais.

Do ponto de vista metodológico, o trabalho realiza análise aprofundada da origem histórica das provas e também das provas ilícitas, bem como o ordenamento jurídico brasileiro vem tratando deste assunto na legislação infraconstitucional e até mesmo nos reiterados julgados do poder judiciário.

Para a realização da pesquisa, foram abordadas as seguintes temáticas: identificar os sistemas e modelos penais, sua origem e a relação com as provas ilícitas; O conceito de provas ilícitas, e qual forma princípios constitucionais irradiam o processo penal para alcançar e coibir as provas ilícitas; Como as provas ilícitas levaram à invalidação de importantes operações Faktor ou “Boi Barrica” e satiagraha que envolveram grandes nomes de políticos em esquemas ilegais, pelos tribunais. São essas, pois, as questões que se tenta responder neste trabalho, que didaticamente foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, trata-se da origem das provas ilícitas, traçando toda a evolução histórica da prova e de que maneira ela foi diferentemente abordada no processo penal no decorrer do tempo. Será abordado também neste capítulo os sistemas penais brasileiros, quais sejam: o sistema inquisitivo e como a sistema misto, este ultimo já como prova no processo penal contemporâneo.

No segundo capítulo, apresenta-se o conceito legal e doutrinário de Prova Ilícita, bem como se esta prova pode ou não pode ser aceita no processo penal,

realizando um estudo sobre a égide dos princípios da proporcionalidade e legalidade.

No terceiro e último capítulo, apresenta-se um estudo de caso voltando-se para a análise de julgados que versaram sobre a operação boi barrica e operação satiagraha, as quais foram prejudicadas justamente por terem obtido provas de maneira ilícita e as juntado ao processo.

CAPÍTULO I - SISTEMAS PENAIS: ORIGEM DAS PROVAS ILÍCITAS

A origem das provas ilícitas é um tema que remete a uma abordagem histórica do processo penal, dos sistemas penais nos modelos inquisitivo e acusatório e o sistema misto no processo penal contemporâneo, também será demonstrado os vieses históricos da processualística penal no Brasil.

1.1 Evolução histórica da prova no processo penal

Primordialmente, para a compreensão do papel das provas no decorrer das civilizações mister se faz referenciar as memórias do processo penal, neste caso a história é o condutor que rege este estudo antes do direito e da norma que o determina, é a prática cotidiana que constrói a essencialidade do poder probatório no processo penal, não só como um veículo da busca da verdade, mas como uma garantia da idoneidade necessária as garantias individuais de todo ser humano ao ser investigado, garantias estas resultado dos caminhos trilhados pelas civilizações moldando os sistemas penais

Inicia-se em análise ao viés histórico que o primeiro sistema de provas era o ético ou pagão onde a avaliação das provas era feita pelo juiz de forma empírica, ou seja, conforme sua experiência e impressões. Posteriormente veio o sistema religioso, através das ordálias, dos duelos judiciários, ou seja, estes “eram denominados Juízos de Deus, sob a falsa crença de que a divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica deixava demonstrado se o réu era ou não, culpado”.(OLIVEIRA; COSTA, 2010)

Na Grécia antiga, surgiu de forma primitiva o Júri Popular, onde inexistia um sistema judicial de produção de provas. Entretanto, após profunda crise política

que revolucionou Atenas, contra a ditadura dos Trinta, ocorreu um dos mais relevantes julgamentos da história da humanidade, o de Sócrates. Em março de 399 A.C. quando tinha 70 anos de idade, ele fora acusado de corromper a juventude e de introduzir novos deuses, não reconhecendo como tais, os deuses da cidade. A pena que lhe foi pedida: a morte. (BALDIN; CORRÊA, 2014)

Face ao exposto, na antiguidade grega, se instaurou um processo com 501 jurados, onde foram ouvidos Sócrates e seus acusadores. Ao lado de Cícero, Sócrates foi o mais relevante orador da história e em sua autodefesa, chamada a Apologia de Sócrates, arguiu sua inocência, neste sentido Platão demonstra como as provas eram valoradas neste tempo, onde diz: “Parece-me não ser justo rogar ao Juiz e fazer-se absolver por meio de súplicas; e preciso esclarecê-lo e convencê-lo”. Resultou, por fim, na condenação de Sócrates sem indícios de culpabilidade, sob a condenação de 60 votos. (BALDIN; CORRÊA, 2014).

Doravante, no direito Romano era o processo dividido em dois modelos, o arbitramento e a inquisitorial, a última é a forma mais anciã, e primordialmente, única no processo penal. Ela se chamava de *questio*, questão, ou *cognitio*, cognição, termo que prevaleceu, ou ainda, *accusatio*, acusação”, sendo que na segunda acusação é feita por uma autoridade pública, e na terceira, no passivo seria um particular conforme o caso concreto. Nessa sistemática o poder absoluto da autoridade, foi limitado conforme a imposição da lei, onde as sentenças eram assentadas com base em provas, principalmente nos crimes de *questio*, sistema de autoridade-comícios em crimes com penas de morte. (LACERDA NETO, 2013).

Salienta-se, que o sistema da livre convicção, que influencia até hoje em nosso Código de Processo Penal, teve origem Românica, “o juiz de Roma teve por ofício procurar livremente a verdade dos fatos, avaliando as provas; ele pronuncia a decisão que lhe sugere a consciência.” Neste sistema o juiz é absoluto e procede conforme sua convicção sobre as provas demonstradas, não sendo obrigado a fundamentar sua decisão. (TOZADORI, 2006)

Acrescenta ao viés da história, os ensinamentos do Des. José Antônio P. Boschi, sobre o consórcio da igreja com o Estado, que impactou na forma com que o processo penal era aplicado, no ano 1300, aclarou que anteriormente o Direito

Romano possuía um procedimento mais próximo ao justo, e que posteriormente a igreja em conluio ao império passou a utilizar do processo, não mais para fins de justiça para como mero instrumento político de opressão e tortura aos sabores de seus interesses, neste sentido pontuava:

É bom lembrar que o Direito Romano ficou numa espécie de banho-maria até o século XII. O Direito Romano, consubstanciado no *Corpus Juris Civilis*, era um Direito limpo, não admitia tortura, era um Direito, digamos assim, estabelecido em padrões modernos. Ele ficou no limbo até o século XII. Nesse século, o Direito Romano foi ressuscitado pela Universidade de Bologna, na Itália. E no século XII estamos um pouco antes das celebrações do Papa Gelásio como poder soberano da época, para eclodir o movimento da Inquisição, que estourou em 1200 e poucos, quase 1300. O que fez a Igreja neste consórcio Estado-Igreja? Ela foi buscar precisamente no Direito Romano todo o referencial legal e procedimental, mas introduziu um ingrediente que o Direito Romano não tinha, que era o da tortura, da dor física. (BOSCHI, 2009, p.34)

Ressalta-se que o sistema probatório em sua trajetória passou por diversas transições, mas no período do *Corpus iuris canonici* (séc. XVI a XX), desenvolveu-se o sistema inquisitorial, da construção românica adveio às provas plenas (*probationes plenae*), provas semiplenas (*probationes semiplenae*) e indícios (*indicia*), que recebeu do direito canônico outro método de valoração, o *notorium*, ficando no topo da hierarquia das provas, pois aquilo que é notório sequer precisa ser provado, nessa esfera englobava a tortura na busca de uma confissão judicial, o que isentava a prova propriamente dita a *confessio pro iudicatu*, do qual era irrecurável. (ALENCAR, 2013)

Entretanto, o autor mencionado anteriormente defende que “com a laicização do Estado havida a partir do século XVI, a competência penal dos tribunais canônicos retorna ao espectro anterior à Idade Média recaindo sobre infrações puramente religiosas ou espirituais” (ALENCAR, 2013, p.53), o mesmo acrescenta que a influência do direito canônico persiste até a atualidade. Ainda no mesmo sentido, o autor exemplificava:

Na área do processo penal chamam à atenção as similitudes encontradas entre o inquérito e a inquisitio. De fato, não só não há espaço para o exercício do contraditório durante o inquérito, como na

figura do delegado se pode constatar a confusão entre acusador e juiz. Como principais contribuições do processo canônico para o direito processual em geral podemos anotar: a) trata-se de um processo conduzido por profissionais do direito; b) reconhece um sistema de recursos; c) adquiriu uma natureza inquisitorial mais do que adversarial; d) impôs a escrita sobre a oralidade; e) contribuiu para o fim das provas irracionais, como as ordálias.(2013, p.56)

Outro ponto relevante, são as noções históricas do princípio *nemotenetur se detegere*, ou seja, não produzir prova contra si mesmo, sua origem advém do Iluminismo, como uma proteção no interrogatório, visto que, que repugnava a tortura e o juramento forçado do acusado, distanciando-se do que era praticado por povos da antiguidade, como referido no Código de Hamurabi e nas Leis de Manu, pois a essa época o interrogatório e o próprio acusado era considerado uma prova. (MACHADO, 2007)

Conclui-se que os memoriais demonstram que o processo penal, pode-se compreender como a carta magna dos criminosos, e que percorreu grandes revoluções de um estado primitivo de violência e opressão a significativas melhorias com a evolução dos modelos de Estados, com a democracia moderna, os direitos humanos, ainda que falho, é o que tem, e espera-se que caminhe sempre ao sentido humanitário, no sentido de não cometer as mesmas atrocidades do passado.

1.2 Sistemas Penais no Brasil

1.2.1 Sistema inquisitivo

A compreensão dos sistemas penais é de suma importância, como um dos primeiros modelos dos sistemas penais a existir, inclusive com reflexos no pátrio ordenamento processual criminal, compreender o sistema inquisitório é essencial, ainda mais no que tange as provas. A gestão das provas está intimamente ligada as diferenças entre estes sistemas, inclusive para compreender o que vigora hoje no Brasil.

O modelo processual penal inquisitorial, como modelo puro, é tido como histórico, derivado da influência da Igreja Católica, durante os séculos XII e XIV, isto se deu devido à ideia de que a inatividade das partes no que tange a processualística penal não deveria ser deixada a cargo de particulares,

principalmente frente ao combate a criminalidade, passando a ser compreendida como uma função privativa do Estado, dentro da legalidade, nesse sentido houve a ruptura permanente entre processo civil e penal, àquela época. (LOPES JUNIOR, 2016).

Segundo o precitado autor, ainda ensinava que os poderes do juiz foram imensamente ampliados, a ponto que invadir a esfera do que hoje conhecemos como Ministério Público, neste sentido uniu-se a figura do magistrado o papel de acusador e julgador. Na esfera probatória Lopes Junior (2016, p.152), ainda traz importantes pormenores, conforme dispunha:

Originalmente, com relação à prova, imperava o sistema legal de valoração (a chamada tarifa probatória). A sentença não produzia coisa julgada, e o estado de prisão do acusado no transcurso do processo era uma regra geral. O processo inquisitório se dividia em duas fases: a primeira fase (geral) estava destinada à comprovação da autoria e da materialidade, e tinha um caráter de investigação preliminar e preparatória com relação à segunda (especial), que se ocupava do processamento (condenação e castigo).

No mesmo sentido, Lima (2016) aduzia que devido ao amplo poder magistral este poderia agir tanto na fase investigatória como na parte processual, desta forma o controle probatório concentrava-se nas mãos do juiz tendo a prova como fato e dentro da legalidade, podia formar a conclusão que desejasse. Ainda mais, na busca da verdade absoluta tendo por veículo o conhecimento dos fatos, mantendo em absoluto todos os meios e métodos probatórios, fazendo uma completa investigação.

No que tange a processualística penal, no Brasil colônia de Portugal, era regido pelas Ordenações Filipinas a partir de 1603, “as Ordenações do Reino eram compilações das leis de Portugal e fundamentavam a estrutura judiciária do *Ancien regime* e reproduziam as regras do direito canônico”, aquela época a confissão, sob tortura, era considerada prova, que eram tidas como verídicas, com penas cruéis, como mutilações e pena de morte. (LEITE, 2006).

Adiante, outro aspecto interessante é que no Livro V das Ordenações Filipinas, que trata da parte criminal, o Título CXVI tratava especificamente da Delação Premiada, provas da “caguetagem”, através da confissão, sob a rubrica “como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”, isto se torna

relevante a história do Brasil, visto que, na luta por independência do Brasil, essa forma de obtenção de provas levaram grandes nomes da revolução a penas de morte como Tiradentes e Luís da Virgens, conforme nos relatava (PALOMO; HARO, 2015, *online*):

Como se sabe, o movimento destacado acima buscava transformar o Brasil em uma república independente, não obtendo êxito em razão da delação por parte de seus próprios integrantes, com ênfase para Joaquim Silvério dos Reis, o qual entregou todos os planos dos revolucionários em troca do perdão da exorbitante dívida que tinha com a Fazenda Real. Tal atitude gerou, além do fim da revolução, a morte de seu membro mais conhecido, o alferes, Joaquim José da Silva Xavier, popularmente chamado de “Tiradentes”. Além disso, convém, ainda, citar que situação parecida ocorrera, também, com o mártir da Conjuração Baiana (1798), soldado Luís das Virgens, bem como, na história recente, durante o período da ditadura militar, onde, inclusive artistas, colaboravam com o regime, comunicando os militares acerca do que se passava no meio e participando de secretos encontros no interior dos quartéis.

As Ordenações Filipinas vigoraram até 1830, sendo que dois anos depois se publicou no Brasil o primeiro Código de Processo Criminal, o Código Criminal do Império. Este foi saudado por Pandiá Calógeras como a mais brilhante vitória do domínio da justiça, e por Aureliano Leal como o mais formoso monumento do saber jurídico do espírito liberal, no referido código de 32, ainda que inquisitorial, houve uma evolução na esfera probatória, com a concessão ao Juiz de Paz de buscar provas de materialidade e ouvir testemunhas. (BOSCHI, 2009).

Nas palavras do precitado autor, o Ilustre Desembargador José Antônio P. Boschi, relata que desde o primeiro código de processo penal influências do iluminismo, delinearam um novo modelo de Estado, deixando pra trás a monarquia, e que o sistema inquisitório ainda existia com a constituição de 1934, mesmo ano que foi promulgado o Código de Processo Penal que vigora hodiernamente, estes resquícios foram amenizados, em específico ao probatório, sendo que o juiz por meio de ofício pode requisitar provas, alterar a acusação, a chamada *mutatiolibeli*, pode ordenar novas provas. (BOSCHI, 2009).

Diante disto, neste referido modelo, os principais pontos é a instauração da ação penal é através do *judicialiforme*, ou seja, sem observar o princípio *neprocedatiudexexofficio*, além disto ao magistrado é dado o poder sobre a decisão

de arquivamento do inquérito ou de mudar o enquadramento ou a indicação do preceito legal infringido pelo acusado (*emendatiolibelli*), e diante disto adotar outro enquadramento jurídico ao fato narrado, provocando o órgão acusatório a editar a inicial (*mutatiolibelli*). (TÁVORA; ALENCAR, 2016)

Ainda, segundo Távora e Alencar (2016, p.13), diziam que até recentemente com a reforma do Código de Processo Penal esta visão inquisitorial ainda existe, principalmente em relação à gestão de provas e isso acaba por destoar dos princípios que a Constituição de 1988 irradiou pelo ordenamento, os mesmos demonstravam que:

Essas características do sistema inquisitório ainda encontram ressonância nas reformas que sofreu o Código de Processo Penal nos últimos anos, notadamente no que se refere à gestão probatória, eis que o seu art. 156, I, com redação dada pela Lei nº 11.690/2008, confere ao magistrado, notadamente, a possibilidade de ordenar, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O dispositivo mencionado é de duvidosa constitucionalidade, consoante vem se manifestando parcela considerável da doutrina, mormente porque não passa pelo filtro norteado pelo modelo constitucional de processo traçado pela Constituição de 1988. Assentadas as ideias do sistema inquisitivo e verificada sua presença na sistemática do Código de Processo Penal, cabe o exame do sistema oposto, o acusatório, com o fito de adequar a interpretação do seu texto com a Lei Maior.

Em consequência dos princípios inquisitoriais as garantias (ampla defesa, contraditório, devido processo legal, etc.) as defesas do réu fica prejudicado e que pode ensejar em abusos de autoridades, em razão disto, na maioria das vezes, o processo corre sob sigilo, atribuído pelo juiz por meio de ato discricionário seu e à margem de fundamentação adequada. Outro aspecto importante é que não se há presunção de inocência, cabendo em grande parte dos casos, a manutenção do réu preso em prisão provisória durante o sumário da culpa. (AVENA, 2015)

Conclui-se, por fim que o sistema inquisitivo apesar da relevância histórica deve ser limitado, para que as políticas progressistas e a irradiação dos princípios constitucionais possam transformar o processo penal em um instrumento equilibrado na busca da justiça, rechaçando qualquer arbitrariedade ou

abuso que massacre os fins sociais e as garantias individuais do acusado, como também o papel delimitado de acusador e magistrado.

1.2.2 Sistema acusatório

Primordialmente, importante demonstrar como são os sistemas processuais penais, para sedimentar o desfecho da narrativa histórica que influenciou na adoção de modelos diferentes em cada país, e que se deu por opções políticas, estes modelos eram considerados puros, de forma estes atrelam procedimentos específicos de condução do processo, e nisto, incluso a produção probatória.

Inicialmente, ressalta-se que o sistema acusatório teve origem na Inglaterra, sob o reinado de Henrique II, Por um novo *writ*, dito *novel disseisin*, instituiu para Clarendon, em 1166, um *TrialbyJury*. Por ele, um Grand Jury, composto por 23 cidadãos (*boni homines*), *indictment* um acusado e, se admitida à acusação, neste modelo o júri dizia o direito material e ao rei incumbia impor os preceitos processuais. Neste sistema havia a imparcialidade do rei, que apenas mantinha a ordem, sendo as partes, acusador e acusado responsáveis para debater com liberdade. (COUTINHO, 2009).

Como anteriormente mencionado pelo autor, nesse sistema não havia uma geração de provas, sendo o júri a prova, elas só vieram – como regra – nos séculos XV e XVI, como *evidence*, quando já não se tinha mais conhecimento dos fatos e, portanto, era necessário reconstituir o crime e seus pormenores. Veja-se que nesse sistema há mais igualdade entre as partes para provarem e convencerem sobre a verdade real, tudo feito em local público. Nesse sentido, tal sistema é o que conhecemos hoje por sistema acusatório, adotado em vários países. (COUTINHO, 2009)

O sistema acusatório é um pilar fundamental contudente do processo penal moderno em face da organização social e política do Estado, já que traz certa segurança social contra abusos do Estado em não permitir uma atuação exagerada do juiz que deve respeitar os princípios pilares da justiça em não tratar o suspeito

como condenado, sendo assegurada a imparcialidade do magistrado ao sentenciar, garante ao acusado posição autêntica como parte passiva e não um mero objeto do processo penal. (LOPES JUNIOR, 2013)

Em sentido semelhante, quanto aos limites funcionais do juiz diante das provas sob o princípio da imparcialidade, asseverava Távora e Assumpção (2012, p.42):

A proatividade do julgador em determinar a produção de provas encontra limites na imparcialidade exigida para o julgamento do feito. O sistema acusatório atribui ao titular da ação à diligência necessária na produção probatória. Se não pode o magistrado fechar os olhos à verdade, também não poderá, sob pena de estar maculado subjetivamente, construir por força própria todo o manancial probatório que é levado aos autos.

Sabido é que o processo penal é fruto da política do Estado em determinado tempo histórico, no que tange ao sistema acusatório e a produção de provas, temos a herança do regime militar no que tange ao poder probatório que tem o magistrado, constante no art. 156 e 209 do mencionado código, como “fruto do processo penal do Estado Novo, período autoritário em que a supressão das liberdades contava com o apoio do Sistema de Justiça Penal, para fazer valer os interesses da ditadura Vargas.” (TÁVORA; ASSUMPÇÃO, 2012)

Quanto aos princípios do contraditório e da cooperação processual, o estudado sistema possui peculiaridades quanto ao ônus da prova que em matéria criminal não compele o acusado a colaboração processual sob o princípio a vedação à autoincriminação, isto em razão do interesse da defesa em denegar o mérito da ação condenatória. (TÁVORA; ALENCAR, 2016)

Sobre o sistema acusatório no Brasil, temos o relevante conceito por Távora e Alencar (2016, p.26 e 27), na seguinte forma:

Com origem que remonta ao Direito grego, o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do

livre convencimento motivado. Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão de prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor.

Diante do que está sendo discorrido, demonstrando fidelidade do Brasil pela opção pelo sistema acusatório (*neprocedatjudexexofficio*), a Constituição Federal cuidou de definir o Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional (art. 127 da CF) e de atribuir à instituição a titularidade exclusiva da ação penal pública (art. 129, I, da CF), ressalvada a possibilidade de propositura de ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX, da CF). (BRASIL, 1988)

Neste sentido, pelo referido sistema em tela, quem atua ativamente na produção de provas, na parte investigatória fica a cargo da Polícia Civil, sob o poderio do Ministério público, ficando o togado distanciado de qualquer contato subjetivo e psicológico com as provas, para um julgamento imparcial. Essa metodologia pressupõe as seguintes garantias constitucionais, sobre o exposto ensinava:

[...] da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII). É o sistema vigente entre nós. (CAPEZ, 2016, p.117).

Desta forma, o que se busca no método acusatório é uma leitura constitucional aos princípios do juiz natural e a imprescindível imparcialidade, somente assim poderá as partes uma paridade de igualdades, afastando o juiz da função ministerial, não só a respeito da acusação, mas ainda ao ônus processual, sendo que na esfera probatória o mesmo limite-se apenas ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes. (PACELLI, 2017)

Comprova o exposto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, trazida na obra de Pacelli (2017, p.19), que pontua:

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, e, acertadamente, já teve oportunidade de decidir pela impossibilidade de o juiz poder requisitar de ofício novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito. A violação ao sistema acusatório, na hipótese, seria e era patente (STF – HC nº 82.507/SE, Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 19.12.2002, p. 92).

Conclui-se dessa forma que o sistema acusatório é um sistema equilibrado, principalmente no que tange as provas, já que incube a cada autoridade específica um papel no processo, separando o agente que produz a prova, do que avalia a mesma, ficando mais próximo assim do que é estabelecido em nossa Carta Magna como as garantia ao acusado, a realização de um julgamento imparcial, ou seja, o mais próximo do justo.

1.3 Provas no processo penal contemporâneo

1.3.1 Sistema misto

O sistema misto levanta diversas controvérsias entre doutrinadores, se pode ou não ser considerado como o sistema adotado no Brasil.

Segundo as fontes históricas o sistema misto nasceu na França, onde o sistema inquisitorial sofreu diversas modificações, ou seja, no código napoleônico houve a fusão dos dois modelos, inquisitorial e acusatório, o que ensejou no *Code d'Instruction Criminelle* francês, de 1808. Tem essa nomenclatura, pois se divide em duas fases distintas, conforme explicava Lima (2016, p.16):

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, grão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.

Sobre a controvérsia da doutrina em definir o sistema pátrio, há quem diga que o sistema é misto, outros ainda que seja um sistema acusatório formal e explicava “nós preferimos fugir da maquiagem conceitual, para afirmar que o modelo brasileiro é (neo) inquisitório, para não induzir ninguém a erro”.(LOPES JUNIOR, 2016, p.159).

O precitado autor justifica sua posição ao aduzir que é preciso identificação do núcleo fundante, ou seja, a gestão da prova, o que orienta o processo, ficando de forma acessória (oralidade, publicidade, separação das atividades, etc.) e dizia que é o caso do sistema brasileiro, que apesar de algumas derivações “acessórias” como uma roupagem acusatória, não perde o núcleo inquisitivo, já que a gestão das provas está nas mãos do juiz, e ainda cita que se a jurisprudência opta pelo modelo “acusatório” feito pela constituição, são substancialmente inconstitucionais todos os artigos do Código de Processo Penal que incubem poderes instrutórios e/ou investigatórios ao juiz. (LOPES JUNIOR, 2016).

Adiante, buscando trazer uma solução ao levantado anteriormente pelo doutrinador Aury Lopes Jr, quanto ao conflito entre alguns dispositivos do Código de Processo Penal e a Carta Magna, é necessária uma leitura sob a interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, Avena (2015, p.45) lecionava que:

Analisando estas duas linhas de pensamento, aderimos à primeira delas, considerando que, de fato, vigora no Brasil o sistema acusatório, entendimento este respaldado em diversas decisões do STF e do STJ. Afinal, todos concordam que, embora inexista um dispositivo legal expresso na Constituição Federal de 1988, é dela que se extrai o conjunto de princípios e normas que conduz ao entendimento de que o direito brasileiro agasalhou o sistema acusatório. Por outro lado, também não há dúvidas de que os dispositivos, pelos quais muitos autores sustentam ter sido adotado o sistema inquisitivo garantista, encontram-se incorporados à legislação infraconstitucional. Neste contexto, duas soluções se apresentam: ou se consideram inconstitucionais, por violação do sistema acusatório, os dispositivos infraconstitucionais que consagrem procedimento incompatível com as regras desse modelo; ou se busca conferir a tais previsões legislativas interpretação conforme a Constituição Federal. O que não se pode é cogitar de uma terceira possibilidade, qual seja a da coexistência do sistema inquisitivo previsto em dispositivos de legislação infraconstitucional juntamente com o sistema acusatório assegurado em normas constitucionais, pois isto, a nosso ver, implica negar vigência à Constituição Federal enquanto Lei Maior.

Conclui-se, seria evidente algum eventual choque de alguns dispositivos do código de processo penal de 1941 com a Constituição Federal de 1988, visto que ambos são frutos de momentos históricos que se chocam, temos uma Carta Magna irradiada por princípios humanitários que vieram no sentido contrário ao autoritarismo

ou qualquer abuso de Estado no sentido de punir, que priorizam o Estado Democrático de Direitos e as garantias e liberdades individuais, mas este choque pode ser harmonizado com uma correta interpretação quando há conflito de normas, com um efetivo papel jurisprudencial no sentido de construir a aplicação de um direito justo, até que seja feita as reformas necessárias ao nosso processo penal.

CAPÍTULO II - DAS PROVAS ILICÍTAS

Este capítulo abordará noções preliminares basilares quanto às provas. A inadmissibilidade das provas na visão doutrinária e jurisprudência. Admissibilidades das provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade. A interpretação constitucional do princípio da proporcionalidade “*pro reo*” e “*prosocietate*”. A prova ilícita por derivação, ou ainda, a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados na visão doutrinária e no posicionamento da Suprema Corte.

2.1 Considerações à prova

Inicialmente é relevante trazer lições preliminares sobre a conceituação e as limitações das provas para o direito e para o processo, a fim de proporcionar uma melhor compreensão do lícito e do ilícito, bem como sua relativização no processo penal.

O conceito de prova pode ser compreendido como componentes trazidos pelas partes ou estipuladas pelo juiz com intuito de formar o convencimento quanto aos atos, fatos e circunstância. Sua terminologia tem o significado de “o termo prova deriva do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação”, além disso, é com base na mesma que o magistrado, destarte, julgue procedente ou improcedente a ação penal (AVENA, 2015).

Ainda quanto às considerações há diferenciação entre meio de prova que a forma que dá ao magistrado conhecimento, como a narração da história do delito, que são utilizados diretamente na decisão, p.ex. documentos, testemunhas, perícias e existe também meio de obtenção de provas que não é a prova em si, mas os caminhos a qual se chega às provas, “servem para adquirir coisas materiais, traços

ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária”, p.ex. delação premiada, buscas e apreensões, interceptações telefônicas etc. (LOPES JUNIOR, 2016).

Relevante ainda trazer ao conhecimento os principais princípios que regem o sistema probatório criminal que segundo Reis e Gonçalves (2016, p.287), mencionam:

Princípio do contraditório (ou da audiência bilateral); Princípio da comunhão dos meios de prova (ou da aquisição da prova); Princípio da imediação (ou imediatidade); Princípio da identidade física do juiz; Princípio da oralidade; 6) Princípio da concentração; Princípio da publicidade; Princípio do privilégio contra a autoincriminação; Princípio da autorresponsabilidade; Princípio da investigação — [...]

Finaliza-se, portanto, que a produção probatória respeitando os ditames legais e os princípios, que é tudo aquilo que for lícito que possa ser trazido ao processo na busca da verdade para o convencimento do juiz, entretanto às limitações ao direito de prova encontra limitações somente no tanque a ilicitude, conforme veremos a seguir.

2.2 Da inadmissibilidade das provas ilícitas

Primeiramente encontramos na esfera processual criminal os limites à produção de prova quanto, qualquer prova obtida por meio ilícito, não será admitida no processo.

Desta forma, temos a redação da Constituição Federal como principal diploma a estabelecer a inadmissibilidade das provas ilícitas conforme dispõe o “Art. 5.º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”. (BRASIL, 1988).

Observa-se, que tal obscuridade deixada pelo texto constitucional, no que tange especificamente as provas ilícitas criminais, era preenchida pela construção doutrinária e jurisprudencial, até o advento da Lei 11.690/08 que disciplinou as provas no processo penal, que dispunha:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 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. § 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. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 4º (VETADO) (BRASIL, 2008)

O conceito de provas ilícitas, possui dois sentidos, um restrito que indica ser contrária a norma, e outro no sentido amplo de ser contra os costumes, assim, o mais adequado é no sentido amplo, ou seja, o mais alinhado a constituição. Sob esses conceitos basilares de ilicitude se desdobram em prova materialmente ilícita que é aquela obtida de forma vedada por lei, e formalmente ilícita que se torna ilegal pela forma com que é incluída no processo, conhecida como ilegítima. (NUCCI, 2016)

Outro ponto relevante é a consequência processual entre a diferenciação de espécies de provas ilegítima e ilícita, sendo que, “a prova ilegítima é obtida com violação à lei processual e tem como sanção a nulidade; a prova ilícita é obtida com violação a regra de direito material e tem como sanção a inadmissibilidade”. (ÁVILA, 2006, p.101),

Por outro lado, essa diferenciação entre provas ilegítimas e ilícitas não causa nenhum embaraço, visto que, em ambos os casos, a consequência, seja pela nulidade ou inadmissibilidade, resultará no mesmo resultado o desentranhamento do processo, e ainda complementa, quanto às provas repetíveis, se produzidas novamente de forma lícita poderão validar-se, p.ex. um testemunho que tenha sido colhido sem a presença do advogado em sala de audiência (violação do princípio do contraditório), já provas irrepetíveis como p.ex. a interceptação telefônica, estas fulminam, já que há impossibilidade de reproduzi-las de forma legal. (VILHENA, 2010).

Além disto, outra justificativa para a inadmissibilidade de certos tipos de provas devido aos critérios de interpretação constitucionais fixados na Lei Maior é justamente para impedir que o Estado incorra na ilegalidade, ou seja, a não aceitação das provas ilícitas não gira em torno da veracidade da prova, pouco importando, neste caso, se são ou não verdadeiras, que se evita nesse caso é algo de cunho político que é sacrificar a verdade no processo para criar um sistema processual que respeite os direitos fundamentais. (ÁVILA, 2006).

Acerca da Jurisprudência, em decisão do plenário, do Supremo Tribunal Federal quanto à leitura constitucional acerca do tema em tela, consta na obra de Alexandre de Moraes (2016, p.140), que pontuava:

[...] é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra Jurisprudência Criminal, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Adiante, ressalte-se que deparado com prova ilícita deve o juiz determinar que seja desentranhada e destruída, entretanto, deve-se ter atenção para não incorrer na eliminação de materialidade de algum delito, no que tange a probatório tido como ilegal, ainda possa resultar em injustiça, “por analogia ao art. 145, inc. IV, do CPP, ao tratar do incidente de falsidade documental, ou então, determinar o desentranhamento e a destruição após o trânsito em julgado da decisão final” devendo ficar a prova em sigilo, fora dos autos. (TÁVORA; ALENCAR, 2016)

O supracitado autor assevera que não há previsão de recurso específico contra ato que desentranhe do processo prova ilícita, a não ser por habeas corpus ou mandando de segurança, ou ainda na preliminar de futura apelação, em razão de

cerceamento do direito de defesa ou de acusação ocasionado pelo desentranhamento da prova supostamente ilícita (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Outro relevante aspecto é a do “juiz contaminado”, que toma contato com ilicitude probatória deve ser afastado do processo, é impossível afastar a subjetividade do convencimento, nem impor isenção, ou seja, “não se imagina como seja possível ao magistrado retirar de sua mente o conhecimento da prova ilícita para que julgue de maneira isenta o acusado sem levar esta prova em consideração”, entretanto não há possibilidade de a parte forçar o juiz a retirar-se do processo, por este motivo, a jurisprudência só prevê o rol taxativo nas hipóteses de impedimento e suspeição. (DEZEM, 2016)

Cerra-se, portanto, tendo em mente que a problemática quanto às provas ilícitas consolida-se no sentido da não admissibilidade, por questões de legalidade, entretanto há relativização disto sob interpretação constitucional das normas penais, no sentido da admissibilidade, conforme se verifica a seguir.

2.3 Admissibilidades das provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade

Inicialmente, apresentado todo conteúdo primordial chega-se a questão da relativização das provas no que tange a colisão de direitos fundamentais e o poder estatal, que se resolve com uma correta interpretação constitucional e ponderação conforme o princípio de proporcionalidade.

Adiante, sobre o princípio da proporcionalidade ainda que não expresso na Constituição, tem “fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça”. Trata-se de meio que garantir os direitos fundamentais e o interesse público, ou seja, funciona como uma baliza para o poder estatal na melhor interpretação constitucional para os casos concretos. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Outro aspecto relevante ao princípio da proporcionalidade, entre direito fundamental e interesse público é aplicação da ponderação ao caso concreto, conforme entendimento doutrinário exposto a seguir:

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), significa um axioma (*Grundsatz*), que possui como subprincípios a adequação (*Geeignetheit*), a necessidade ou medida mais benigna (*Erforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*VerhältnismässigkeitimengerenSinne*), que é a ponderação propriamente dita. (STEINMET, 2004, p. 210)

Em relação ao princípio da proporcionalidade este tem origem na Alemanha, que se desenvolveu a chamada teoria da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), nesta teoria a proibição de provas ilícitas, que excepcionalmente, pode ser mitigado quando estiver competindo um direito fundamental em detrimento de outro da mesma esfera, ou de um interesse social mais relevante, por exemplo, em uma acusação injusta onde o único meio de provar a inocência seja por meio de uma interceptação telefônica, “No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição.” (CAPEZ, 2016)

Neste diapasão, é necessária à observação de critérios para a utilização deste princípio, tendo como pressuposto a legalidade e na esfera material a justificação teleológica, sobre o exposto ensinava Lima (2016, p.65):

O princípio da legalidade processual, desdobramento do princípio geral da legalidade (CF, art. 5º, incisos II e LIV), demanda tanto a regulamentação, por lei, dos direitos exercitáveis durante o processo, como também a autorização e a regulamentação de qualquer intromissão na esfera dos direitos e liberdades dos cidadãos, efetuada por ocasião de um processo penal. Logo, por força do princípio da legalidade, todas as medidas restritivas de direitos fundamentais deverão ser previstas por lei (*nullacoactiosine lege*), que deve ser escrita, estrita e prévia. Evita-se, assim, que o Estado realize atuações arbitrárias, a pretexto de aplicar o princípio da proporcionalidade. [...] Por seu turno, por força do princípio da justificação teleológica, busca-se a legitimação do uso da medida cautelar, a partir da demonstração das razões pelas quais a aplicação da medida tornou-se necessária em relação ao fim que se objetiva alcançar. Cabe aqui analisar se o fim almejado é constitucionalmente legítimo e se possui relevância social. Quanto à

legitimidade constitucional, pode ser necessária a restrição de determinado direito fundamental não apenas para proteger outro direito fundamental, mas também bens constitucionalmente tutelados. Em relação à relevância social, os fins devem ser socialmente relevantes para justificar a limitação a um direito fundamental.

Isto posto, é evidenciado que a teoria da proporcionalidade tem como objetivo a paridade entre direitos individuais e os interesses da sociedade, abrindo a possibilidade de aceitação de provas ilícitas, ainda que violando uma garantia prevista no ordenamento. “Assim, para a descoberta de um sequestro, libertando-se a vítima do cativo, prendendo-se e processando-se criminosos perigosos, por exemplo, seria admissível a violação do sigilo das comunicações, como a escuta clandestina.”(NUCCI, 2016).

Com argumentos ainda, no sentido de admitir as provas ilícitas, as mesmas são de caráter excepcionalíssimo, e deve atender certos requisitos, conforme demonstrado por Ferraz, Vita e Silveira (2015, p.416 e 417):

(a)imprescindibilidade: somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de se demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se mostrar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova; (b) proporcionalidade: o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova; (c) punibilidade: se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.); (d) utilização *pro reo*: no processo penal, e apenas nele, tem-se entendido que a prova ilícita somente pode ser aceita se for para beneficiar o réu/acusado, jamais para prejudicá-lo.

Finaliza-se, portanto que a admissibilidade das provas ilícitas traz uma problemática essencial e relevante dentro do ordenamento, que vai além da letra fria da lei, mas é uma relativização da norma em prol de um bem maior, que protege os indivíduos em seus direitos fundamentais mais relevantes, o Estado não deixa de cumprir o seu papel, de balancear a justiça, ao ponderar um direito essencial em um caso concreto, que seja para a proteção de bens jurídicos mais importantes, ante ainda que em detrimento da legalidade, como assim determina a essência da própria constituição. (NUCCI, 2016)

2.3.1 O princípio da legalidade

Relevante ainda trazer à baila o princípio da legalidade, pois está ligado aos critérios da proporcionalidade, servindo como balança no âmbito probatório já que regula o que é permitido trazer para a processualística, podendo ser invocado subsidiariamente na obtenção da prova. Desta forma o princípio em questão é desdobramento do princípio do devido processo legal, ou seja, havendo alguma colheita de prova ilícita ou ilegítima acarretará em nulidade ou inadmissibilidade, por ser ilegal. (NUCCI, 2016)

O princípio da proporcionalidade tem como pressuposto formal o princípio da legalidade, e como pressuposto material o princípio da justificação teleológica. O princípio da legalidade processual, desdobramento do princípio geral da legalidade (CF, art.5º, incisos II e LIV), demanda tanto a regulamentação, por lei, dos direitos exercitáveis durante o processo, como também a autorização e a regulamentação de qualquer intromissão na esfera dos direitos e liberdades dos cidadãos, efetuada por ocasião de um processo penal. Logo, por força do princípio da legalidade, todas as medidas restritivas de direitos fundamentais deverão ser previstas por lei (*nullacoactiosine lege*), que deve ser escrita, estrita e prévia. Evita-se, assim, que o Estado realize atuações arbitrárias, a pretexto de aplicar o princípio da proporcionalidade. (LIMA, 2016)

Seguindo esse raciocínio, “outro fator muito importante diz respeito ao momento da ilegalidade: a prova ilícita está atrelada ao momento da obtenção (que antecede a fase processual) ” e complementa-se ainda que “qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à invalidade da prova”. Diante disto percebe-se claramente que o princípio da legalidade regula a prova dentro do processo, inclusive as provas ilícitas. (GOMES, 2011)

Ainda, segundo Fernando Capez(2016, p.47) exemplifica:

Podemos ainda citar a exceção referente à prova benéfica em prol do acusado, já pacificamente aplicada no direito brasileiro, e a relativa à prova obtida com ilícito praticado por pessoas que não fazem partedo órgão policial, o que mais uma vez denota a já mencionada essência da ExclusionaryRule norte-americana, que visa conter as ilegalidades cometidas pelas autoridades.

Nesta seara, entende-se que “pode-se dizer, do princípio da legalidade em relação ao Estado de Direito, que “é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria”, pois ele representa a submissão do Estado à lei”. (MENDES; BRANCO, 2012).

Ultimara-se que este princípio da legalidade está regulando todos os atos dos agentes públicos, policiais, Ministério Público, Juiz, e como servidores públicos devem ater-se ao um andamento do processo imaculado de qualquer ilegalidade, seja na obtenção da prova ou nos atos processuais.

2.3.2 O princípio da proporcionalidade *pro reo*

Em âmbito preambular, tem se a orientação doutrinária e jurisprudencial que a prova ilícita só pode ser relativizada em casos especiais, no que se refere à matéria criminal a exceção mais relevante e já confirmado pela Corte Constitucional Brasileira é utilização das provas ilícita em favor do réu. Neste sentido afirma Lopes Junior (2016): “trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”.

No mesmo sentido que sob o enfoque do direito de defesa, uma garantia constitucional, ao utilizar a proporcionalidade de, é necessária a prevalência do princípio do *favor rei* sendo admitida pela doutrina e jurisprudência majoritária, a justificativa paira sob o entendimento que a ilicitude é abolida sob as causas legais da antijuridicidade e a legítima defesa. (NUCCI, 2016).

Corroborando Lima (2016, p.848) com tais entendimentos, e explicava que:

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutro giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí por que não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova.

Entretanto, a utilização do referido princípio, deve ser avaliado sob critérios relevantes para admissibilidade deste tipo de prova ilícita, “deve-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova”, a ponderação se a utilização deste tipo prova ainda que seja importante para evitar uma condenação injusta não viola outro bem jurídico mais importante, havendo desproporção não será admitida. (TÁVORA; ALENCAR, 2016)

Portanto, o ponto fundamental a justificar a ilicitude probatória em favor da defesa é priorizar a prova de inocência que deve ser sempre aproveitada em qualquer cenário processual, deriva do conceito de que o Estado de direito não pode aceitar a condenação de alguém, que o mesmo acredita ser inocente, é inviável essa contradição. Complementa o aludido Pacelli (2017, p.132) pontua:

O aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, além das observações anteriores, constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade, dado que: a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente geral da ilicitude (não só penal!); o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular.

Encerra-se com entendimento que no Estado Democrático de Direitos tem-se a prova ilícita em favor do réu protegido pelo princípio da proporcionalidade a ser ponderado, a fim de garantir bens jurídicos como o da inocência, sob quaisquer aspectos, até mesmo em detrimento das normas penais, ou mesmo constitucionais, sendo que esta última deve ser interpretada sempre na direção de garantir seus princípios basilares, como a da dignidade humana, da liberdade, entre outros, levando-se em conta que o Estado nunca deve se interessar em punir um inocente.

2.3.3 O princípio da proporcionalidade prosocietate

A proporcionalidade *prosocietate* pode-se também ser entendido como a favor da acusação, deve ser encarado como uma medida excepcionalíssima, ao contrário do princípio a favor do réu, a utilização do mesmo é controverso no entendimento da doutrina.

Em sentido favorável, a utilização desse tipo de prova ilícita em favor da sociedade ou do Estado, Aquere (2010, p.23) defende que:

Logo, para aqueles que defendem a utilização da prova ilícita *pro societate* inúmeros são os motivos de tal admissão: a necessidade de fortalecimento da segurança pública, ameaçada pelo crime organizado nas grandes metrópoles; a existência de um “direito fundamental à proteção social”, capaz de legitimar a aplicação da proporcionalidade em defesa da coletividade; a importância da busca pela justiça; porque a admissibilidade da prova ilícita somente em favor do réu fere a isonomia das partes no processo penal; não há qualquer inconveniente em na utilização da versão *pro societate* em hipóteses de excepcional gravidade e, ainda assim, mediante circunstanciada motivação judicial; entre várias outras razões.

Neste sentido, quanto ao conflito entre garantias constitucionais e o poder investigatório/condenatório do Estado, Aranha (*apud* AVILA, 2006), apresenta a teoria do interesse prevalecente onde entendia que em algumas circunstâncias, a sociedade, encarnada pelo Estado, no conflito entre duas conveniências relevantes e antagônicas entre uma garantia constitucional e a obrigação de perseguir e punir um criminoso, o desenlace é inquirir o interesse que deve prevalecer e o que deve ser priorizado.

Diante destes fatos, Avena (2015, p.357) exemplifica que em geral a admissibilidade da prova em favor da acusação paira em situações excepcionais nabusca da verdade real e ainda atende dois fundamentos basilares da segurança coletiva, o da prevenção geral e especial, conforme aduz:

Ora, o processo penal é acromático e tem como maior objetivo a descoberta da verdade. Para tanto, é preciso que se reconstituam os fatos de forma a se descobrir como, efetivamente, ocorreram. Nessa reconstrução, a regra, indubiosamente, deve ser a licitude da prova. Independentemente disto, pensamos, mais uma vez contrapondo a orientação majoritária, que a necessidade de estabelecer-se a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5. caput, da CF, faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público o exigir, evitando-se, destarte, a impunidade de criminosos. A admissão excepcional da prova ilícita *pro societate*, quando ausente outra forma de alcançar a responsabilização penal nos crimes de mal coletivo (frisa-se: apenas neste caso e observadas às peculiaridades da prova), parece justificar-se ainda em questões relacionadas às chamadas prevenção geral e prevenção especial – a primeira, sustentada na circunstância de que a ameaça quanto à possibilidade de uso de provas ilicitamente obtidas já consistiria, por si, em espécie de advertência para que os

integrantes do grupo social se abstivessem da prática de crimes; já a segunda, dirigida ao delinquente em particular que tenha sido condenado a partir de um critério menos rigoroso de aceitação das provas, para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.

Com argumentos contrários, “consistente na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada à prevalência do interesse público na persecução penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção”, desta forma, não é possível relativizar a proteção aos direitos constitucionais devendo manter a irrenunciabilidade de direitos individuais, garantias do devido processo legal, evitando o Estado a agir com ilegalidade. (CAPEZ, 2016).

Ainda, em sentido antagônico a proporcionalidade *pro societate*, a proteção da sociedade está mais bem amparada pela preservação do núcleo básico de garantias de todos. Afinal, os criminosos integram o corpo social, por isso que mitigar os direitos de alguns para justificar ilegalidades de direitos é abrir caminho para o desrespeito à segurança de todos. (TÁVORA; ALENCAR, 2016)

Porquanto a ponderação de interesses dá vazão a uma ampla fluidez e instabilidade de garantias, podendo albergar arbítrios na concepção utilitária e maniqueísta, já ressaltada, entre interesse social contrapondo-se aos do réu.

Porquanto, somente em raras situações se admite a prova em favor da sociedade, ou *apro societate*, isso em razão pois o Estado tem o dever de agir em estrita legalidade, respeitando os direitos fundamentais, pois a essência da prova ilícita é justamente vedar a produção ilícita de provas. O mesmo ainda complementa, que os princípio da legalidade, impõe ao Estado o dever de defender o processo devidamente dentro dos ditames legais, e não o inverso. (TÁVORA; ALENCAR, 2016)

Finaliza-se, portanto, com a ideia de que a utilidade do princípio da proporcionalidade *pro societate*, diferentemente do *pro reo*, não é pacificada perante a doutrina e a jurisprudência e invoca o uso deste princípio com uma ponderação mais criteriosa, sendo encarada ainda a possibilidade da não a utilizar de forma alguma, entretanto, pode abrir raríssimas exceções com ressalvas.

2.3.4 Provas ilícitas por derivação ou teoria dos frutos da árvore envenenada

Para iniciar, as provas ilícitas por derivação podem ser compreendidas como limites a atividade probatória, que consiste nos efeitos transcendentais aos vícios das provas, e as que dela derivam, este tipo tem previsão penal como veremos.

A partir da Lei nº 11.690/08, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, a teoria dos frutos da árvore envenenada passa a integrar a ordem processual penal brasileira de modo expresso, que dispõe:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 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. § 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. (BRASIL, 1941). [...] 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, causará a dos atos que dele diretamente dependam, ou seja, consequência. § 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende. (DEZEM, 2016, p. 135)

Com efeito, conceitua-se que qualquer prova que decorra direta e essencialmente de prova ilícita, por consequência lógica e inevitável, é considerada prova ilícita por derivação. O nexo de causalidade contamina de ilicitude a prova sequencialmente obtida. (MARCÃO, 2016)

Uma vez assentado o conceito preliminar, a origem desta modalidade de provas derivadas ilícitas começou nos Estados Unidos criando o que chamam de Teoria da Arvore dos Frutos envenenados, conforme ensinava:

O princípio da contaminação tem sua origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruit of the poisonous tree* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937. Na decisão, afirmou-se que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limite a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”. A lógica é muito clara, ainda que a aplicação seja

extremamente complexa, de que se a árvore está envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados (por derivação). (LOPES JUNIOR, 2016).

Neste sentido, o entendimento é de que a prova derivada ilícita deve ser completamente excluída, inclusive a provinda desta, e diz ainda que “de nada adianta, pois, a Constituição proibir a prova obtida por meios ilícitos, uma vez que a prova secundária serviu para condenar o réu, ignorando-se a sua origem em prova imprestável.” (NUCCI, 2016)

Entretanto, a vedação ao tema em tela não é absoluta, havendo algumas exceções, Távora e Alencar (2016, p.1042 e 1043) pontua, resumidamente que:

A teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta. a) Prova absolutamente independente ou teoria da fonte independente: se existirem provas outras no processo, independentes de uma determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação. b) Descoberta inevitável ou exceção da fonte hipotética independente: se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita seria conseguido de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. c) Contaminação expurgada, conexão atenuada, *purged taint exception*, tinta diluída ou doutrina da mancha purgada: é possível que o vínculo entre a prova ilícita e a derivada seja tão tênue ou superficial que acabe não havendo contaminação. Esta seria expungida. d) Boa-fé, exceção da boa-fé, *good faith exception* ou limitação da boa-fé: objetiva-se evitar o reconhecimento da ilicitude da prova, caso os agentes de polícia ou da persecução penal como um todo, tenham atuado destituídos do dolo de infringir a lei, pautados verdadeiramente em situação de erro.

As teorias da descoberta inevitável e da fonte independente se relacionam no ambiente do nexos de causalidade e servem para abrandar o princípio da contaminação, e faz uma crítica no sentido de que apresentam riscos de complacência judicial com a inaceitabilidade deste tipo de provas. Segue o autor alertando, que faltam critérios claros e precisos abrindo espaços para o inconveniente da discricionariedade judicial. (LOPES JUNIOR, 2016).

No mesmo sentido, declara-se que no direito brasileiro se reconhece a prova derivada ilícita, principalmente com a reforma processual, é ainda essencial compreender o nexos de causalidade da mesma, e ainda que posteriormente a prova

seja válida, se houver precedente de ilicitude estará invariavelmente contaminada. Neste sentido, advertia que:

[...] muito embora haja situações em que se admita o uso da prova ilícita, não se pode transformar o uso destes mecanismos de uso da prova ilícita em regra no sistema. Na verdade, são mecanismos excepcionais que não podem se tornar regra, sob pena de violação de todo o sistema de garantias previsto na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais que o Brasil se obrigou a cumprir. Vejamos as hipóteses em que se admite o uso da prova ilícita. (DEZEM, 2016, p.205 e 206)

Com argumentos, se podem invocar o princípio da proporcionalidade também nos casos de ilicitude probatória por derivação, sendo que não se pode tornar absoluto que toda prova derivada ilícita deva impedir a persecução penal, quando estes envolverem direitos fundamentais individuais pelas ações criminosas, numa análise do caso concreto, ou seja, justifica a obtenção de um prova ilícita, por exemplo, uma escuta telefônica numa investigação para noticiar uma ação criminosa, sob a análise judicial saber se justifica a derivação da ilicitude probatória.(PACELLI, 2017).

Entretanto, Moraes (2016) traz em sua obra o relato de um caso envolvendo um ex-presidente que causou amplo debate no plenário do Supremo Tribunal Federal, e por fim, a corte consagrou seu entendimento no sentido da não admissão da prova ilícita por derivação por contaminar todas as demais, e que devem ser desentranhadas do processo, mantendo somente as que forem autônomas e independentes das maculadas.

Conclui-se desta forma, que apesar do amplo debate doutrinário, a jurisprudência da corte é firme no sentido da não admissão da prova ilícita derivada sob a supremacia dos direitos fundamentais, ainda que haja caso excepcionais e raros pela gravidade dos bens jurídicos tutelados, a flexibilização ainda assim será no sentido de tutelar garantias constitucionais, irradiados por todo ordenamento jurídico.

CAPITULO III – OPERAÇÕES E A INTERCORRÊNCIA DA INSTRUÇÃO ILICITA

Um dos maiores problemas que podem ser encontrados no Direito Processual Penal é justamente quando a prova utilizada para comprovação do fato delituoso é obtida ou produzida através de meios que não sejam considerados lícitos, em outras palavras, meios de produção de prova que afrontem a Carta Magna Brasileira e também Leis infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

No desenvolver dos capítulos anteriores é possível notar que há expressa vedação legal na Constituição de 1988 a respeito da admissibilidade de provas obtidas de maneiras que contrariem o ordenamento jurídico pátrio. Por este motivo, para melhor entendimento do tema é necessário conceituar-se o que a Constituição Federal entende como Prova ilícita.

3.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito das provas ilícitas

O Supremo Tribunal Federal (STF), já se posicionava pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo Penal, antes mesmo da Constituição Federal Promulgada em 1988. Porquanto, continuou a possuir o mesmo entendimento após a promulgação da aludida constituição como é possível notar os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS – [...] 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento

criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. [...] (STF – HC 80948 – ES – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 19.12.2001 – p. 4).

HABEAS CORPUS: CABIMENTO: PROVA ILÍCITA – [...]

II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. [...] (STF – HC 80949 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 14.12.2001 – p. 26).

Nota-se, que em ambas as jurisprudências o Supremo Tribunal, assim que tomou ciência de prova que fora obtida ou produzida de maneira ilícita através de *habeas corpus*, solicitou imediatamente a soltura do acusado que estivesse preso e que a prova fosse desentranhada do processo, palavra esta que se deriva realmente de entranhas, assim a prova ilícita deveria realmente retirada do processo o mais rápido possível. (AVOLIO, 1995)

Outro ponto de debate também nos tribunais foi a possibilidade de utilização dos princípios da proporcionalidade, para a demissibilidade de provas ilícitas. Esta teoria previa que em determinadas situações o interesse tutelado sobrepõe-se à intimidade, isto daria legitimidade para o Juiz/Estado em busca da verdade real e do grande interesse da coletividade possa admitir a prova independentemente da maneira que ela fora obtida. (AVOLIO, 1995)

Sobre a teoria descrita acima o STF, afasta a sua aplicabilidade, continuando inadmissível a utilização de qualquer prova que tenha sido obtida de maneira ilícita no processo, pois o egrégio tribunal entende que o *habeas corpus* é a medida cabível para impugnar provas ilícitas inseridas no processo penal e assim solicitar o seu desentranhamento. (STF, 1991)

A suprema corte entendeu que em casos de gravação clandestina de conversa informal de indiciado por agentes da polícia judiciária, quando não há provas sobre seu conhecimento sobre gravação ambiental ocorre ilicitude,

considerado tal feito como uma espécie de interrogatório que não segue as formalidades da legislação, pois o indiciado não pode sequer exercer seu direito de silêncio. (STF, 2001, *online*)

Isto seria uma afronta ao direito de silêncio que o indiciado pode exercer no interrogatório policial, desta forma a falta de advertência sobre este Direito nas gravações clandestina é que gera ilicitude na prova, a qual não pode ser utilizada no processo. Note-se que este é o posicionamento da suprema corte sobre o motivo da não utilização destas provas para livre conhecimento do Juiz. (STF, 2001, *online*)

No Início o STF pela não comunicação da prova ilícita com as que dela são derivadas. Ou seja, a prova ilícita não contaminava as outras que dela derivavam, continuando a serem lícitas e podendo serem utilizadas na fundamentação do Juiz. (STF, 2001, *online*)

A Suprema Corte mudou seu entendimento e passou a aplicar a Teoria que é chamada pela doutrina de teoria dos frutos da árvore envenenada ou teoria da derivação. A qual consiste que as provas derivadas de uma prova ilícita se contaminam com sua ilicitude.

HABEAS CORPUS – CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR – ÚNICO) – CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES) – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO – [...] 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (STF – HC 72588 – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 04.08.2000 – p. 3)

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem aplicado a teoria dos frutos da árvore envenenada, resguardando os direitos e garantias fundamentais, pois seu entendimento é que a prova ilícita contamina as outras provas que dela se derivam,

em outras decisões STF se posiciona pela aplicação da doutrina das provas ilícitas por derivação em respeito ao princípio previsto na constituição federal que proíbe a total utilização da prova ilícita no processo penal. Em casos de maior complexidade e de gravidade, o Supremo Tribunal Federal tem buscado aplicar a da teoria da proporcionalidade somente em relação à defesa, ou seja, *pro reo*, mas nunca em favor do Estado, ou *pro societate*. (STF, 1991)

Pois em análise de caso concreto considerou ilícita a prova criminal que incrimina o acusado através de provas bancárias que fora adquirida sem autorização do juiz, ou seja, mandado. Porquanto considerou, que estas provas incriminadoras contaminam todas as demais provas que foram produzidas tendo como base as informações da conta bancária. (FEYH, 2011)

3.2 Operação Satiagraha

Esta foi uma operação realizada pela Polícia Federal, que buscava combater a lavagem de dinheiro e a corrupção no Brasil. Ela teve seu início no começo de 2004 e levou a prisão de empresários, políticos investidores e até mesmo diretores de bancos.

No entanto, foram identificadas algumas irregularidades na obtenção de provas que levaram a condenação dos acusados. Por este motivo ocorreu sua anulação pelo Superior Tribunal de Justiça, em razão das ilegalidades detectada, o que foi posteriormente confirmado pelo Supremo Tribunal Federal. (STJ, 2011)

Pois os Ministros ao analisarem os 11 volumes do *Habeas Corpus* comprovaram que existia nele grande quantidade de provas que confirmavam a participação indevida da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN e do investigador particular contratado pelo delegado responsável pela investigação. Porquanto ambos agiram ilegal e abusivamente. (STJ, 2011)

Além disso, não há a possibilidade de haver o compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, pois não há previsão legal prevista na Lei 9.883/99, a qual instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência e criou a Agência Brasileira de

Inteligência – ABIN. Ademais neste compartilhamento de dados entre estas instituições foi se desrespeitada a legislação brasileira. (STJ, 2011)

Neste diapasão, ficaram demonstrados os prejuízos gerados aos acusados em razão dos atos praticados em desconformidade com as normas legais, assim qualquer que seja o ângulo que a troca de informação perpetrada pelos agentes da ABIN e o espião particular (ex agente do SNI) seja analisada fica caracterizada a ilicitude das condutas e a afronta à legislação. (STJ, 2011)

Portanto, os desembargadores ao sentenciarem neste processo agiram com estrita fidelidade a legislação penal, sendo totalmente objetivo em sua sentença, não tendo a imprudência de analisar de forma isolada a subjetividade. (STJ, 2011)

Assim, ao analisar todos os elementos do *Habeas corpus*, os desembargadores não tiveram dúvidas que as provas que levaram a condenação em primeira instância estavam maculadas pelas irregularidades em sua obtenção, sendo consideradas assim ilícitas, assim os desembargadores decretaram a sua incapacidade de gerar efeitos no ordenamento jurídico, bem como as provas que delas derivaram. Sendo aplicada a Teoria dos frutos da árvore envenenada, entendimento já pacífico no ordenamento jurídico e na doutrina brasileira. (STJ, 2011)

A teoria da derivação também é conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada (*Fruits Of The Poisonous Tree*) ela foi aplicada pela primeira vez na Suprema Corte dos Estados Unidos na análise do caso *Silverstone Lumber Co, versus U.S.* (GOMES FILHO, 2010)

A Suprema Corte Americana entendeu no julgamento do caso que toda prova influenciada direta ou indiretamente por uma investigação que afronte a constituição deve ser aplicada a regra de exclusão. O Tribunal americano aplicou novamente esta doutrina no caso de infringência *righttocounsel*. No entanto, a Corte

ainda aceitava as provas que apesar de estarem maculadas seriam inevitavelmente descobertas. (GOMES FILHO, 2010)

No caso americano o grande problema que gerou a aplicação da teoria da prova ilícita por derivação foi o reconhecimento pelo Tribunal de que certa intimação fora expedida com base em informações adquiridas através de uma busca ilegal, desta forma estava eivada de invalidade, portanto todas as provas obtidas através desta intimação também deveriam ser consideradas invalidas. (ARAÚJO JUNIOR, 2013)

Ademais, no âmbito jurídico nacional a aplicação da teoria da prova ilícita por derivação está prevista no Código de Processo Penal em seu artigo 157 §1º, o qual prevê em sua redação a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, sendo ambas inadmissíveis. No entanto o mesmo artigo prevê uma exceção, que seria quando não for comprovado o nexo de causalidade entre uma e outra ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira. (GOMES FILHO, 2010)

Neste diapasão, pode ser utilizada como exemplo para melhor entendimento a situação quando a interceptação telefônica é realizada sem ordem judicial e há a descoberta de local no qual se guarda para fins de comércio ilegal se descobre o local onde se guarda quantidade de cocaína e diante de tal prova é expedido alvará por ordem do Juiz competente, mandado judicial para devida busca e apreensão de mencionada substância. (RANGEL, 2013)

Assim, caso o mandado seja devidamente cumprido, nos estritos limites do art. 241 c/c 245 da Lei de Processo Penal e isto ocasionalmente efetue a apreensão de grande quantidade de drogas e a prisão dos presos envolvidos, tudo isto será anulado ante a ilicitude das gravações. (RANGEL, 2013)

Voltando-se para a análise do julgado da operação Satiagraha, é possível notar que a teoria acima elucidada foi aplicada em decorrência das ilegalidades praticadas pela Agência Brasileira de Inteligência – ABIN que efetuou o envio de documentos que corriam em segredo de justiça para a Polícia Federal,

caracterizando-se a ilegalidade na obtenção das provas que levaram à condenação do bancário Daniel Dantas. (RANGEL, 2013)

Neste sentido, todas as provas ilícitas e demais provas obtidas em função das primeiras devem ser expurgadas do processo, não podendo servir como fundamento para a condenação do acusado.(RANGEL, 2013)

Assim, sempre que isto ocorrer é desnecessário analisar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, tendo em vista que em ambos os casos, a prova já terá sido obtida com a lesão das normas previstas no ordenamento jurídico e dos princípios constitucionais, os quais garantem o direito de personalidade e privacidade.(RANGEL, 2013)

Além disso, será irrelevante também a indagação do momento em que a ilicitude se caracterizou da mesma forma irrelevante se faz a indagação se o ilícito foi realizado contra terceiro ou contra parte, pois desde que tenha se realizado ofensa a direitos fundamentais a prova já é considerada ilícita e já deve ser desentranhada do processo.(PELLEGRINI, 1976)

Assim, a retirada das provas ilícitas e as delas derivadasdo processo ocasionalmente acabou por comprometer toda a operação, já que o início da investigação se fundou em provas adquiridas de maneira ilícita pela Polícia Federal, logo ao ocorrer o desentranhamento delas do processo, a operação Satiagraha não tinha mais em que fundamentar suas acusações. Sendo todos os acusados absolvidos por falta de provas. (PELLEGRINI, 1976)

3.3 Operação Boi Barrica

Inicialmente esta operação investigava o atual Senador José Sarney, o qual foi acusado de realizar caixa dois durante a campanha de sua filha Roseana Sarney. O senador até chegou a ser indiciado por formação de quadrilha, gestão de instituição financeira irregular, lavagem de dinheiro e falsidade ideológica. (FEYH, 2011)

No entanto, assim como ocorreu na operação anteriormente citada foram descobertas provas que foram adquiridas de maneira irregular, as quais levaram a

gravações de ligações telefônicas que continham indícios de nepotismo. (FEYH, 2011)

No entanto, foi necessário o desentranhamento destas provas do processo em face das nulidades nelas presentes. Momento que mais uma vez foi aplicada a doutrina das provas ilícitas por derivação. (HAIDAR; MENDONÇA, 2014)

A decisão fora emitida pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual efetuou anulação das provas adquiridas no inquérito policial e teve como fundamento a própria jurisprudência que vinha sendo aplicada, ou seja, as provas obtidas a partir da quebra de sigilos fiscais, telefônicos, apenas serão admitidas quando ficar demonstrado sua indispensabilidade, em razão da inexistência de outros meios de provas. (BADARÓ, 2012)

É possível analisar no julgamento proferido pela 6ª Turma do STJ, que o relatório do COAF, considerou as movimentações realizadas pelos acusados como movimentações atípicas, porém em momento algum as condutas foram consideradas ilícitas. (FEYH, 2011)

Assim, agiu ilegalmente o Ministério Público Federal ao requerer a quebra do sigilo bancário dos investigados fundamentando apenas em relatório que não reconhece a ilegalidade dos atos praticados pelos acusados, sendo que o Juiz autorizou a quebra do sigilo sem também ater-se a este detalhe. (FEYH, 2011)

Posteriormente aos fatos acima mencionados, foi instaurado mais um inquérito policial, no qual não foi realizado nenhuma investigação preliminar, sendo novamente decretada quebra de sigilo Fiscal pela autoridade policial responsável pela investigação do caso, além de interceptação de comunicações telefônicas. (FEYH, 2011)

Neste diapasão, posicionou-se o tribunal que o ordenamento jurídico assegura ao cidadão o sigilo de suas informações, concedendo de maneira excepcional a quebra do sigilo das informações pessoais do cidadão. (FEYH, 2011)

Porquanto, ficou entendido no relatório que o Ministério Público e a polícia judiciária devem respeitar o ordenamento jurídico, o qual garante os interesses do

individuo enquanto inserido na sociedade, sendo o sigilo a suas informações pessoais um desses direitos que lhes são resguardados, não podendo assim os institutos mencionados alhures ultrapassar essas garantias, deixando de colaborar para o processo de uma forma legal. (FEYH, 2011)

Assim, fundamentando em todos esses pontos que foram expostos acima o Supremo Tribunal de Justiça declarou a nulidade da quebra de sigilo bancário, fiscais e telefônicos, pois foram realizadas em desconformidade com as regras prevista no ordenamento jurídico brasileiro. (FEYH, 2011)

Neste diapasão, decretada a nulidade das provas obtidas em razão da quebra de sigilo sem a devida fundamentação por parte do juiz *a quo* todas as provas foram desentranhadas do processo.(AVOLIO, 1995)

Após a decretação da nulidade dessas provas a operação teve de voltar praticamente a sua fase inicial e será difícil conseguir provas contundentes que cheguem a incriminar novamente os indivíduos que estavam sendo acusados anteriormente. (BADARÓ, 2012)

Portanto, conclui-se que a doutrina dos frutos da árvore envenenada é fielmente adota no país e é fundamental para a real aplicação da justiça, haja vista que desestimula as autoridades responsáveis pela investigação de violarem direitos dos investigados na tentativa de obtenção de prova. (BADARÓ, 2012)

CONCLUSÃO

Como foi demonstrado no decorrer da pesquisa existem dois tipos de modelos penais no Brasil, o inquisitivo e o acusatório. O sistema inquisitivo era adotado pela igreja católica e o réu não tinha direito a se defender enquanto era acusado de algum crime. Já no acusatório a pessoa possui este direito de resposta. O Brasil adotou esses dois sistemas, pois é inquisitivo na fase de inquérito e acusatório na fase processual, onde o representante do Ministério Público representando o interesse da sociedade representa conta o infrator.

Ademais, concluiu-se então que as provas ilícitas são aquelas que vão desrespeitar princípios constitucionais e direitos fundamentais, como por exemplo, o princípio do contraditório ou mesmo o direito a inviolabilidade da privacidade e da correspondência.

Por fim, as operações Satiagraha e Boi Barrica foram prejudicadas pois no decorrer da investigação foram obtidas provas ilícitas que acabaram por contaminar todo o procedimento, haja vista que o Supremo Tribunal Federal aplicou a teoria dos frutos da árvore envenenada. Decretando assim a retirada do processo de todas as provas que decorreram da prova ilícita inicial.

Assim, não há a possibilidade de utilização das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, já sendo este um tema pacificado pela jurisprudência atual.

Esta pesquisa, que ainda é incipiente, acaba por despertar ainda mais a pesquisadora sobre esse tema, que relevante e há uma necessidade, agora ainda

maior, de aprofundar nas questões atinentes ao assunto para que não se formem mais profissionais leigos no assunto ou ignorantes das possibilidades e consequências das provas ilícitas no processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Cláudio Demczuk de. **Algumas Notas Históricas Sobre O Processo Penal Canônico**. *Revista Cej*, Brasília, v. 59, n. , p.51-57, jun. 2013. Disponível em: <file:///C:/Documents and Settings/disbrave/Meus documentos/Downloads/1735-4321-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

ARAÚJO JÚNIOR, Amaro Bandeira de. Provas ilícitas no processo penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3503, 2fev.2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23631/provas-ilicitas-no-processo-penal>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

AVENA, Noberto. **Processo Penal**: Esquematizado. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**: Uma Análise da Colisão entre os Princípios da Proteção Penal Eficiente e da Admissibilidade das Provas Obtidas por Meio Ilícitos. 2006. 284 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Dissertação THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA- Provas Ilícitas.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Dissertação%20THIAGO%20ANDRÉ%20PIEROBOM%20DE%20ÁVILA-%20Provas%20Ilícitas.pdf)>. Acesso em: 23 fev. 2018.

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

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campos: Elsevier, 2012.

BALDIN, Stenio Augusto Vasques; CORRÊA, Lygia Aparecida das Graças Gonçalves. **Prova: Dos Primórdios À Atualidade**. 2014. Disponível em:<<http://www.unilago.edu.br/publicacao/edicaoanterior/Sumario/2014/downloads/7.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios No Direito Brasileiro**. 2003. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistapro/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2018

BOSCHI, José Antônio P.. Evolução Do Código De Processo Penal: Mesa Redonda No I Seminário De Política De Memória Institucional E Historiografia. In: I Seminário De Política De Memória Institucional E Historiografia, 5., 2009, Rio Grande do Sul. **Anais**. Rio Grande do Sul: Revista Justiça & História, 2009. v. 3, p. 1 - 37. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 out. 2017.

_____. **Lei nº 11.690/08**, de 9 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: 23 fev. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 46, n. 183, p.103-115, jul. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; VITA, Jonathan Barros; SILVEIRA, Helena ColodettiGonçalves. Direitos e Garantias Fundamentais II. In: Congresso Nacional Do Conpedi, 25., 2015, Belo Horizonte. **Anais**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2015. v. 5, p. 403 - 422. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/9zg132z2/il6XTbow7IKICTc9.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

FEYH, Robson Luiz. **A Interpretação das Teorias da Prova Ilícita delos Tribunais Superiores**. Trabalho de Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da

Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Curitiba, 2011. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/07/A-INTERPRETACAO-DAS-TEORIAS-DA-PROVA-ILICITA-PELOS-TRIBUNAIS-SUPERIORES.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. 2011. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 11 mar. 2018

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Coord. Ana Elisa Liberatore S. Bechara. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Haidar, Rodrigo; Mendonça, Camila Ribeiro de. **À margem da lei STJ derruba mais uma operação por ilegalidades da PF**. Artigo publicado 17 Set. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-set-17/stj-derruba-operacao-ilegalidades-policia-federal>>. Acesso em: 19 abr. 2018

LACERDA NETO, Arthur Virmond de. **Forma, lugar e tempo do processo penal romano**. 2013. Disponível em: <<https://direitoromanolacerda.wordpress.com/2013/01/04/forma-lugar-e-tempo-do-processo-penal-romano/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

LEITE, Gisele. **Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus**. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1560>>. Acesso em: 15 out.2017

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **O princípio do Nemo Tenetur se detegere e a prova no processo penal**. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacazes*, v. 3, n. 3, p.1-14, out. 2007. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Revista/37/01.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal: Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Antonio Maria Claret de; COSTA, Daniel Carnio. **Provas Ilícitas no Direito Processual e a Teoria da Proporcionalidade**. 2010. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav41/alunos/cl.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

PALOMO, Gabriel Henrique Custódio Dias; HARO, Guilherme Prado Bohac de. **Estudo Da Delação Premiada em Comparação ao PleaBargaining**. 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3324>. Acesso em: 15 out 2017

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PELLEGRINI, Ada. **Liberdades Públicas e Processo Penal – As interceptações telefônicas**. Saraiva. 1976

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

REIS, Alexandre Cebrian Araújo e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo penal: Parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RITT, Leila Eliana Hoffmann. **O Princípio Da Proporcionalidade Como Instrumento De Solução De Conflitos Entre Os Princípios Constitucionais E Efetivação Dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **HC 80949 –RJ**. Relator: Sepúlveda Pertence. Dj 14/12/1991. JusBrasil 2001. Disponível

em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776137/habeas-corpus-hc-80949-rj>>.
Acesso em: 28. fev. 2018.

STJ. **Habeas Corpus: 149250 SP 2009/0192565-8**, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 07/06/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2011. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21083579/habeas-corpus-hc-149250-sp-2009-0192565-8-stj>>. Acesso em: 19 abr. 2018

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TÁVORA, Nestor; ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Processo penal II: provas – questões e processos incidentes**. São Paulo: Saraiva, 2012. Coleção saberes do direito.

TOZADORI, André Camargo. **Sistemas de apreciação das provas no Processo Penal**. 2006. Disponível em:
<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12688-12689-1-PB.htm>>.
Acesso em: 25. Out. 2017.