

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE E APLICAÇÃO PRÁTICA AOS PROCESSOS
DA LAVA-JATO**

Thainara Caroline Souza de Oliveira

Presidente Prudente/SP

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE E APLICAÇÃO PRÁTICA AOS PROCESSOS
DA LAVA-JATO**

Thainara Caroline Souza de Oliveira

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão de
Curso para obtenção de grau de
Bacharel em Direito, sob orientação
do Prof. Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2019

PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE E APLICAÇÃO PRÁTICA AOS PROCESSOS DA LAVA-JATO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Mário Coimbra
Orientador

Fernanda Madrid
Examinadora 1

Francisco Bariani
Examinador 2

Presidente Prudente/SP, _____ de _____ de 2019

*A tarefa não é tanto ver aquilo que
ninguém viu, mas pensar o que
ninguém ainda pensou sobre aquilo
que todo mundo vê.*

Arthur Schopenhauer

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho ao meu querido e inestimável pai Irineu, que embora não esteja mais presente entre nós fisicamente, me acompanha ao longo dos dias em meu coração. Deixo a minha dedicatória também, àquela que despendeu todo o seu tempo, seu amor e sua dedicação a mim, ainda no momento mais difícil de nossas vidas, minha linda mãe Marilda.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de deixar meu agradecimento a Deus. Sem Ele, nada disso seria possível. Agradecer pela força que tem me dado desde o início do curso, não me deixando abater em meios às dificuldades.

Agradeço ao meu querido paizinho Irineu, que não se encontra mais entre nós, mas sei que de onde está, me guia, me acompanha e me ampara.

Agradeço também a minha mãe Marilda, minha melhor amiga. Àquela responsável por tudo o que sou hoje, que nunca deixou de medir esforços para que meu sonho se tornasse realidade. Minha referência de luta, de mulher.

Agradeço meu padrasto Adelino- meu “tio”, assim carinhosamente apelidado -, por ter contribuído muito durante todo o curso e durante o tempo que tido junto à mim.

Deixo meu carinho e meu agradecimento à minha avó querida, Dona Dinorath, por ser tão amável e me apoiar tanto.

Agradeço aos meus irmãos, Renata e Wellington, por me acompanharem durante todo o curso, pela parceria e amor. Aqui, incluo meus cunhados, Patrick e Monique e, meus amáveis sobrinhos, Davi Lucca e Victor Gabriel.

Deixo agradecimentos também, ao meu namorado Marcelo, meu amigo e parceiro de vida, por me amparar e por tanto me apoiar.

Não posso deixar de agradecer, os amigos que a graduação me deu: Minha amiga Isabella, que desde o primeiro ano da faculdade tem sido importante, contribuindo com seu carinho, amizade e apoio; Minha amiga Beatriz, que sempre me apoia, compartilha seu conhecimento e me conforta em dias ruins; minha amiga Júlia, a mais maluquinha do nosso quarteto, mas que anima minhas manhãs e me distrai quando preciso; e meu amigo João Pedro, por também me apoiar e dividir seus conhecimentos.

Agradeço à todos que contribuíram, ainda que indiretamente, para a minha chegada até aqui.

Por fim, agradeço ao meu querido orientador e Mestre, Prof. Mário Coimbra, que foi solícito ao meu pedido de orientação, bem como me deu todo amparo científico, dividiu seu conhecimento, sua biblioteca e seu afeto. Oportunizo

aqui, para agradecer aos meus bancas, Prof. Fernanda Madrid e Dr. Francisco Bariani, por terem disponibilizado seu tempo para fazer parte de uma das etapas mais importantes do meu sonho.

Gratidão a todos vocês, por tanto.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade desbravar instituto da prova no Processo Penal em face da nossa Constituição Federal de 1988, abordando toda sistemática pertinente ao tema durante a história até chegarmos ao modelo atual. Assim, ressaltar-se-á os Princípios Constitucionais Fundamentais em detrimento do tema central do trabalho: o Princípio da Serendipidade, englobando o direito comparado e a sua introdução ao Processo Penal Brasileiro, tratando da sua admissibilidade e da sua (i) licitude, dando enfoque ao Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade, e aos julgados acerca do tema, prestando comentários a legislação infraconstitucional permissiva à quebra de sigilo telefônico, Lei 9.296/96, lei regulamentadora das Interceptações Telefônicas, com sequente abordagem a sua aplicação a uma das Operações de maior destaque dos últimos tempos: a Operação Lava-Jato, querendo chegar a uma premissa final no que diz respeito a macula de nulidade e ilicitude da Operação. .

Palavras-chaves: Encontro fortuito. Garantias Fundamentais. Operação Lava-Jato. Processo Penal. Provas. Serendipidade.

ABSTRACT

The purpose of the present paper is to break the institute of proof in the Criminal Procedure in the face of our Federal Constitution of 1988, approaching all the pertinent systematic during the history until we reach the current model. Thus, the Fundamental Constitutional Principles will be emphasized in detriment of the central theme of the work: the Serendipity Principle, encompassing comparative law and its introduction to the Brazilian Criminal Procedure, addressing its admissibility and (i) legality, giving focus on the Proportionality / Reasonability Principle, and the judged on the subject, giving comments on the permissible infraconstitutional legislation to the breach of telephone confidentiality, Law 9.296 / 96, law regulating Telephone Interceptions, with subsequent approach to its application to one of the largest Operations. highlight of recent times: Operation Car Wash, wanting to reach a final premise regarding the nullity and illegality of Operation.

Keywords: Carwash Operation. Criminal proceedings. Evidences. Fundamental Guarantees. Random encounter Serendipity.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	12
2.	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	14
2.1	Do Sistema Inquisitório	14
2.2	Do Sistema Acusatório	15
2.3	Do Sistema Misto.....	17
3.	SISTEMA PROBATÓRIO PENAL NA HISTÓRIA	19
3.1	Considerações Iniciais	19
3.2	Historicidade Do Sistema Probatório	20
3.2.1	Sistema grego	20
3.3	Sistema romano.....	21
3.3.1	Da monarquia	21
3.3.2	Da republica	21
3.3.3	Do império romano	23
3.4	Do Sistema Português	23
3.4.1	Reino português	23
3.4.2	Das ordenações afonsinas	25
3.4.3	As ordenações manuelinas	26
3.4.4	As ordenações filipinas.....	27
4.	SISTEMA PROBATÓRIO BRASILEIRO	28
4.1	Brasil Colonial.....	28
4.2	Brasil Reino	28
4.3	Constituição do Império	28
4.4	O Primeiro Código de Processo Criminal Brasileiro e Seu Sistema de Prova	29
4.5	Atual Diploma Processual Penal e a Constituição de 1988	29
4.6	Princípios Constitucionais.....	32
4.6.1	Princípio da dignidade da pessoa humana.....	33
4.6.2	Princípio da legalidade	34
4.6.3	Princípio do devido processo legal	35
4.6.4	Inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente	39

5. TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS – PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE E SUA APLICABILIDADE NOS PROCESSOS DA OPERAÇÃO LAVA-JATO	42
5.1 Origem.....	42
5.2 Direito comparado	43
5.2.1 Da aplicação no processo penal alemão	43
5.2.2 Da aplicação no processo penal italiano	44
5.2.3 Da aplicação no processo penal espanhol	44
5.3 Da Introdução e Aplicação ao Processo Penal Brasileiro	45
5.3.1 Breves considerações acerca da interceptação telefônica no ordenamento jurídico pátrio.....	46
5.4 Princípio da Proporcionalidade /Razoabilidade	48
5.5 Da (l) Licidade	49
5.6 Julgados Acerca do Tema	50
5.7 Operação Lava-Jato e a Aplicabilidade do Princípio da Serendipidade	54
5.7.1 Da instrumentalidade da prova nos casos	54
6. CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história, conflitos sempre existiram entre os indivíduos, e embora por muitos séculos a autotutela tenha sido prevalente, fez-se necessário a passagem por diversos sistemas de persecução, para assim chegarmos a um devido processo com garantias àquele que se imputa a ação delituosa. No bojo deste devido processo, deve-se evidenciar o instituto aqui a ser estudado, que não sendo, chega perto de ser o mais relevante dentro do Direito Processual Penal.

Ora, o sistema probatório visa, além do contraditório, da ampla defesa, princípios pilares e constitucionais - hoje, mas que se deu ao enlace da história-, a convicção do magistrado. Àquele sujeito processual, qual foi atribuído pelo estado-juiz para a solução da LIDE que a ele está sendo entregue.

Sendo o Processo instrumento de solução, o juiz tem o dever de observar as garantias necessárias à conservação da ordem na sociedade, conciliando estas com as garantias pretendidas pela liberdade individual.

Buscou-se evidenciar neste trabalho, toda a história do direito probatório penal, passando pelos sistemas de persecução, pelos sistemas estrangeiros e por nosso sistema probatório, com o fim de restar demonstrado o porquê dos argumentos favoráveis e contrários ao nosso tema principal: o fenômeno da Serendipidade, ou princípio da Serendipidade, que teve seu destaque com a Operação Lava-Jato, na qual também foi abordada no tocante a aplicação do Instituto probatório mencionado.

Assim, discorreu-se no segundo capítulo, os sistemas processuais penais: o sistema inquisitório e suas características, seguido pelo modelo acusatório e concluído com o sistema misto.

Por conseguinte, no terceiro capítulo foi focado o sistema probatório penal na história, passando pelo direito grego, pelo romano e seus períodos, e por fim, o direito português e seu sistema, referenciado inclusive, as famosas e imperiosas ordenações.

Por sua vez, versou-se o capítulo quarto, toda a historicidade acerca da prova e sua aplicação no processo penal brasileiro, com envolvimento aos princípios constitucionais relevantes ao tema prova, ressaltando as garantias constitucionais.

No quinto capítulo, restou-se dissertado o tema central do presente trabalho: o princípio da Serendipidade. Neste, deu-se de maneira primária sua definição e sua origem, sendo seguido, pela comparação com os direitos e sistemas estrangeiros. Ainda neste capítulo, desenvolveu-se a questão da proporcionalidade quanto a sua aplicabilidade e sua admissibilidade no Processo Penal brasileiro, encerrado na aparente (i) licitude com a apresentação dos julgados dos Tribunais e Supremos Tribunais brasileiros.

Desta forma, adentrou-se ao sexto e último capítulo: a Operação Lava-Jato e a aplicabilidade do encontro fortuito em seus casos, onde explanou-se a sua definição e a sua finalidade, bem como a instrumentalidade da interceptação telefônica e do crime achado.

Assim, utilizou-se como método àquele denominado de dedutivo comparativo.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Ao longo da história, a estrutura do processo penal se alternou de acordo com as formas de atuação, ora punitiva ora liberatória.

A *priori*, o sistema acusatório teve predominância por entre o século XII, pelo qual foi aos poucos substituído por aquele que se denomina inquisitório, que perdurou até meados do século XVIII à parte do século XIX.

Ainda é importante destacar um terceiro sistema: o sistema misto. Este sistema tem como marco de origem o Código Napoleônico de 1808, onde se analisa na fase pré-processual o caráter inquisitório, e na fase processual o caráter acusatório.

2.1 Do Sistema Inquisitório

O Sistema Inquisitório em sua essência é um sistema histórico. Como acima mencionado, até o século XII perdurava o sistema acusatório, sendo gradativamente substituído pelo modelo inquisitório em sua totalidade no século XIV e que perdurou do século XVIII até parte do século XIX.

Inquisitório vem do latim “*inquisitu*” que significa arbitrário, compreendido no Processo Penal como o sistema inquisitorial, o sistema cujas funções de investigação, acusação e julgamento concentram-se em um só órgão, onde o processo se compreende de inteira forma verbal e sob sigilo, suprimindo o contraditório, se quer existindo defesa (quem dirá ampla defesa), e o acusado figurando apenas como objeto do processo. A respeito disto, dispõe o professor Eugênio Pacelli (2019, p.9;10):

De modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual *inquisitório* do modelo *acusatório* pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão).” (...) “A par disto, outras características do modelo inquisitório, diante de sua inteira superação no tempo, ao menos em nosso ordenamento, não oferecem maior interesse, caso do processo verbal e em segredo, sem contraditório e sem direito de defesa no qual o acusado era tratado como objeto do processo.” (...)” como principal característica, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se iniciaria com a *notitia criminis*, seguindo-se a investigação, acusação.

Nesta feita, é notória a vigência do princípio da autoridade, pelo qual a um único sujeito são atribuídas todas as funções essenciais – quais sejam elas a e investigar, acusar e julgar-, por compreender esta, ser a forma efetiva da busca da verdade. Assim o Estado-Juiz funciona desde a fase investigativa, tendo o seu início com a *notitia criminis*.

A definição do modelo inquisitório também pontuado por AURY LOPES JR. (2018, p. 42):

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Ora, podemos concluir como preconizado acima, que havia ausência imparcialidade por parte daquele que o julgava, o que hoje violaria consagrados princípios, como o da inércia da jurisdição (*Ne procedat iudex ex officio*), da imparcialidade e do devido processo legal (incluindo neste os princípios do contraditório e o da ampla defesa).

Em relação a prova, o modelo que prevalecia era o de valoração, intitulado pela doutrina como tarifa probatória. Neste processo, Auri Lopes Jr. (2018, p. 41) cita Aragoneses Alonso: “ a sentença não produzia coisa julgada e o estado de prisão do acusado no transcurso do processo era uma regra geral”.

Vale ressaltar a inexistência de segurança jurídica, e disparidade de igualdades processuais que também caracterizava (e caracteriza) este sistema.

2.2 Do Sistema Acusatório

Dissemelhante ao sistema inquisitório anteriormente ponderado, o sistema acusatório tem como respaldo o princípio dialético. Para este sistema a verdade eficaz – ou real-, se compreenderia de melhor forma quando as funções fossem fracionadas e entregues a sujeitos diferentes. Ou seja, as atribuições de investigar, acusar e decidir são realizadas por sujeitos distintos e não por uma figura só.

Sob esta óptica, o Estado-Juiz é figura imparcial, tendo como competência apenas a função de solução- decisão- da LIDE proposta, com base nas provas produzidas e entregues ao processo pela defesa e pela a acusação. Todos os atos desenvolvidos ao longo do processo são guiados pelo princípio do contraditório entre os sujeito. A respeito disto, PAOLO ANTONINI (2002, p.16) planeia:

O sistema acusatório fundamenta-se em um princípio oposto, qual seja o princípio dialético. Considera-se que a verdade é acertada com mais eficácia se as funções processuais forem distribuídas entre sujeitos que têm interesses contrapostos. Ao juiz imparcial incumbe apenas decidir com base nas provas trazidas pela acusação e pela defesa. A escolha realizada pelo juiz entre as diversas reconstruções fato histórico é estimulada por meio do contraditório entre sujeitos impulsionados por interesses contrapostos (...)

Desta forma, o sistema acusatório pode ser caracterizado em primeiro lugar quanto a distribuição das atividades, sendo estas claras e distintas. Por conseguinte, quanto a iniciativa da produção probatória - decorrendo esta da primeira elencada – esta devendo ter provocação das partes. Outra característica, é a atuação do Estado- Juiz: este considerado terceiro, devendo ser imparcial, se mantendo inerte quanto a produção de provas .

Estas qualidades são abordadas pelo saudoso AURY LOPES JR. (2018, p. 43):

Na atualidade – e a luz do sistema constitucional vigente – pode se afirmar que a forma acusatória se caracteriza por: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitários das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a asentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Assim, além das características acima referidas, podemos ver a delineação de diversos princípios, hoje previsto em nossa Magna Carta, sendo concebidos como principais características do aludido sistema, como o princípio da isonomia, o princípio da coisa julgada, o duplo grau de jurisdição e o princípio de

maior relevância no contexto processual: o do devido processo legal, sendo constituintes o da ampla defesa e do contraditório. Ademais, e não menos importantes, possui também como características princípios processuais, como o da publicidade, do livre convencimento motivado

Assim, é possível concluir que este sistema, principalmente no que concerne a matéria probatória, tem como a separação de poderes, devendo a matéria probatória ser levadas ao processo pelas partes, ficando o juiz inerte, e adstrito a estas, inexistindo qualquer tarifa probatória entre elas, tendo o magistrado livre escolha se convencer, incumbindo-lhe porém, o encargo de fundamentar- ou motivar- sua convicção. Ressalta-se aqui, que se faz necessária regulamentação da matéria.

2.3 Do Sistema Misto

O sistema misto foi concebido no ano de 1808, com o *Code d'instruction criminelle français* – o Código Processual Criminal Francês, também conhecido como Código Napoleônico. Aludido sistema assim é denominado por sua essência se compreender na reunião de elementos dos anteriores sistemas abordados.

Segundo EUGÊNIO PACELLI (2019, p 10):

No século XIX, e mais precisamente no ano de 1808, com o surgimento do famoso *Code d'instruction criminelle français*, outro modelo processual com características bem definidas se apresentava a prática judiciária. Neste sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução- tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a encargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios (..).

Mencionada compreensão, portanto, é derivada pela ordenação do processo. Este, observado por uma divisão: fase pré-processual, tendo caráter inquisitório e a fase processual, tendo esta, caráter acusatório.

Embora a doutrina brasileira disponha ser este o sistema aduzido pelo nosso atual Código de Processo Penal, por autorizar este que durante a instrução criminal possa a autoridade policial usar elementos do sistema inquisitivo, há outra

parcela considerável da doutrina que critica ferrenhamente tal posição. Isto porque, segundo os críticos, bastava uma breve análise constitucional do processo penal para que toda questão envolvendo este tema pudesse ser solucionado, Eugênio Pacelli (2019, p.11).

Porém, ainda que haja tais argumentos que desaprovam a adoção deste sistema, os próprios doutos discorrem hipóteses inquisitivas dispostas pelo Código, como delibera o doutrinador acima mencionado, a respeito da redação do artigo 156 do Código de Processo Penal, a qual permite ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e revelantes. Eugênio Pacelli (2019, p.11).

Desta maneira, é possível acordarmos que o Código brasileiro adotou o sistema misto, tendo em vista as proposições excepcionais inquisitivas encontradas na Carta Processual Penal.

3. SISTEMA PROBATÓRIO PENAL NA HISTÓRIA

Vejam os alguns dos principais sistemas probatórios no decorrer da história do processo penal.

3.1 Considerações Iniciais

Há necessidade de ingressarmos nos estudos acerca do tema, abordando sistemas históricos para uma compreensão de toda evolução probatória até chegarmos aos dias atuais.

Começaremos nossa passagem pelo sistema grego, onde discorreremos sobre suas jurisdições, com suas singularidades os atos que compunham e ensejavam o julgamento, sendo as formas probatórias evidenciadas. Dessa maneira, contemplaremos um sistema acusatório, onde o poder de acusação emanava do povo, sendo prestigiada a acusação privada nos delitos de gravidade menor. Neste, perceberemos a importância da prova testemunhal.

A posteriori, abordaremos o sistema romano onde serão verificados três períodos da história. O primeiro a ser dissertado será o período monárquico, onde quem detinha a jurisdição era o rei. Era ele quem regulamentava a respeito dos atos constitutivos do julgamento, de igual modo o interrogatório. Em seguida, adentraremos pela era da república. Nesta, teremos como ponto chave a contradita, que podia ser realizada pelo acusado quando entendesse necessário, em face da testemunha- peça fundamental para a condenação, e a forma de julgamento. Por fim, dentro do sistema romano, apuraremos o Império Romano, que principiava as formas canônicas.

Ainda será conferido o sistema português onde também será dividido em momentos históricos cuja importância se deu em seus escritos. De forma exordial, é tratado os forais, que constituíam as normas daquele período. Por consequente, veremos as ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, cada uma com suas especialidades.

3.2 Historicidade Do Sistema Probatório

Por entre os povos sempre se teve noção de o curso e os meios da prova dados às partes, ao convencimento do Estado-juiz na busca da verdade. Para estudarmos os mecanismos probatórios, adentraremos por entre os sistemas que contribuíram para o nosso atual instituto processual penal.

3.2.1 Sistema grego

No sistema grego havia quatro jurisdições: o Areópago, os Efetas, a Assembleia do povo e os Heliastas.

Com suas peculiaridades próprias, tais jurisdições criminais voltavam aos atos processuais de igual forma: o primeiro ato processual a ser praticado era a denúncia, que devia ser feita perante um dos magistrados arcontes, onde o acusador iria expor a denúncia e o magistrado iria dali exigir provas, ou ao menos indícios para o prosseguimento do julgamento. Para este feito ainda se fazia necessário o juramento do acusador e um caução, para que o mesmo não desistisse daquele antes do julgamento. Assim, era designado o tribunal competente aquela causa e convocado os cidadãos que serviriam os juízes e marcariam o dia do julgamento.

“Aqui se falava em ação popular para os delitos graves e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil” Lopes Jr. (2012, p. 124)

Essa persecução penal estava diretamente ligada a origem do sistema acusatório, ou seja, participação direta do povo no exercício da acusação. Prova evidente disso era o direito popular de acusação e de julgamento. Almeida Junior (1959, p. 25)

Para a instrução não havia juízes ou servidores especiais para a prática do ato: era incumbido ao próprio acusador. Por sua vez, o acusado deveria ir a busca das provas que lhe garantiria a absolvição. Nesse sentido J. M Almeida Junior (1959, p. 25) colaciona:

Não havia magistrado ou funcionário especialmente incumbido dos atos de instrução: o acusador era quem coligia e reunia as provas para produzi-las durante os debates no dia do julgamento; o acusado, por sua vez, buscava as provas da sua defesa e prestava juramento de dizer a verdade.

Todos estes atos ocorriam no intervalo de tempo entre o chamado e o julgamento. Àquele que se prestava a acusar, exigia um depósito de certa quantia, sob o qual incorria a pena de ter sua causa excluída da lista.

No julgamento, uma corda separava juízes e multidão. Era lida a acusação e peças envoltas. Seguindo, a acusação apresentava suas provas: testemunhas. Por conseguinte, era oportunizada ao acusado, a apresentação de sua respectiva defesa e audição de suas testemunhas.

As testemunhas deveriam comparecer na sua pessoa, que em caso de não aparição incorria em pena de multa de mil dactmas, e em caso de recusa de depoimento seriam a elas implicadas tormentos. Os depoimentos tinham o mesmo rito. Podiam ser interrompido de acordo com a necessidade de testemunho.

3.3 Sistema romano

3.3.1 Da monarquia

Nos primórdios, na cidade de Roma, a jurisdição se fazia pertencente ao Rei, a quem ficava incumbido de julgar unicamente, ou assistido. Tempos depois, era a atribuídas funções em alguns casos o processamento e julgamento aos duúnviros e questores Almeida Junior (1959, p.27).

Como é comum em procedimentos inquisitivos, o interrogatório do acusado constituía o ponto central do processo, uma vez que o réu não podia se negar a responder os questionamentos e da mesma forma ilimitada procedia-se quanto ao escrutínio das testemunhas.

3.3.2 Da republica

Com a expulsão dos reis, a jurisdição penal ficou incumbida ao Senado e ao povo, que podiam ser delegadas aos cônsules, a qual ficava adstrita as atribuições da polícia.

O primeiro ato processual praticado aqui era a acusação, a qual podia ser exercida por parte do povo (eram excluídos as mulheres, os menores, os magistrados, os caluniadores e os indigentes) Almeida Junior (1959, p. 32). Deveria dirigir-se ao pretor para formular a acusação, já que seria este que verificaria a ilicitude e a competência e que rejeitaria a acusação ou recebia.

Uma vez admitida, deveria o acusador caucionar o juízo (caução juratória – como promessa de prosseguir até o fim da sentença). Assim era fixada a data do comparecimento das partes frente aos juízes, uma formalidade.

No intervalo de tempo, o acusador fazia as investigações e os atos da instrução, como a notificação da testemunha. Ao acusado, era atribuído o direito de fiscalizar e seguir os atos, bem como assistir ao exame das testemunhas, interrogá-las e contraditá-las. Almeida Junior (1959, p. 33)

Em data de julgamento, principiava com a composição dos juízes do tribunal. A respeito, Almeida Junior (1959, p. 34):

“Nesse dia do julgamento, quando as partes compareciam, o processo principiava imediatamente. A primeira operação era a composição dos juízes do tribunal, isto é, a formação do tribunal. Esta formação podia ser feita de dois modos, *per editionem* ou *per sortitionem*: a *editio*, que não tinha lugar senão em certos casos e que caiu logo em desuso, deixava ao acusador o cuidado de propor os juízes (*edebat iudice*) tirados da lista geral, em número duplo do necessário para o julgamento e dos quais o acusado podia recusar metade; a *sortitio*, que substituiu quase geralmente a *editio*, consistia em lançar em uma urna os nomes dos juízes da lista anual, *nomina iudicum selectorum*, e tirar à sorte um número igual aos que deviam compor o tribunal, sendo que o acusador e o acusado tinham o direito de recusar, com o simples *hunc nolo*, isto é, sem dar motivo, até esgotar-se a lista, procedendo –se, no caso de não se ter formado o número para o tribunal, a uma *subsortitio*. O número dos juízes para compor o tribunal não era invariável; mas nunca passou de setenta e cinco. “

Em primeiro, falava o acusador, expondo fatos e provas. O acusado, a *posteriori* defendia a ele próprio. Mais tarde, passou-se a utilizar defensores. Não havia previsão de réplica, nem ao menos tréplica.

Em seguida, vinham as provas, que se perfaziam em três espécies: *tabulce*, *testes et questiones*, isto é, escritos, testemunhas e tormentas.

Com a produção, era anunciado ao pronunciamento dos magistrados. A eles, eram entregues pequenas tabuletas com a letra A, que indicava a absolvição, outra com a letra C que indicava a condenação e uma última com as letras N.L. de *non liquet*. Almeida Junior (1959, p. 34).

Non liquet vem latim “não está claro”. Assim, quando um juiz levantava esta tabuleta, era como um pedido uma declaração de reenvio para novo julgamento, por não se sentir apto a julgar aquela causa, por entender necessária mais informação.

Para que o julgamento ocorresse, uma das três tabuletas deveria ser reunida na maioria absoluta. Depois de verificadas eram publicas.

3.3.3 Do império romano

Com a queda da República, o direito de acusação foi mantido. Porém, foi restringida pela lei, no tocante a manutenção de duas acusações conjuntas obstaculizando o testemunho de parentes e afins.

Aos agentes policiais eram delegadas as funções de percorrer todo o território para investigação dos crimes, apreensão e interrogação do indiciado, bem como colheita de esclarecimentos e diligências de busca e apreensão, reduzindo ao fim a escritos e encaminha-los a autoridade competente.

No século V principiava as formas canônicas no processo penal. A instrução passou a ser puramente escrita; a ausência do acusado culminava ao não julgamento quando se se trata de penas gravosas, tendo as autoridades que tomar medidas para conservação das provas do crime.

3.4 Do Sistema Português

3.4.1 Reino português

Em 1139, quando o então Príncipe D. Afonso Henrique se fez aclamar rei, encontrou justiça senhoriais, determinando que os Alcaldes dos Mouros

repousassem seus julgados, bem como seus direitos, usos e costumes. Almeida Junior (1959, p.66).

Oficialmente o reino continua a se governar pelas leis do Código Visigótico, então legislação geral de todas as vilas e cidades vão estabelecendo as normas pelas quais se regularão. Assiste-se a um florescimento do direito consuetudinário em detrimento da lei escrita.

Os forais, que eram cartas que constituíam os municípios bem como os códigos de regulamentação do direito público local, regulamentavam também a jurisdição, a organização do poder de justiça, além de reafirmar os costumes. Nestas, havia a previsão das garantias individuais, embora limitadas.

A frente disto, o princípio da acusação por clamor e o princípio da plenitude da defesa, do julgamento por homens bons sempre prevaleceram.

Ainda sobre as formas de processo, é possível dizer que a ação penal naquele tempo era proposta de duas formas : *Sine Rancura* ou *Cum Rancura* (sem ou com gritaria) . Ação com gritaria (ou *cum rancura*) se perfazia quando o réu era apreendido em flagrante delito: deveria o acusador levar o corpo de delito ao juízo sob aclamações, gritos. Era exigida testemunha: *et rancuroso non valet sua quaerimonia sine testemotio bonorum hominum* (ALMEIDA JUNIOR, 1959, p.69)

É das *quaerimonias* que surge a querela, o que hoje para nós é queixa. Ficava o querelante ou declarante incumbido de provar todos os fatos criminosos imputados ao acusado. Quando não podia fazer por ausência de testemunho ou instrumento, deveria se submeter a uma prova denominada de prova do combate judiciário. Porém, tal prova parou de existir e passou a ser aplicado aqueles que imputassem falsamente, penas.

As ações sem gritaria, por sua vez, eram propostas quando não havia flagrante delito. Podiam ser diretas ou indiretas. As diretas eram procedidas pelo juiz através das testemunhas instrumentos. Falava-se em ação *sine rancura* indireta quando fosse decidida em juízo através do combate judiciário ou pelo juízos de Deus, bem como os juramentos purgatórios . Os forais de Pombal e de Zefere, proibiram o combate judiciário e o juízos de Deus.

Todo o depoimento era público e oral. A defesa era realizada por intermédio de um procurador, a qual realizaria a defesa e poderia ainda apelar.

Mais tarde, as querelas passaram a ser escritas, sem mais o clamor. Eram autenticadas pelos tabeliões.

Além disto, a citação já estava presente no processo. Era realizada com o sinal do juiz, regulamentado pelo foral e Soure.

Passados séculos, D. Afonso IV sucedeu Dom Pedro I, onde restringiu os tormentos. Assim como o combate judiciário e o juízos de Deus, foi substituído pelo sistema da inquisição dos homens bons, ou pelo inquérito que com o passar foi se tornando forma de instrução ordinária nos processos, sendo que as testemunhas deixaram de depor em audiências públicas para depor de frente ao delegado.

O inquérito, o propriamente dito, que era uma inquirição que exigia a presença do acusado. Porém, havia também as Devassas, que era a inquirição que permitia o prosseguimento *ex-officio*, sem a participação do acusado.

Debruçado sobre isso, discorre J.M. de Almeida Junior, 1959, p. 102:

Havia o *inquérito propriamente dito* e a *devassa*: o inquérito era uma inquirição que exigia a presença do acusado; *devassa* era a inquisição feita *ex-officio* e sem o concurso do acusado. Foi a inquirição *devassa* que, favorecendo os progressos do processo secreto e o procedimento das justiças, dispensado o concurso das partes, tornou-se depois o instrumento de todo o processo criminal *ex-officio*.

Nos forais também, foi introduzida a denúncia, oportunizando as partes intervir, quebrando com concentração que se achava em poder do magistrado.

3.4.2 Das ordenações afonsinas

Os forais, costumes e usos eram as leis que regiam Portugal. Almeida Junior (1959, p. 109) O passar dos anos e seu sortimento, fazia necessário a elaboração de um código próprio. A D. João I foi sugerida uma compilação dessas normas, devendo ser reformadas.

Aqui, o processo penal era sinônimo de pecado; envolvia o pecado. Era recorrível ao Direito Canônico. Tanto que se desenvolvia como tal: denuncia inquirição ou acusação (acusação esta que se dava pelas querelas, já citadas acima).

O auto de querela possuía formalidades. Tinha que ter juramento, nomeação de testemunhas (deviam ser duas ou três). Citado, procedia ao interrogatório do acusado, onde poderia este se quisesse confessar ou negar. Com o fim, dava-se o termo.

A ordenação afonsina trazia em seu texto L. I tit. VII §§ 4º, 5º e 6º, o discorrido:

Mandamos aos ditos Ouvidores, que cada huú Ouvidor traga seu sacco, de linho ou de coiro, em que tragua ditos feitos. Bem ensinados devem ser os Ouvidores, segundo a regra que lhes atáa ora foi dada, como ajam de ver e assomar os feitos, pero por se nom alleguar ignorância, tenha esta maneira: o primeiro começo delle ataa fora nom leixe delle termo, nim cousa que nom veja, e em o vendo, vaa cotando cada huu ponto, para depois quando o assomar, ou fazer relação, poder hir mais ligeiro ao mostrar, e achar: assy como Onde foi dada a querela, poer em direito do começo dela – querela; e se for jurada, poer em direito desse lugar- jurada; e se forem nomeadas testemunhas, poer em direito dellas- testemunhas, e, enfim, poer no cotamento-perfeita. E se for denunciação sem juramento e sem testemunhas, ou com testemunhas e sem juramento assim o ponha na cotafalece tal cousa, segundo o feito fôr; E d'hi hir cotando per o libelo, e conclusom e constestaçom, segundo fôr, e artigos, se dados forem, poendo a cada hu a nota – um, dous, três, quatro, etc. E se hi ouver artigos contrários, ou de repicaçom, assi o poer. E se hi ouver confissões, ou depoimento da parte, assi o poer, e ver a confissom ou deposiçom com o artigo; e sobre o que confessado for nom dar aa parte encarreguo da prova, e poello de fora quando vir o feito, poendo em hua folha de papel, tal artigo se prova por confissom, e sobre os que negados forem veja a inquiriçom (...)

Quem estabeleceu a ordem no processo ordinário foi D. Afonso V. Uma vez preso, o réu não poderia ser solto sem que a acusação fosse citada. Com a citação, o acusador apresentava suas peças de defesas juntamente com a afirmação ou não de cometimento do fato criminoso. Sendo a negativa, expunha suas razões, bem como trazia suas testemunhas que não podiam exceder o número de trinta cada parte. Em caso de confissão, o juiz julgava pelo merecimento. Ao fim, arrazoavam finalmente. Ao juiz ficava facultado fazer perguntas ex-officio, procedendo-se pela sentença.

Cabia apelação, devendo haver nova oitiva de testemunha.

3.4.3 As ordenações manuelinas

D. Manuel, sucessor de D. João II, em 1521 promulgou as Ordenações Manuelinas, posteriormente denominadas de juizes de fora. Reformou os forais.

Os processos aqui, já não eram iniciados mais aqui pelo clamor, mas sim pelas querelas, pelas denuncias ou inquirições devassas. A formalidade já era mais presente.

Em casos de relevância em que o réu era ausente, ou quando ali, a pena era suscetível de confiscação, se sequestrava os bens. Já se falava em medidas preventivas.

3.4.4 As ordenações filipinas

As Ordenações Filipinas seguiram as matérias das Ordenações Manuelinas, sendo acrescentadas em leis posteriores. São poucas alterações. Formaram-se um compilado. O principal ponto se deu em relação ao processo criminal.

Houve a aparição do processo sumário. Este se dava quando se tinha crimes leves. Admitia defesa em termo breve, não se fazia necessário sequer as testemunhas, bastava o mesmo.

Trouxe a previsão de recursos ordinários, como o agravo, bem como o extraordinário que era a revista por graça ou concessão régia.

Sobre as provas a obscuridade se deu por conta da volta dos tormentos que durante séculos foi extinto. Tratavam –se de perguntas judiciais, a fim de compelir ao réu em dizer a verdade através da tortura. Somente a autoridade judiciária possuía competência para o uso deste meio de prova. Para os romanos, eram denominados de quesitio.

4. SISTEMA PROBATÓRIO BRASILEIRO

Passamos a estudar a evolução do processo penal brasileiro e sua forma probatória.

4.1 Brasil Colonial

Descoberto no ano de 1500, o Brasil só teve sua colonização no século XVI, quando era reinado por D. João III .

Tempos mais tarde, o Alvara de 1809 criou e delimitou as comarcas, distribuindo ainda as competências por vilas, dividindo e atribuindo funções ao juízo ordinário.

4.2 Brasil Reino

Em 1815 o Brasil foi elevado a Reino. Com a continuidade no movimento separatista da justiça por parte do Príncipe D. Pedro de Alcântara, acabou se dando a independência política.

Ao regime processual, aplicavam se as bases constantes na Constituição da Monarquia Portuguesa. Com a independência, separou-se por completo a jurisdição.

4.3 Constituição do Império

Promulgada em 25 de março de 1834, a Constituição Política do Império, previa inúmeras garantias ao cidadão brasileiro. Entre elas, princípios já conhecidos por nós, como o do “*Nemo tenetur se detegere*” (da não auto incriminação), liberdade de locomoção, de expressão, asilo inviolável, presunção de inocência, entre outros.

Neste diploma, o corpo de delito seria realizado de acordo com este. O indiciado tinha que ser levado a interrogatório, presentes os fatos e testemunhas, tendo este que editar o resultado do mesmo.

Poderia ser arrolada de duas a três testemunhas de cada parte, podendo o réu questionar as testemunhas a respeito de seus depoimentos. A acusação deveria ser necessariamente escrita. A formalidade se fazia requisito essencial para a composição.

Nos crimes políticos, se procedia de auto de corpo de delito, e inquirição posteriormente de duas testemunhas, que poderiam chegar a cinco, para conhecimento daquele que delinque.

4.4 O Primeiro Código de Processo Criminal Brasileiro e Seu Sistema de Prova

O Código de processo criminal, assim denominado àquele tempo, modificou as formas de procedimento que se tinha noção. As devassas eu já tinha sido abolidas em Portugal, bem como as querelas e denuncia à forma das Ordenações haviam sido excluídas. As querelas deram lugares às queixas a qual passou a competir única exclusivamente ao ofendido. A denúncia se tornou instrumento atribuído ao ministério público para ingresso nas ações penais.

Corpo de delito e interrogatório deveriam observar os dispostos na lei.

Com a Proclamação da República, um novo marco, um novo diploma. Surgia mais uma magna carta. Desta vez, republicana, a qual trouxe novos princípios constitucionais e direitos individuais à época, como: ampla defesa e contraditório, sigilo de correspondência, individualização, transcendência, vedação a pena de morte e perpétua, previsão de habeas corpus...

4.5 Atual Diploma Processual Penal e a Constituição de 1988

O atual Código de Processo Penal seguiu em pontos o que já trazia o anterior sistema, como por exemplo, o inquérito como instrução provisória. Almeida Junior (1959, p. 222)

Para alguns um processo como mecanismo de coerção. Segundo Renata Moura Tupinambá:

No ano de 1941, em meio a restrições às liberdades individuais, adveio o Código de Processo Penal, trazendo consigo os traços de um regime totalitário. Em suas disposições, ficou evidente o intuito de tornar mais dócil a administração do regime por meio de providências capazes de coibir quaisquer comportamentos adversos. O que deveria ser um instrumento de proteção da sociedade dos abusos estatais nasceu para perseguir a condenação a qualquer custo.

Marco Antonio de Barros, (2010, p.97), em sua passagem nos mostra que houve a intenção de repressão:

Outra alteração fortemente impregnada pelo Código de Processo Penal promulgado por Getúlio Vargas, foi sentida nas garantias processuais que os acusados em geral haviam conquistado na legislação anterior. Os objetivos que o governo visava alcançar com o código eram totalmente claros: maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os delinquentes. Essa nova sistemática inspirou-se na escola positiva, sustentada por ideias de uma corrente doutrinária que surgiu em fins do século XIX e predominou no começo do século XX, ideologicamente centrada na repressão dos criminosos como medida de defesa social, sendo que no plano do direito processual penal, a busca pela verdade passou a ser escopo específico do processo.

As provas neste processo passaram a ser relativas, podendo o juiz formar sua livre convicção. Conferiu a este, além disto, meio de obtenção de provas complementares durante a instrução, devendo este ter participação efetiva na colheita e exame do contexto probatório.

Quarenta anos mais tarde se promulgavam nossa magna carta. A constituição mãe. Aquela que muitos dizem ser generosa. Também há de se contextualizar. A Constituição da República Federativa do Brasil, veio para assegurar todos os direitos que haviam sido lesados durante o duro período de ditadura militar.

Todos os direitos suprimidos naquela anterior quer que seja por falta de previsão ou por falta de rigor, está assegurado.

Para nosso estudo, vale ressaltar que a CRFB/88 elevou ao patamar de direitos fundamentais os princípios basilares de nosso processo pena (que veremos no próximo capítulo).

Em decorrência, houve uma transição onde um processo que era mecanismo de repressão e coerção passou a ser um processo extremamente garantista, onde coloca em seu topo a vida, a liberdade e a inviolabilidade.

Na busca da verdade real, conseguimos ver importantes mudanças ligadas à elevação e a transição, como a preservação da integridade física e moral. Como observamos nos tópicos anteriores, durante toda a história se aplicavam tormentos, juízos de Deus, debate judiciários. Provas degradantes que levavam a tortura do indivíduo até sua condenação. A repulsa trazida pelo nosso atual ordenamento foi no sentido de prestigiar o supra princípio mais importante da legislação: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ainda sobre isto, Marco Antonio de Barros (2010, p. 100):

Tão manifesta é a repulsa que se faz ao emprego de meio agressivo contrário aos direitos humanos, especialmente quando se queira utilizá-lo com o objetivo de facilitar o descobrimento da verdade, que se incluiu, no capítulo dos direitos e deveres, a garantia fundamental de que “ninguém será submetido a tortura ou tratamento degradante. Com tal preceito o Brasil deu um grande passo no sentido de cumprir o compromisso assumido perante a Assembleia-Geral das Nações Unidas, em sua XL sessão, realizada em Nova York, em 10.12.1984, na qual ficou estabelecida a “Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes”.

Além disto, a vedação a tortura em nosso ordenamento jurídico, se fez a uma tipificação penal. Na mesma monta, prestigiou a tipificação dando a classificação de crime inafiançável.

Ou seja, nosso novo sistema quis eliminar quaisquer resquícios de herança Lusitânia na busca da verdade e desenvolvimento do processo.

Ao desenvolvimento justo e compassivo do processo penal, Marco Antonio Barros (2010, p. 102) dispõe:

Segundo o professor Charles D. Cole, esse dogma constitucional possui suas remotas raízes fincadas na ideia que se criou a partir do princípio hebreu de que “a justiça requer uma lei justa e compassiva”. Inspirando-se na cláusula do *due process of law* do direito anglo-americano, o legislador pátrio inseriu referido preceito na Constituição federal de 1988, do qual podemos abstrair um significado abrangente, isto é, mais amplo que o universo das garantias fundamentais já mencionadas, pois o princípio do devido processo legal vai de encontro à obediência de outras regras que formam o Direito Positivo.

Assim, ainda que em seu direito de punir, deveria o Estado observar as normas e preceitos constitucionais que formam o devido processo legal.

4.6 Princípios Constitucionais

Como visto anteriormente, o nosso Código de Processo Penal ganhou importantes alterações com a Magna Carta brasileira de 1988. Isto, pois, dado os Princípios Constitucionais (àqueles tido como norte, ou mandamento base, para aplicação de determinada norma jurídica), tal regulamentação violava frontalmente estes. Ora, estávamos em um período de repressão, onde diversas garantias não existiam. Com o garantismo promovido pela nova Constituição, fez-se necessária a mudança para a compatibilização.

Para Maurício Lopes (2000, p.123), os princípios fundamentais seriam àqueles:

Princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constitui um importante fundamento para a interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Sob a óptica do renomado Cândido Dinamarco (2001, p.30), é normal e natural que:

(...) Como instrumento, o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o Pálio constitucional.

Pode-se dizer em suma, que tais princípios derivam-se do Estado Democrático de Direito, previsto na redação do Preâmbulo da mesma carta, com instituição feita pela Assembleia Constituinte.

Assim se dá o enunciado do preâmbulo:

In verbis:

Nós, representante do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-

estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos (...) (Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

E ainda, podemos ver a definição de Estado de Direito segundo concepção do ilustríssimo Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1972, p.34)

Traduz o Estado de direito a experiência imemorial de que o Poder tende ao abuso, e que este só é evitado, ou, ao menos, dificultado, quando o próprio Estado obedece à lei e está enquadrado num estatuto jurídico a ele superior. O Estado se subordina ao Direito através de uma Constituição rígida, ou seja, de uma Constituição que não pode validamente ser modificada a não ser por um processo especial, nela própria previsto, sempre mais difícil que o de elaboração da legislação ordinária, que o organizaria ao mesmo tempo que limitaria os poderes de seus órgãos, salvaguardando as liberdades, os direitos do homem. Estrutura-se o Estado de Direito em duas bases: a legalidade e o controle judiciário.

Destarte, fica evidenciado que os princípios constitucionais decorrem naturalmente desta forma Democrática.

Veremos abaixo os principais princípios constitucionais acerca das alterações envolvendo a matéria probatória.

4.6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Considerado como supra princípio ou princípio mor na atualidade, a dignidade de pessoa humana vem como o ponto de partida para os demais princípios e normas que asseguram o Estado Democrático de Direito e as decorrentes garantias e liberdades constitucionais.

Ressalta-se que, este princípio surgiu com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a restauração das nações, onde com primazia deveria haver a pacificação entre estas. A despeito da descrição deste momento, Jesus Gonzalez Perez (1986, p.30) profere:

Así se declaraba por los Estados reunidos na Conferencia de San Francisco de 1945, al aprobar la resolución de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra (...) (...) la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidade y el valor de persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, e de las naciones grande e pequenas.

Assim sendo, o reconhecimento e conseqüente proteção dos direitos fundamentais, teve como marco inicial a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

O Brasil, sendo signatário das Nações Unidas, trouxe no enunciado de seu primeiro artigo da Constituição Federativa, a previsão do aludido princípio. Vejamos:

In Verbis:

Artigo 1º A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; **III – a dignidade da pessoa humana;** IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político (...). (art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

Desta maneira, os representantes do povo na constituinte, introduziu este princípio como mandamento nuclear- como o centro – irradiando-se pelo ordenamento jurídico, e pela interpretação e compreensão de todo o sistema.

Nesta mesma linha, àquele constituinte que deu a dignidade da pessoa humana status de fundamento, também o positivou, em um rol de garantias e liberdades fundamentais, tornando este rol, elencado no artigo quinto da Carta Constitucional, cláusula pétrea. Ou seja, além de tornar efetivo direito, deu a estes direitos proteções máximas, não podendo ser suprimidos sequer por emenda constitucional (processo de alteração da Constituição).

No tocante a matéria da prova, o princípio da dignidade da pessoa humana veio a vedar toda prova degradante ao acusado, como a vedação das ordálias, vedação de qualquer tortura para obtenção da prova, a vedação a não autoincriminação entre outras formas de obtenção de provas consideradas ilícitas que estudaremos nos demais princípios abaixo descritos.

4.6.2 Princípio da legalidade

Um dos desdobramentos do Estado de Direito e do Princípio da dignidade da pessoa humana é justamente o princípio da legalidade. Ora, prevendo estes a limitação do Poder estatal, ficam delineados uma série requisitos a serem

obedecidos pelo Estado, entre eles a restrição da atuação deste fora dos ditames previstos em lei.

Assim, compreende-se o princípio da legalidade, segundo o artigo 29 II da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

In verbis:

II - No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.” (art. 29 II da Declaração Universal dos Direitos Humanos).

Ainda, nossa Carta Máxima consagrou este princípio em seu artigo 5º inciso II que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º II Constituição da República Federativa do Brasil 1988).

Ou seja, tal princípio trata-se de garantia constitucional, que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro, evitando assim qualquer tipo de autoritarismo e abuso por parte do Estado.

Sob essa óptica, as provas determinadas a produção, devem encontrar fundamento em lei. Assim, se estas não obedecerem ao que fora delineado pelo legislador, colidirá com tal princípio.

4.6.3 Princípio do devido processo legal

Como complemento do princípio acima mencionado, o princípio do devido processo legal, também se compreende em uma garantia constitucional. Aliás, uma das garantias fundamentais ao processo. Este princípio encontra referência à obediência de outras normas que constituem o direito positivo.

A Constituição assim o prevê em seu artigo 5º inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º LIV Constituição República Federativa do Brasil de 1988).

Desta forma o devido processo legal assegura outras garantias, para o funcionamento e o desenvolvimento justo.

Muitos autores referem a origem deste princípio na ideia de um princípio hebreu que previa que a justiça requer uma lei justa e compassiva, e inspiração cláusula *due process of law* daquele denominado de Direito anglo-americano..

4.6.3.1 Não autoincriminação

Segundo o princípio do *nemo tenetur se detegere* – ninguém é obrigado a se autoacusar, que é desdobramento do princípio do devido processo legal, é inaceitável a produção de provas contrárias ao seu interesse, ressalvadas as hipóteses trazidas por lei (princípio da legalidade) que não tragam qualquer afetação ao direito deste.

Dispõe Eugênio Pacelli (2019, p. 46) o fundamento do princípio da não autoincriminação:

A regra da não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária, ressalvadas as hipóteses previstas em leis e não invasivas da integridade física e psíquica do agente, decorre, além do próprio sistema de garantias e franquias públicas instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa prevista no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (...)

Assim, além da previsão trazida pelo constituinte, também teve fulcro no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Ou seja, tem como base as principais cartas garantidoras de direitos fundamentais.

O Direito ao silêncio que compõe este princípio tem devida e expressa seguridade na Carta Constitucional - *in verbis*: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)” (art. 5º LXIII Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

De igual forma, entende-se que esta previsão estende-se aos demais direitos da não obrigatoriedade de produção de provas contra si mesmo, já que se trata de cláusula geral a primeira parte, seguida por uma casuística, que trata de uma das hipóteses de não autoincriminação.

Ora, assim sendo, provas obtidas em caráter compulsório, serão consideradas ilícitas e nulas de pleno direito, ou pelos menos deveria ser assim.

4.6.3.2 Contraditório

Como um dos princípios de tamanha relevância, o princípio do contraditório remonta a garantia de participação dos sujeitos a todos os atos processuais, bem como igual oportunidade entre eles, para assim, haver um livre convencimento motivado do juiz de forma justa.

O Contraditório, em outras palavras, busca a paridade de armas, uma efetiva igualdade processual, no sentido de que, se possa responder a um ato contrário na mesma intensidade e extensão.

Este princípio, como já dito, tem tamanha relevância quanto ao processo penal, já que se trata de um requisito de validade, ao passo que, a inobservância deste pode ensejar em nulidade absoluta.

A respeito deste princípio, esclarece Eugênio Pacelli (2019, p. 47):

(...) O contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado (...),

Continuando a discorrer (p.48):

“(...) O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidariamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal (...)”

Assim, o contraditório é mecanismo de proteção a igualdade de oportunidade, bem como método de conhecimento (PACELLI, 2019, p. 48). Conhecimento, porque a afirmação e a negação formara de maneira completa, uma estrutura dita dialética, que se aproveitará ao convencimento judicial.

4.6.3.3 Ampla defesa

Ampla defesa é mais uma das garantias previstas pelo constituinte na redação do artigo 5º da Carta Máxima de 1998, esta por sua vez, no inciso LV dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º LV Constituição da República Federativa de 1988)

Nessa perspectiva, podemos ver a ampla defesa como a possibilidade de o réu produzir assim como a acusação, sendo este cientificado do completo teor da acusação, participando de todos os atos processuais, sendo representado por um defensor técnico.

O direito de defesa decorrente do princípio do devido processo legal é fundamental ao desenvolvimento do processo. A não obediência a este direito pode acarretar em nulidade.

Para Guilherme de Sousa Nucci (2011, p.86):

Ao réu é concedido o direito de valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados valendo-se de informações e dados de todas as fontes as quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura de vida pela força estatal (...)

Complementando tal pensamento, Ruy Barbosa Marinho Ferreira (2011, p.44) conclama:

Ao falar se de princípio da ampla defesa, na verdade esta se falando dos meios para isso necessários, dentre eles, assegurar o acesso aos autos, possibilitar a apresentação de razões e documentos, produzir provas documentais ou periciais e conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida. O direito a ampla defesa impõe à autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios jurídicos incidente sobre o processo. A garantia constitucional a ampla defesa contempla a necessidade de defesa técnica no processo, visando à paridade de armas entre as partes e, assim, evitar o desequilíbrio processual, possível gerador de desigualdades e justiça.

Portanto, a ampla defesa constitui em um direito de reequilíbrio do processo, na forma de que, o que for atribuído a acusação, tem de ser resguardado a defesa.

Assim, para o Professor Fernando Capez (2013, p. 65 e 66):

Deste princípio também decore a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. Assim, qualquer que seja a situação de que dê ensejo a que, no processo penal, o Ministério Público se manifeste depois da defesa (salvo é óbvio, nas hipóteses na contrarrazões de recursos, de sustentação oral, ou de manifestações de procuradores de justiça em segunda instância) obriga, sempre, que seja aberta vista dos autos à defensoria do acusado para que possa exercer seu direito de defesa na amplitude que a lei consagra. O Pacto Internacional de Direito Civil e Político em seu art. 14. 3, d, assegura a toda a pessoa acusada de infração penal o direito de se defender pessoalmente e por meio de um defensor constituído ou nomeado pela justiça quando lhe faltarem recurso suficiente para contratar algum (...).

Aqui podemos ver como esta garantia está interligada a garantia acima abordada. Ora, se o contraditório nada mais é do que a efetiva participação dos sujeitos nos atos do processo, sendo dada a eles paridade de armas, a ampla defesa vem por consagrar de forma plena a igualdade e o poder de valer-se da defesa, como método de levar ao judiciário a busca da verdade real.

4.6.4 Inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente

Sendo um importante princípio e garantia constitucional trasladada para o processo penal, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas visa primordialmente à proteção do indivíduo em face das atividades arbitrárias do Poder Público.

. A prova tem por objetivo dar ao magistrado a verdade dos fatos, ou ao menos indícios de verossimilhança, elucidando quaisquer dúvidas.

Desta forma, se o direito de defesa busca dar àquele que se imputa a prática de um ilícito uma oportunidade de participação e influência no desenvolvimento e decisão do processo, seria evidente que para a plenitude desta fosse atribuído ao indivíduo o direito a produção de provas.

Ora, como já esclarecido acima, o devido processo legal estabelece alguns ditames para que um processo tenha plena validade, sendo um deles o

contraditório – ou a paridade de armas, tendo assim a acusação também direito à prova. Porém, é bem compreensível e visível, que nosso processo penal, insere a favor da acusação diversos modos persecutórios, como a interceptação telefônica, a busca e apreensão, prisões cautelares e medidas cautelares, fazendo-se necessário, em favor a própria ampla defesa e contraditório, que seja reequilibrada a “balança” processual, por meio de restrições. Assim, a restrição de maior relevância neste aspecto, é justamente a obtenção de provas por meios ilícitos.

A nossa Carta Federal, assegura em seu artigo 5º inciso LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (art. 5º LVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Tal previsão é evidentemente decorrida do Estado de Direito.

Segundo entendimento de Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p.44), compreende-se em prova ilícita:

(...) Prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros (...).

Neste sentido, a busca e produção de provas devem respeitar os ditames legais, compreendendo aqui, o princípio da legalidade, que já abordamos. Assim, a inobservância do que é redigido pela legislação, acarreta na consequente ilicitude desta.

Ainda, podemos suscitar o ensinamento de Marcos Antonio de Barros (2002, p. 173):

(...) Sobressai disso uma nova linha delimitadora, de alcance superior, inspiradora sob a reflexão de que o “modo de agir não pode valer mais que o resultado” (PELEGRINI, p. 107), fazendo prevalecer o entendimento de que os fins não justificam os meios. Essa nova sistemática nos faz distanciar ainda mais do antigo Direito, que como vimos, compactuava até com as formas cruéis de produção de prova. (...) ‘(...) Toda prova que contenha essa mácula deve ser rejeitada pelo julgador, pois ela contraria a honestidade de que se revestir o ato jurisdicional e, além disso, fere a moralidade pública ínsita ao Poder Judiciário.

Desta maneira, as provas assim obtidas, devem ser – ou pelo menos deveriam ser - desentranhadas do processo, já que o juiz está impedido de sobrepor-se à lei (BARROS, 2002, p. 172), já que é passível de descobertas da verdade por outros meios de execução.

5. TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS – PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE E SUA APLICABILIDADE NOS PROCESSOS DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

Seguindo a linha do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, podemos enfatizar aqui o tema deste trabalho. Ora a teoria do encontro fortuito de provas ou Princípio da Serendipidade, enquadra-se *a priori*, como prova ilícita, sendo uma hipótese de aplicação da vedação constitucional acima abordada.

Tem-se como encontro fortuito de provas a obtenção de prova de um ilícito, através de uma busca legitimada de prova de crime diverso.

Há que se falar aqui também, que a Serendipidade é classificada pela doutrina e pela jurisprudência em dois graus: a Serendipidade de primeiro grau e a Serendipidade de segundo grau.

A Serendipidade de primeiro grau diz respeito a conexão ou continência do crime encontrado fortuitamente com aquele que a diligência de investigação foi autorizada.

Por sua vez, a Serendipidade de segundo grau, refere-se à ausência de continência e conexão da infração penal achada com aquela em que se buscava por intermédio de investigação legalmente válida.

Veremos abaixo, que existia certa discussão quanto à admissibilidade de uma e de outra, mas que os tribunais já possuem uma linha de decisão. Mas além da admissibilidade, precisamos verificar se há ou não compatibilização desta com o nosso sistema.

Ora, tal prova seria considerada a luz de nossa Constituição Federal de 1988 e de nosso Código de Processo Penal como lícita ou ilícita? É sobre isso que discorreremos abaixo, a começar pela origem desta teoria.

5.1 Origem

A teoria do encontro fortuito de provas ou Serendipidade como denominado pela doutrina, vem da palavra inglesa *serendipity*, como sua tradução literal, extraída do conto persa, denominado de “Os três príncipes de Serendip”, pelo

escritor britânico Horace Walpole, em 1754, onde se faziam diversas descobertas fortuitas em suas aventuras.

Uma das primeiras decisões acerca do tema foi em 1976, pela Suprema Corte alemã, que admitiu o instituto em face das interceptações telefônicas. Para eles o encontro fortuito de provas se intitula de *Zufallsfunden*, que significa achados aleatórios. Após essa decisão, o direito espanhol também implementou ao seu processo penal a Serendipidade, denominada de *hallazgos fortuitos quer descubrimientos casuales*. E por fim, chegando ao Brasil em 2014, com a expressão utilizada pelo Ministro Alexandre de Moraes.

5.2 Direito comparado

Para uma melhor compreensão da teoria, iremos fazer uma passagem breve por alguns países e ver sua admissibilidade e fundamentação para a aplicação dela no processo penal.

5.2.1 Da aplicação no processo penal alemão

Como mencionado acima, a Suprema Corte alemã foi uma das primeiras a decidir acerca do tema, em 1976, admitindo a aplicação nas interceptações telefônicas. Deve-se explanar aqui, que a admissão de tais provas estão condicionadas a previsão do crime no StPO – o Código de Processo Penal Alemão.

Salienta-se aqui, que a teoria *Zufallsfunden* – ou dos achados aleatórios – está positivada no direito processo penal desde 1992, já que havia manifesta contradição entre as decisões da Suprema Corte e a a legislação interna a que dispunha a interceptação telefônica.

Atualmente tem aplicação mesmo que não haja entre o crime encontrado e aquele em que se há permissão para a realização da produção da prova, qualquer conexão ou continência, desde que estejam estes previstos no StPO.

5.2.2 Da aplicação no processo penal italiano

Por influência do direito germânico, o direito processual penal italiano admite figura da Serendipidade, quando indispensáveis para a investigação de delitos cujo seja obrigatória a prisão em flagrante, sendo permitido apenas, o primeiro grau desta teoria.

Tal rigor da norma processual penal advém das limitações impostas pela Constituição, que prevê assim como a nossa, a figura da interceptação telefônica somente de maneira excepcional e nos limites da lei que a permite,

5.2.3 Da aplicação no processo penal espanhol

Assim como no ordenamento jurídico brasileiro a teoria do encontro fortuito no direito espanhol não se encontra pacificada. Isto porque, no ordenamento jurídico espanhol, também não há um rol de crimes para que seja a autorizada a investigação por meio de investigações de interceptações telefônicas.

A respeito disso, acrescenta Flávia Cristina Trevizan (2013 p. 77):

Observa-se que o ordenamento jurídico espanhol, a exemplo do brasileiro, não prevê um catálogo de crimes que permitem a autorização de uma interceptação telefônica para a sua investigação. Aliás, sequer conta com um critério objetivo de limitação desse meio de obtenção de prova, assente numa regulamentação legal tão escassa que, na verdade, as indicações legais resumem-se praticamente à indicação da obrigatoriedade da medida de intervenção ser ordenada judicialmente.

Nesse sentido, a doutrina espanhola encara o tema, de maneira excepcionalíssima, tido seu caráter supressor de garantias, além da ausência de regulamentação específica acerca. Para a doutrina pátria espanhola, somente se justificaria a validação desta prova, a gravidade da infração penal e o sujeito passivo sob qual recairia a investigação.

Para Alfonso Serrano Maíllo (1996, p. 13 e 21) “*Son nulas las pruebas que se consiguen cuando durante las conversaciones se desprende la comisión de um delito distinto. En estos casos habrá que pedir al juez autorización para investigar el novo delito*”.

Ou seja, seria necessária uma ampliação da autorização judicial para a validade da descoberta do novo crime.

A jurisprudência espanhola tem seguido a linha de admitir a Serendipidade, quando o crime possuir conexão ou continência com aquele investigado, ou seja, a Serendipidade de primeiro grau, porém, obedecendo à linha de pensamento doutrinário: somente quando houver comunicado a autoridade judiciária assim que obtiver o conhecimento e esta, em ato conseqüente, autorizar a ampliação da autorização da investigação, fundada no princípio da especialidade e tendo como base para a restrição, a salvaguarda dos direitos fundamentais.

5.3 Da Introdução e Aplicação ao Processo Penal Brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, podemos dizer que a Serendipidade alcançou maior dimensão e maior repercussão a partir do ano de 2014. Isto, pois, em 2014 o Superior Tribunal de Justiça classificou em um dos seus julgados a Serendipidade em graus.

Tal classificação foi necessária, porque à época existia uma dúvida quanto à admissibilidade da Serendipidade de segundo grau, já que a de primeiro grau à tempos foi consagrada pela doutrina e jurisprudência como admissível.

Para uma parte considerável da doutrina, aqui podendo mencionar o Professor Luiz Flávio Gomes, a Serendipidade de segundo grau – aquela em que está ausente a conexão ou continência crime achado com aquele em que se buscava legalmente- apenas deveria ser admitido como *notitia criminis*, não podendo esta, ser valorada contra o réu, ou para condená-lo.

Porém, a jurisprudência consolidada dos Superiores Tribunais apontaram e apontam em sentido contrário, no sentido de admissão ainda que ausente a conexão e continência. O fundamento para esta aceitação, segundo o Ministro Alexandre de Moraes, que trouxe a expressão “crime achado”, no julgamento do HC 129678/SP, na data de treze de junho de dois mil e dezessete, é o de que uma vez presentes os requisitos constitucionais e legais, bem como a ausência de desvio de finalidade, não há que se falar em prova ilícita – informativo nº 869 do STF.

Antes a este julgamento, o Superior Tribunal de Justiça já havia julgado em outras ações penais nessa linha de pensamento (HC 197.044/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 23.09.2014 e o HC 187.189/SP, rel. Min. Og Fernandes, DJe 2308.2013).

Ainda, segundo o Ministro João Otávio de Noronha (APn 690/2015, p. 25) “ (...) a Serendipidade não pode ser interpretada como ilegal ou inconstitucional simplesmente porque o objeto da interceptação não era o fato posteriormente descoberto.”

Há que se falar que a jurisprudência também cita como dever funcional por parte das autoridades responsáveis pela investigação e interceptação telefônica a colheita e apuração daquele, ainda que não exista qualquer liame com os delitos originalmente investigados.

Podemos aqui também mencionar brevemente, já que será objeto do nosso próximo capítulo, a denominada operação lava jato, que *a priori* tinha como escopo a desarticulação de organizações criminosas cujos articuladores eram doleiros e que em uma investigação com autorizada e legalmente válida interceptação telefônica, descobriu-se a participação e envolvimento de figuras políticas e pessoas ligadas à elas.

Pois bem, faz-se necessário aqui, uma breve análise e consideração à legislação responsável por regulamentar a interceptação telefônica e sua compatibilização com a Constituição Federal de 1988 e com o nosso Código de Processo Penal.

5.3.1 Breves considerações acerca da interceptação telefônica no ordenamento jurídico pátrio

Como estudado no decorrer deste trabalho, a nossa Constituição Federal de 1988, com o objetivo de um Estado de Direito, e na contenção de toda a arbitrariedade e repressão que eram visíveis à época anterior, assegurou diversas garantias, visando reestabelecer uma igualdade entre as partes.

Uma das garantias tida como fundamental a luz da Constituição é o sigilo. Com previsão expressa da Carta Magna na redação de seu art. 5º inciso XII, esta, assegura a inviolabilidade de sigilo dos indivíduos incluindo a comunicação

telefônica, podendo está ser excepcionada por ordem judicial nas hipóteses estabelecidas em lei, para a investigação criminal ou instrução processual penal.

Pois bem.

A lei indicada pela Carta Máxima só adentrou em nosso ordenamento jurídico em 1996, com o advento da lei nº 9.296 que regulamentou as os ditames para a autorização da quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Esta lei prevê que para que haja a quebra do sigilo e consequente interceptação telefônica, primordialmente deve existir ordem judicial, como já era ordenado pela Constituição. Além disto, exige-se que a ordem judicial deve descrever com clareza a situação do objeto, do meio a ser empregado e a qualificação daqueles sob o qual recairá a quebra do sigilo telefônico (salvo manifesta impossibilidade, que deverá ser devidamente justificada), devendo ser motivada, sob pena de nulidade.

Ademais, só há que se falar em interceptação legal, quando não houver outra maneira de se provar, houver indícios suficientes de autoria ou participação penal e o fato investigado constituir infração penal, punida com pena de reclusão.

A lei ainda dispõe que, aquela gravação que não interessar a prova, terá de ser inutilizada.

Ou seja, a lei respeitou às diretrizes constitucionais tratando de maneira excepcionalíssima as interceptações telefônicas, sob pena de nulidade da prova constituída.

Fica clara e evidente ao ler a redação da lei, que não há qualquer menção a crimes encontrados fortuitamente. Ora, pelo contrário. A lei refere a clareza e objetividade da autorização judicial, incluindo meios e qualificação do indivíduos sob os quais recaíra a quebra do sigilo telefônico. Desta forma, há que se criticar, com o devido respeito, a fundamentação dos Ilustríssimos Ministros de nossos Superiores Tribunais.

Porém, antes de inferir qualquer crítica, abordaremos o Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade, pois está intimamente ligado ao tema e as fundamentações dos julgados acerca do tema.

5.4 Princípio da Proporcionalidade /Razoabilidade

Consoante aos estudos dos Princípios Constitucionais, estes se tratam, além de preceitos norteadores, garantias fundamentais, já que foram positivados em nossa Principal Carta pelo legislador. Porém, sob a perspectiva da convivência social, fica claro que eventuais conflitos de interesses poderiam acontecer.

Assim, a chamada ponderação de interesses ou de bens é trazida ao campo normativo. Nestes casos, o critério hermenêutico se dá como fonte primária para a resolução do conflito estabelecido. Ou seja, fica a cargo do julgador, qual bem ou qual interesse deve prevalecer naquele caso concreto.

Para Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 61 e 62), se da à concepção da atual proporcionalidade:

(...) É, pois, dotada de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânico, correspondente a “uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados.

Essa concepção é complementada com o pensamento de parte da doutrina, no sentido de ser o princípio não positivado onde pode se mitigar as garantias individuais para manter o bem estar social e conseqüente proteção aos interesses públicos.

Ora, falamos em uma linha muito tênue, já que se trata de garantias constitucionais que poderão ser suprimidas de acordo com a interpretação daquele que representa o Estado-Juiz, podendo ocorrer, a tão temida e rebatida arbitrariedade, além, claro, da insegurança.

Na antiguidade já se falava em proporcionalidade, como o direito romano e a sua Jurisprudência de Valoração, no direito grego com a justiça vingativa talionica.

A jurisprudência alemã utiliza tal princípio para admitir, o aproveitamento de provas ilícitas, e em países como a França e Inglaterra, o princípio da proporcionalidade é previsto expressamente em lei, permitindo assim as provas ilícitas, sendo apenas punidos os responsáveis pela sua produção.

Para o direito norte-americano, embora quase absoluta a vedação a provas ilícitas, reconhece o princípio da proporcionalidade como um modo de

controle do Poder Público, valendo-se de outros diversos princípios para o afastamento da ilicitude da prova.

Sob estas ópticas, verifica-se a extensão do risco de estimular práticas claras de ilegitimidade, prestando-se a prova à acusação, passando por cima de expressa vedação legal, inclusive constitucional, sendo uma completa aberração.

Assim, apostar em um princípio cuja primazia seja a mitigação de garantias constitucionais, dado nosso histórico de repressão, sob o fundamento de proteção de interesse público e coletivo, deixando a carga do magistrado a sua interpretação é extremamente perigoso para o nosso próprio Estado de Direito.

5.5 Da (I) Licidade

Como já mencionado, a grande discussão que sempre ocorreu em face do tema, diz respeito à admissibilidade ou não da Serendipidade. Porém, a que se verificar antes de tudo, se há compatibilização desta com o ordenamento jurídico e principalmente a luz da constituição.

Pois bem.

A priori, não parece equivocado o pensamento doutrinário e jurisprudencial acerca da admissão. Ora, parece estranho que uma autoridade policial no bojo da investigação encontre um crime e nada possa fazer com aquela informação, ou que sirva apenas de *notitia criminis*. É anormal também, prever a prática do fato delituoso e nada poder fazer.

Mas, é necessário olhar além. Nossa Constituição Federativa de 1988 surgiu após um período de muito caos da nação. Processos arbitrários, sem qualquer segurança, sem qualquer direito, de extrema repressão aos cidadãos, levaram a previsão das garantias fundamentais constitucionais. É só voltarmos nossos olhos para nosso Código de Processo Penal, em sua redação original. Existia e podemos dizer que ainda há em sua redação, inúmeros meios da acusação fazer valer-se de seu papel acusatório. Foi necessário todo esse garantismo, para que pudéssemos obter um processo de igualdade de oportunidades, um processo onde o cidadão pudesse rebater e provar toda a acusação sobre ele.

É o caso do sigilo.

O sigilo é protegido tendo em vista diversos direitos e garantias envolvidos (além da sua garantia). O direito à intimidade, a privacidade, além do próprio direito ao contraditório, a ampla defesa. Todos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos brasileiros, que a constituição fez questão de positivizar.

É errôneo dizer que se trata de direito absoluto, é claro. Tanto que a Carta Magna mesma, excepciona hipóteses onde estes direitos podem ser flexibilizados. Desta forma, a excepcionalidade de mitigação ou supressão ao direito/garantia fundamental, é concedida, porém, devendo sempre obedecer aos ditames legais.

Assim, quando falamos em ilicitude da prova, não quer dizer que o direito constitucional seja absoluto e que nada possa o suprimir. Mas pelo contrário, que esse direito possa ser suprimido quando a constituição autorizar, e nos ditames que a lei autorizar. Ou seja, a Serendipidade pode ser considerada uma prova lícita, sem dúvidas. Porém, para que esta possa ser validada no campo Processual Penal, deve ela previsão e obediência ao ordenamento jurídico, assim como fez o Direito Alemão, o Direito Italiano. Todos positivados em sua legislação pátria.

Ou seja, embora falassem em Princípio da Proporcionalidade- ou razoabilidade- , como já citamos, é muito tênue a sua aplicação em relação a constituição, haja vista a sua ponderação depender da interpretação da figura judicial, podendo dessa maneira, incorrer em arbitrariedades, além de criar um precedente perigosíssimo, tendo por exemplo, a inclinação para supressão de todos os direitos em face da segurança social, o que seria talvez uma mera justificativa para os abusos do Poder, como já tivemos durante a história.

5.6 Julgados Acerca do Tema

Aqui, abre-se o espaço para algumas das decisões quanto a admissibilidade da Serendipidade de primeiro e de segundo grau.

Apelação do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com julgamento em oito de março de dois mil e treze:

APELAÇÃO CRIMINAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ART. 35 DA LEI 11.343/2006 – PRELIMINARES: ILICITUDE NO USO DA PROVA EMPRESTADA E IMPOSSIBILIDADE DE

UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE – REJEITADAS – EXISTÊNCIA DE CONEXÃO ENTRE OS CRIMES E IDENTIDADE DE PARTES – MÉRITO: PLEITO ABSOLUTÓRIO – INCABIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – ERRO NA DOSIMETRIA DA PENA EVIDENCIADO – REFORMA DO DECISUM NESSE PONTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.(TJ-BA - APL: 00948736220098050001 BA 0094873-62.2009.8.05.0001, Relator: Nilson Soares Castelo Branco, Data de Julgamento: 12/03/2013, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 08/03/2013)

Recurso em Habeas Corpus, Supremo Tribunal de Justiça, com julgamento de quatro de outubro de dois mil e dezesseis:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. OPERAÇÃO ASAFE. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA PELA AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE EMBASARAM A DENÚNCIA. DESNECESSIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO NO QUAL HOUE SERENDIPIDADE OU ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PRIMEIRA MEDIDA INVESTIGATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AMBIENTAIS. STJ É A AUTORIDADE COATORA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Não há violação ao princípio da ampla defesa a ausência das decisões que decretaram a quebra de sigilo telefônico em investigação originária, na qual de modo fortuito ou serendipidade se constatou a existência de indícios da prática de crime diverso do que se buscava, servindo os documentos juntados aos autos como mera notitia criminis, em razão da total independência e autonomia das investigações por não haver conexão delitiva. 2. O chamado fenômeno da serendipidade ou o encontro fortuito de provas - que se caracteriza pela descoberta de outros crimes ou sujeitos ativos em investigação com fim diverso - não acarreta qualquer nulidade ao inquérito que se sucede no foro competente, desde que remetidos os autos à instância competente tão logo verificado indícios em face da autoridade. 3. Eventuais insurgências em face de decisões proferidas pelo ministro (a) relator (a) de inquéritos que tramitaram perante a Corte Especial do STJ, devem ser submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal, face sua competência originária conforme art. 102, I, "i", CF. 4. Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. (RHC 60871 / MT, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS, 2015/0148144-1Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO (1159), Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento, 04/10/2016, Data da Publicação/Fonte DJe 17/10/2016).

Habeas Corpus, Supremo Tribunal Federal, julgamento em vinte e nove de março de dois mil e dezesseis:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES FISCAIS. QUADRILHA. CORRUPÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA ANÔNIMA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DE TRIBUTOS TIDOS COMO SONEGADOS. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal. 3. Apesar da jurisprudência desta Suprema Corte condicionar a persecução penal à existência do lançamento tributário definitivo (Súmula vinculante nº 24), o mesmo não ocorre quanto à investigação preliminar. 4. A validade da investigação não está condicionada ao resultado, mas à observância do devido processo legal. Se o emprego de método especial de investigação, como a interceptação telefônica, foi validamente autorizado, a descoberta fortuita, por ele propiciada, de outros crimes que não os inicialmente previstos não padece de vício, sendo as provas respectivas passíveis de ser consideradas e valoradas no processo penal. 5. Fato extintivo superveniente da obrigação tributária, como o pagamento ou o reconhecimento da invalidade do tributo, afeta a persecução penal pelos crimes contra a ordem tributária, mas não a imputação pelos demais delitos, como quadrilha e corrupção. 6. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão da ordem, em parte, de ofício. HC 106152 / MS - MATO GROSSO DO SUL
HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Julgamento: 29/03/2016, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 PUBLICAÇÃO 24/05/2016.

Habeas Corpus, Supremo Tribunal Federal, julgamento em treze de junho de dois mil e dezessete:

HABEAS CORPUS. “CRIME ACHADO”. ILICITUDE DA PROVA. REQUISITOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS ATENDIDOS. IMPROCEDÊNCIA. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA. IMPROCEDÊNCIA. 1. O “crime achado”, ou seja, a infração penal desconhecida e, portanto, até aquele momento não investigada, sempre deve ser cuidadosamente analisada para que não se relativize em excesso o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. A prova obtida mediante interceptação telefônica, quando referente a infração penal diversa da investigada, deve ser considerada lícita se presentes os requisitos constitucionais e legais. 2. A justa causa é exigência legal para o recebimento da denúncia, instauração e processamento da ação penal, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, e consubstancia-se pela somatória de três componentes essenciais: (a) TIPICIDADE (adequação de uma conduta fática a um tipo penal); (b) PUNIBILIDADE (além de típica, a conduta precisa ser punível, ou seja, não existir quaisquer das causas extintivas da punibilidade); e (c) VIABILIDADE (existência de fundados indícios de autoria). 3. Esses três componentes estão presentes na denúncia ofertada pelo Ministério Público, que, nos termos do artigo 41 do CPP, apontou a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime. 4. Habeas corpus denegado. HC 129678 / SP - SÃO PAULO, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a)

p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 13/06/2017
Órgão Julgador: Primeira Turma.

Agravo Regimental, Supremo Tribunal Federal, julgamento em trinta de outubro de dois mil e dezoito:

PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. INQUÉRITO POLICIAL. DECISÃO JUDICIAL. PRECLUSÃO LÓGICA E CONSUMATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA INQUISTIVA DO PROCEDIMENTO. PRECEDENTES. NULIDADE DAS PROVAS. INEXISTÊNCIA. ENCONTRO FORTUITO DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – Não se opera preclusão lógica e consumativa de decisão judicial no âmbito do inquérito policial, uma vez que este possui natureza inquisitiva, e não litigiosa. II – O encontro fortuito de provas não induz a sua nulidade, desde que lícitamente obtidas. III – A cooperação entre órgãos públicos afigura-se legítima, e até mesmo recomendável, quando há proteção de um mesmo bem jurídico, a lisura no trato da coisa pública. IV – A demonstração de prejuízo, de acordo com o art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta. V – Agravo regimental a que se nega provimento. (Pet 7794 / PB – PARAÍBA, PETIÇÃO Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 30/10/2018 Órgão Julgador: Segunda Turma.)

Agravo Regimental em Habeas Corpus, Supremo Tribunal Federal, julgamento em vinte e três de agosto de dois mil e dezenove:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. ARTIGO 317 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA NULIDADE PROCESSUAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SUPOSTA DESOBEDIÊNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 2º DA LEI 9.296/96. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO “PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF”. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O reconhecimento das nulidades alegadas pressupõe a comprovação do prejuízo, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, sendo descabida a sua presunção, no afã de se evitar um excessivo formalismo em prejuízo da adequada prestação jurisdicional. 2. Os elementos de prova colhidos de forma fortuita em interceptação telefônica válida são legítimos à luz da teoria da serendipidade. Precedentes: HC 129.678, Primeira Turma, relator p/ acórdão, min. Alexandre de Moraes, Dje de 18/8/2017; HC 106.152, Primeira Turma, rel. min. Rosa Weber, DJe de 24/5/2016. 3. A decisão judicial tem que ser fundamentada (artigo 93, IX, CF/88), ainda que sucintamente, sendo prescindível que o decisum se funde na tese suscitada pela parte. Precedentes: AI 783.503-AgR, Primeira Turma, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 16/9/2014; RE 724.151-AgR, Segunda Turma, rel. min. Cármen Lúcia, DJe de 28/10/2013. 4. O artigo 93, IX, da CF, resta observado diante da fundamentação clara e suficiente, embora sucinta, realizada pelo Tribunal de origem sobre a necessidade de se permitir a excepcional quebra do sigilo telefônico. 5. Na hipótese sub examine, a partir

de interceptações telefônicas destinadas a apurar possível comercialização de celas na cadeia pública de Foz do Iguaçu/PR, houve o encontro fortuito de indícios de participação do paciente em crimes tipificados no artigo 317 do Código Penal, o que ensejou a ampliação da quebra de sigilo telefônico, a fim de incluir o ora agravante. 6. In casu, o paciente restou condenado à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, em razão da prática, por duas vezes, do crime previsto no artigo 317, § 1º, do Código Penal. 7. O habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos. 8. O habeas corpus é insuscetível de ser manejado como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. 9. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe de 9/5/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma rel. min. Edson Fachin, DJe de 17/5/2016; RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, rel. min. Roberto Barroso, DJe de 1º/7/2015. 10. Agravo regimental desprovido. (HC 167550 AgR / PR – PARANÁ. AG.REG. NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 23/08/2019 . Órgão Julgador: Primeira Turma)

5.7 Operação Lava-Jato e a Aplicabilidade do Princípio da Serendipidade

A Operação Lava-jato é resultado de uma investigação da Polícia Federal, para desarticular organizações criminosas lideradas por doleiros e que assim foi denominada em virtude do local que usavam para movimentar os proveitos ilícitos obtidos pela organização: um lava- jato e uma rede de postos de combustíveis.

Em março de 2014 se dava o primeiro momento da investigação, sob a competência da Justiça Federal de Curitiba, onde se investigava quatro organizações criminosas que tinham como líderes doleiros.

5.7.1 Da instrumentalidade da prova nos casos

Ao darem início as investigações, autorizações judiciais para interceptações telefônicas e mandados de busca e apreensão foram sendo cumpridos. Em uma das diligências de quebra de sigilo telefônico, restou-se descoberto que o esquema criminoso era bem maior do que as autoridades poderiam ter em conhecimento: um escândalo de corrupção, envolvendo a Petrobras, Construtoras, figuras políticas e pessoas ligadas a estas figuras públicas.

Ou seja, através de uma interceptação telefônica cujo objeto era a investigação de organizações criminosas chefiadas por operadores do mercado

paralelo de câmbio, encontrou-se a prática de delitos de lavagem de dinheiro e de corrupção. Ora aqui ficou evidenciado o encontro fortuito de provas. Neste caso, ou nesta operação, o ponto de partida foi justamente o encontro fortuito de provas, assim como o desenvolvimento de toda operação.

Isto porque, a primeira descoberta se deu na interceptação telefônica de um dos doleiros, com o então diretor de abastecimento da Petrobras, que havia “ganho” um veículo de luxo, como contraprestação de suposta propina. Foi aqui, o “*start*” para o ensejo em novas buscas e quebras de sigilo telefônico e assim sucessivamente encontrando novos fatos e novas pessoas envolvidas.

Ocorre que, não havia em um primeiro momento, qualquer congruência entre os fatos que originaram a investigação e o conseqüente encontro. Nesse caso, teríamos uma Serendipidade de segundo grau, e que embora aceita pela jurisprudência, ressalta-se que não houve, aqui, imediata comunicação à autoridade judicial competente que autorizou aquela investigação.

Desta forma, nos parece estranho dizer como lícita tal prova. Será que às autoridades policíacas não encontrariam esta através de outros meios? Ou ainda, para àqueles que dependem a proporcionalidade/razoabilidade, ainda permanece este quando sequer comunicado ao magistrado competente?

Pois bem.

Há que se mencionar que embora de extrema repugnância, esta operação, cujo ensejou diversos processos, foi marcada pela macula de ilicitude e pela macula da nulidade no tocante aos meios de prova, já que além de violar as garantias constitucionais do acusado, o fez de forma totalmente arbitral, violando o Estado de Direito.

6. CONCLUSÃO

Passando por toda a história da sistemática do processo penal e por todos os marcos que a história trouxe aos cidadãos, fazia-se necessário que tivéssemos uma legislação onde assegurasse aos indivíduos direitos fundamentais, onde a ele fosse atribuído a dignidade.

Isto foi o que a nossa Magna Carta fez. Modificou o Código de Processo Penal existente até então, vedando de forma principal qualquer meio degradante de prova, em respeito ao seu supra princípio, além de estabelecer uma paridade de armas entre acusação e defesa.

Nesse sentido, mais do que isso, a constituição vedou todo o meio de autoincriminação, impugnando também as provas ilícitas, ou seja, aquelas em desacordo com a própria carta e legislações inferiores que a regulamentasse.

Ligado a isto, a Lei 9.296/96 , veio a disciplinar a excepcionalidade prevista na própria Constituição Federal no tocante a quebra do sigilo telefônico: as interceptações telefônicas, limitando as ao seu ditame, sendo àquelas hipóteses não previstas por ela consideradas ilícitas, por violarem direitos e garantias, como o devido processo legal, o princípio da legalidade, o direito à intimidade e a privacidade.

Desta forma, o encontro fortuito de provas –ou princípio da Serendipidade, que ganhou destaque em nosso ordenamento jurídico em meados do ano de 2014, tendo em vista a Operação Lava-Jato, principalmente no tocante a sua admissibilidade, já que até o mencionado período, prevalecia o entendimento pacífico de admissibilidade apenas na figura de primeiro grau, o que foi alterado com os recebimentos das denúncias e consequentes julgados.

Assim há que se expor que não agiu de forma acertada nossos Tribunais e Supremos Tribunais. Isto porque, a ponderação e consequente exceção aos direitos fundamentais devem respeitar ditames legais, devendo assim ser disposto em lei que se compatibilize a Constituição, e não mera ponderação por interpretação de autoridade judiciária, sob pena de impulsionar precedentes perigosos a tão mencionada segurança social.

Assim, a Operação Lava-Jato que em sua essência foi desenvolvida por este princípio, foi maculada pela ilicitude e nulidade quanto aos meios de prova, por não prestar obediência as normas constitucionais, pondo em xeque o Estado de Direito.

Neste passo, conclui-se que embora a ponderação seja um meio utilizado pelo magistrado para a busca da verdade em face das garantias sociais, tal meio se mostra impróprio e inválido. Assim, para que os meios agora considerados ilícitos se tornem lícitos, far-se-á a necessidade de implementação legislativa regulamentadora, para que assim possamos proteger o nosso Estado de Direito e obter meios de persecução válidos e eficazes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JUNIOR, J.M DE. **O Processo Criminal Brasileiro**. 4ª ed., v. 1, Livraria Freitas Bastos S.A, 1959.

ANTONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002. Tradução de Alexantra Martins, Daniela Mróz.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2ª ed., rev., atual e ampl., Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade real no Processo Penal**. 2ª ed, rev., atual. e ampl. , Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm; Acesso em 2 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 690/2015, p. 25**. EMENTA PENAL E PROCESSO PENAL. FATOS TÍPICOS ENVOLVENDO DESEMBARGADORES DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 21 DENÚNCIAS EM UMA ÚNICA PEÇA. DENÚNCIAS SÃS E INEPTAS MESCLADAS, RECEBIDAS E REJEITADAS CONFORME APTIDÃO À PERSECUÇÃO PENAL. TRÊS NÚCLEOS ATIVOS DISTINTOS NA NEGOCIAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS. OUTROS DELITOS ISOLADOS. CÚMULO OBJETIVO E SUBJETIVO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DE DESEMBARGADORES PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO CURSO DO INQUÉRITO. CONEXÃO PELA PARTICIPAÇÃO DE DESEMBARGADORES EM MAIS DE UM NÚCLEO. NECESSIDADE DE APRECIACÃO PROBATÓRIA UNIFORME E VÍNCULO TELEOLÓGICO DOS FATOS. CONCUSSÃO, CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA (“VENDA DE SENTENÇA”). CORRUPÇÃO PASSIVA NA MODALIDADE “RECEBER”. BILATERALIDADE. DESCRIÇÃO DOS FATOS RELATIVOS AO CORRUPTOR ATIVO, AINDA QUE NÃO DENUNCIADO. NÃO OCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. PAGAMENTO FACILITADO DE PRECATÓRIO. CONCUSSÃO CONTRA OS BENEFICIÁRIOS CARACTERIZADA EM TESE. ACORDOS JUDICIAIS IRREGULARES COM O ESTADO. BENEFICIÁRIOS DESEMBARGADORES. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA APTA A SERVIR DE LASTRO PROBATÓRIO. PRINCÍPIO DA “SERENDIPIDADE”. Ministro Relator João Otávio de Noronha. Data de julgamento 15 de abril 2015. Diário de Justiça Eletrônico, publicação em 22 de maio de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067832&num_registro=200701708242&data=20150522&formato=PDF; acesso em 20 de outubro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 60871**. Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO (1159), Órgão Julgador SEXTA TURMA, Data do Julgamento, 04 de outubro de 2016, Data da Publicação/Fonte Diário de Justiça Eletrônico 17 de outubro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750698514>; acesso em 20 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 167550**. Relator(a): Min. LUIZ FUX, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento: 23 de agosto de 2019, Publicação Diário de Justiça Eletrônico 03 de setembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340983039&ext=.pdf>; acesso em 20 de outubro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Federal. **Agravo Regimental Pet. nº 7794**. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 30 de outubro de 2018, Publicação Diário de Justiça Eletrônico 09 de novembro de 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+7794%2ENUME%2E%29+OU+%28Pet%2EACMS%2E+ADJ2+7794%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8goq4b2>; acesso em 20 de outubro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 106152**. Relator(a): Min. ROSA WEBER, Julgamento: 29 de março 2016, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: Diário de Justiça Eletrônico. Publicação em 24 de maio de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309555088&ext=.pdf>; acesso em 20 de outubro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 129678**. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento: 13 de junho de 2017, Publicação Diário Oficial de Justiça, 18 de agosto de 2017. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312460214&ext=.pdf>; acesso em 20 de outubro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Apelação nº APL: 00948736220098050001 BA 0094873-62.2009.8.05.000**. Relator: Nilson Soares Castelo Branco; Data de Julgamento: 12 de março de 2013, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma. Data de Publicação: 08 de abril 2013. Disponível em: <http://esaj.tjba.jus.br/pastadigitalsg/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0094873-62.2009.8.05.0001&cdProcesso=P003013TB0000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5BA&cdServico=190102&ticket=HqA9qnMijj6WsjjRVX0mHtomuDTdkpbQ2sGp0Y9dfvCa5CNeWXeyQeYnBgWU%2B4Ed86jO2mZJyaDqzjcEyelyCg%2FDOsrY%2F73wmrzrGjyW9w5tilcVRbbJqg3%2FEpbi8jVgd1miWri%2FKNNJvrOQ69P2YmDJXVfXxFgyi%2FLobBWxp95OJOoiB8bD3%2Fxy9GLcSv1a>; acesso em 20 de outubro de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol 1, 17ª Ed. Editora Sairava, São Paulo, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Editora Malheiros, São Paulo, 2001

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. Editora Saraiva, São Paulo, 1972.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **Alterações do Código de Processo Penal – comentários a Lei 12.403 de Maio de 2011**. 1ª Ed., Editora EDIJUR, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em <https://www.lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>; acesso em 10 de outubro de 2019.

GOMES, Luiz Flávio; DONATI, Patricia. **Interceptação telefônica e serendipidade: "encontro fortuito de fatos ou agentes novos"**. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/991234/interceptacao-telefonica-e-serendipidade-encontro-fortuito-de-fatos-ou-agentes-novos>; acesso em 10 de outubro de 2019.

História do Direito. Disponível em <https://www.passei direito.com/disciplina/historia-do-direito/?type+6&materialid+41642252> ; acesso em 19 de maio de 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. . rev. e atual. Editora Saraiva, São Paulo: 2012.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

Ordenação Afonsina L. V, tit. IV. 1446.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf; acesso em 9 de outubro de 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23ª ed. rev. e atual., Atlas, São Paulo, 2019.

PEREZ, Jesus Gonzalez. **La dignidad de la persona**. Editoras Civitas, Madrid, 1986.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. **Valor de las escuchas telefónicas como prueba em el sistema español. Nulidad de ça prueba obtenida ilegalmente**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1996.

TREVIZAN, Flavia Cristina. **Conhecimentos fortuitos no processo penal: critérios de admissibilidade**. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

TUPINAMBÁ, Renata Moura. **Os pilares do código de processo penal de 1941 e sua incompatibilidade com a constituição federal de 1998**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-pilares-do-codigo-de-processo-penal-de-1941-e-sua-incompatibilidade-com-a-constituicao-federal-de-1988,590089.html>; Acesso em 19 de maio de 2019.