



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

NATÁLIA BERNARDINO DOS SANTOS

**ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL *VERSUS* VEDAÇÃO
DA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE FRENTE AOS
DIÁLOGOS ADQUIRIDOS PELO *THE INTERCEPT*.**

**JOÃO PESSOA
2020**

NATÁLIA BERNARDINO DOS SANTOS

**ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL *VERSUS* VEDAÇÃO
DA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE FRENTE AOS
DIÁLOGOS ADQUIRIDOS PELO *THE INTERCEPT*.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

**JOÃO PESSOA
2020**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S237a Santos, Natalia Bernardino Dos.
ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL VERSUS
VEDAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE
FRENTE AOS DIÁLOGOS ADQUIRIDOS PELO THE INTERCEPT. /
Natalia Bernardino Dos Santos. - João Pessoa, 2020.
101 f.

Orientação: Lenilma Cristina Sena de Figueiredo
Meirelles.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Provas ilícitas. Juiz natural. Intercept Brasil. I.
Meirelles, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. II.
Título.

UFPB/CCJ

NATÁLIA BERNARDINO DOS SANTOS

**ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL *VERSUS* VEDAÇÃO
DA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE FRENTE AOS
DIÁLOGOS ADQUIRIDOS PELO *THE INTERCEPT*.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

DATA DA APROVAÇÃO: 21/03/2020

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.^a Dr.^a LENILMA CRISTINA SENA FIGUEIREDO MEIRELLES
(ORIENTADORA)**

**Prof. Me. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. RÔMULO RHEMO PALITOT BRAGA
(AVALIADOR)**

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, a Deus. Sem Ele nada sou. Sou grata pela minha vida e das pessoas que amo, por todo esse tempo ter me sustentado e amparado nas horas mais difíceis e quando não merecia, me proporcionado forças e coragem quando eu já não tinha. Tudo o que eu sou, tudo o que eu tenho, tudo o que eu fiz, é graças ao Senhor.

A minha família, especialmente, aos meus pais, Maria Bezerra e Nilson Bernardino, por serem pacientes comigo, principalmente, durante esse período, me ajudando a manter a calma e sempre me lembrando que Deus está no controle. Agradeço não só pela vida que me deram, mas por todos os ensinamentos. Não tenho palavras o suficiente para agradecer vocês. Tenho plena admiração pelos seres humanos maravilhosos que vocês são e tenho muito orgulho de ser filha de vocês. Amo muito vocês!

Aos meus queridos amigos, compreensão devido aos meus vários momentos de ausência nesse período. Agradeço pelo incentivo, disposição em ajudar, pelos inúmeros conselhos e palavras de apoio.

Por fim, meus sinceros agradecimentos a todos do meu estágio que de alguma forma ajudaram em minha caminhada acadêmica, me ajudaram a crescer como pessoa, especialmente ao meu chefe João, que mesmo depois do fim, me ajudou imensuravelmente, palavras não definem meus sinceros obrigada.

A justiça sempre dependeu da prova. E essa, ao correr dos séculos, sofreu mutações vertiginosas, em evoluções enormes ao longo do tempo, e ainda sofrerá outras modificações e aperfeiçoamentos até o ponto, preconizado por Roberto Lyra, em que a sociedade humana tenha um grau de civilidade, de educação e de convivência, que não mais tenha necessidade de juízes, de tribunais, de advogados, de polícia e de nenhuma forma de repressão, assimilando os aprendizados necessários ao respeito mútuo dos direitos, tornando o aparato repressor uma inutilidade. Infelizmente, esse estágio ideal de civilização é – por enquanto – apenas uma utopia nas quimeras dos sonhadores.

Irajá Pereira Messias

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar os recentes diálogos divulgados sobre supostas conversas realizadas entre o ex-Juiz Sergio Moro e os procuradores do Ministério Público Federal, especialmente um dos coordenadores da Operação Lava-jato, Deltan Dallagnol, reacendendo o debate sobre a validade das provas obtidas por meios ilícitos. Sabe-se que o ordenamento jurídico proíbe veemente a admissibilidade das provas vedadas sob o preceito do devido processo legal. Contudo, a doutrina e a jurisprudência têm debatido o uso desse tipo de prova quando for favorável a defesa do réu. Buscou-se, por intermédio do estudo de caso, analisar se houve cooperação entre Moro e Dallagnol, sendo aprofundado o caso do ex-presidente Lula para ser estudado à luz princípios do devido processo legal e seus corolários, principalmente, do juiz natural. Para análise dos diálogos, fez-se necessária uma abordagem dedutiva, realizada através de pesquisa bibliográfica, com intuito de compreender o instituto das provas ilícitas no ordenamento jurídico, levando-se em consideração a admissibilidade desse tipo de prova com base na teoria da proporcionalidade *pro réu*. Da análise realizada, verificou que é duvidosa a imparcialidade do ex-juiz Sérgio Moro. Em razão disso, o estudo concluiu pelas admissibilidades dos diálogos obtidos pelo *The Intercept Brasil*, pois, se provados autênticos, são favoráveis a defesa dos réus que foram acusados e julgados no mesmo *modus operandi*, sendo nulo o julgamento por parcialidade do juiz.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Juiz natural. Intercept Brasil. Estado Democrático de Direito.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART – ARTIGO

CAP – CAPÍTULO

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CN – CONGRESSO NACIONAL

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

CP – CÓDIGO PENAL

CPP – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

HC – HABEAS CORPUS

LC – LEI COMPLEMENTAR

MP – MINISTÉRIO PÚBLICO

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

MPSP – MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

PGR – PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

SP – SÃO PAULO

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2. PROVAS PROCESSUAIS PENAIS SOB A ÓTICA PRINCIPIOLÓGICA	11
2.1 O PARADOXO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	12
2.2 O DOGMA DO PROCESSO: A GARANTIA DO JUIZ NATURAL E IMPARCIAL	16
2.3 O EQUILÍBRIO DO PROCESSO: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	25
3. DA (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	30
3.1 PANORAMA GERAL DAS PROVAS EM MATERIA CRIMINAL	31
3.2 DAS PRINCIPAIS CORRENTES DE PENSAMENTO: PROVAS VEDADAS OU NÃO?	37
3.2.1 DAS PROVAS DERIVADAS	41
3.3 EXCEÇÃO À REGRA: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS	45
3.3.1 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DO RÉU	48
4. AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E OS DIÁLOGOS DIVULGADOS PLEO <i>THE INTERCEPT</i>	53
4.1 O PREENCHIMENTO DA LACUNA LEGISLATIVA: UMA BREVE NOÇÃO DA LEI Nº 9.296/96	54
4.2 AS REGRAS DE UM JOGO (IM)PARCIAL REFLETIDO NO TEOR DAS CONVERSAS DIVULGADAS PELO INTERCEPT	63
4.2.1 LAWFARE E A PÓS-DEMOCRÁCIA: OS IMPACTOS DOS DIÁLOGOS NO CASO LULA	73
4.3 OS DIÁLOGOS OBTIDOS PELO <i>THE INTERCEPT</i> DEVEM SER ADMITIDOS?	80
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, por meio da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais, determinou que o dogma basilar do devido processo legal é a imparcialidade do julgador, tratando-se de uma garantia imprescindível e inseparável do exercício jurisdicional. Dessa forma, é incompatível com o sistema acusatório a postura de *jus persecuendi* do julgador.

Em junho de 2019, o *The Intercept Brasil* divulgou em seu site uma série de diálogos supostamente realizadas no aplicativo digital *Telegram*, entre os procuradores da força-tarefa da Lava Jato, especialmente, o Deltan Dallagnol, e o então Juiz Federal, atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro.

Se provados autênticos, os diálogos atestam uma suposta imparcialidade do magistrado, o que ensejaria em nulidade processual por suspeição do magistrado. Contudo, por serem obtidas de maneira ilícita, tais provas não poderiam ser aceitas no processo, de acordo com artigo (art.) 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (CF) de 1988.

Diante desse contexto, indagamos até que ponto vai essa “absolutização” da vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos, em especial as interceptações telefônicas, se isso prejudica o devido processo legal dos acusados julgados pelo Juiz Federal Sérgio Moro.

Os princípios e garantias constitucionais foram criados com objetivo de promover estabilidade e segurança jurídica, contendo, assim, a arbitrariedade do poder estatal. Sabe-se que a imparcialidade é o dogma central da jurisdicionalidade. Por isso, é inconcebível para o Estado Democrático de Direito manter decisões em que o juiz foi parcial, o risco constitucional é demasiadamente alto para ser aceito.

A importância do estudo e aplicação do presente tema surgiu do atual contexto jurídico e, principalmente, político que se passa no país. O tema é polêmico pois se trata da possibilidade de anulação dos julgamentos efetuados na maior operação contra a corrupção da história do Brasil.

Serão discutidos se de fato devem ser aceitas as provas obtidas por meios ilícitos favoráveis ao réu, por atestarem a parcialidade do magistrado, sendo causa de nulidade processual por suspeição. Neste sentido, é pertinente questionar: o sistema judiciário negaria a utilização dos diálogos porque de fato é proibida a sua admissibilidade ou porque o erro é dele mesmo?

No caso em questão, as provas obtidas por meios ilícitos não constituem meios de necessariamente provar a inocência do acusado, mas pelo fato de indicarem uma suposta cooperação entre o magistrado e o órgão acusador, prática considerada proibida pela Constituição e lei infraconstitucionais, colocando em suspeição o julgamento. Discute-se, ainda, se tais provas poderiam, em casos específicos e excepcionais, anular o julgamento, visto que o bem protegido tem sido considerado o mais importante do sistema processual.

Cabe esclarecer que foi escolhido o caso do ex-presidente Lula, em virtude de sua maior visibilidade e a presumida perseguição política desenvolvida no cerne do referido processo. Em vista disso, salientamos que a pesquisa aqui elaborada não é sobre a culpabilidade de Lula, tal análise demandaria um estudo minucioso de todo processo, tarefa que foge ao nosso objetivo. Este trabalho versa sobre a parcialidade de Moro nos julgados da Lava Jato, mediante análise do teor das conversas para ao final se o ex-presidente Lula teve ou não direito a um processo justo.

Dessa forma, o objetivo geral é analisar o teor dos diálogos obtidos pelo *The Intercept Brasil*, identificando se houve realmente parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro, bem como se houve ou não violação ao princípio do devido processo legal e a consequente possibilidade de relativização do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita.

No que tange à metodologia, o método utilizado é o hipotético-dedutivo, uma vez que a presente pesquisa debruçar-se-á sobre a análise da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos à luz dos princípios do devido processo legal e seus corolários frente aos diálogos obtidos pelo *The Intercept*.

O método de procedimento utilizado é o estudo de caso, dado que a análise será dos diálogos entre personagens importantes da Operação Lava Jato em que o então juiz Federal Sérgio Moro atuava como previdente no processo no qual, o ex-presidente Lula era figura principal acusado da parte.

No tocante às técnicas de pesquisa, serão utilizadas pesquisas bibliográficas e documentais, tendo em vista que o estudo se desenvolverá a partir da análise de publicações relacionadas ao conteúdo tratado, a exemplo de artigos científicos, livros, dissertações, teses, monografias, sites e periódicos, assim como a partir da análise dos diálogos obtidos pelo *The Intercept*.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, a argumentação foi repartida em três capítulos, da seguinte forma: o primeiro dedicado à análise dos princípios do devido processo legal, juiz natural e da proporcionalidade e a relação com o conteúdo dos diálogos obtidos pelo *The Intercept Brasil*.

O segundo capítulo tratará sobre as provas ilícitas, na teia processual penal brasileira; além de abordar as principais correntes respeitantes ao Ministério Público, às provas vedadas e possibilidade na aceitação tanto na perspectiva judicial quanto doutrinária.

Por fim, o último capítulo analisará a Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9296/96), abrangendo as principais críticas e comentários relacionados ao tema ora pesquisado, a descrição dos diálogos obtidos pelo *The Intercept Brasil*, sendo realizado um estudo do caso do ex-presidente Lula à luz dos princípios estudados no primeiro capítulo, finalizando com considerações sobre a admissibilidade de tais diálogos no processo.

2. PROVAS PROCESSUAIS PENAIS SOB A ÓTICA PRINCIPIOLÓGICA

O presente capítulo (CAP) traz uma breve análise sobre a possível utilização das provas ilícitas sob a ótica dos princípios fundamentais com base na Constituição Federal (CF) e no sistema processual penal brasileiros, no que tange as interceptações telefônicas obtidas pelo *The Intercept Brasil*.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou como seu fundamento basilar o princípio da dignidade da pessoa humana. Pode-se afirmar que esse princípio é o alicerce e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem excluído de qualquer caso, principalmente, se for no âmbito do contexto penal e processual penal.¹

A partir dele, diversas garantias fundamentais se estabeleceram, as quais estão dispostas no artigo (art.) 5º da referida Carta. Os princípios e as garantias fundamentais são os valores mais elevados da sociedade, representando as decisões políticas de maior importância no campo Estatal.

Juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, a Carta Maior de 1988 estabeleceu o devido processo legal, de acordo com o qual ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens sem que haja o adequado processo prévio². Esses dois princípios “coordenam o sistema de princípios os mais relevantes para a garantia dos direitos humanos fundamentais: dignidade da pessoa humana e devido processo legal.”³

Pode-se assegurar que o devido processo legal, estabelece as “regras do jogo”⁴, ou seja, é o fator que legitima a atuação estatal, de forma a limitar o poder arbitrário e punitivo do estado. Nas palavras de Nereu José Giacomolli:

A CF de 1988, além de estabelecer uma nova ordem política e social, delineou uma nova ordem jurídica, com profundos reflexos no processo penal. Este deixou de ser mero instrumento utilizado para condenar e aplicar as penas ou para absolver, na medida em que tutela direitos e garantias, conformadores do processo, tornando-os obrigatórios no espaço dinâmico processual, cuja garantia compete ao terceiro imparcial (devido processo).⁵

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal: Guilherme de Souza Nucci. – 15 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 61. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978488/cfi/6/10!/4/6/2@0:66.8>> Acesso em: 21 de nov de 2019.

² Art.5º, LIV, CF/88: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

³ NUCCI, op cit. p. 60.

⁴ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵ GIACOMOLLI, Nereu José O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 96.

O ordenamento pátrio proíbe veemente a utilização de provas obtidas por meios ilícitos⁶, pois, inviabilizariam o devido processo legal juntamente com os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como, a proteção de direitos fundamentais, como privacidade, intimidade, inviolabilidade de domicílio, entre outros.

No entanto, a doutrina tem debatido a admissibilidade da prova ilícita quando o princípio fundamental do exercício da função jurisdicional, o devido processo legal for violado. Ou seja, quando os princípios que são abarcados por ele, quais sejam, garantia do direito de ação, da ampla defesa, do juiz natural e da própria justiça, forem transgredidos e vedação das provas obtidas por meios ilícitos for de menor peso.

Diante disso, analisa-se o paradoxo que permeia o princípio do devido processo legal baseado no axioma de que a essência da Constituição estaria em contradição com o próprio Direito Constitucional⁷, ou seja, a violação do devido processo legal, em sua forma expressa no Art. 5º, LVI, da CF/88, pelo devido processo legal e os seus princípios corolários.

2.1 O PARADOXO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A origem do princípio do devido processo legal remonta a Magna Carta de 1215, em resposta ao autoritarismo do rei inglês. Tal princípio compreendia a ideologia, em resumo, de que nenhum homem livre deverá ser preso ou privado de sua propriedade senão mediante pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”⁸. Foi a partir desse contexto social que posteriormente houve a transmutação da expressão “*by the lay of the land*” (lei da terra) para “*due process of law*” (devido processo legal)⁹.

No ordenamento pátrio, tal princípio veio expressamente disposto no art. 5º, inciso LIV, da CF/88. A referida previsão legal também está prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem no art. 11, nº 1¹⁰.

O princípio do devido processo legal pode ser definido como reitor de toda estrutura do direito processual, isso importa mencionar que, para que o indivíduo seja privado dos seus bens ou para que sua liberdade seja cerceada, devem ser respeitadas todas as formalidades

⁶ Art. 5º, LVI, CF/88 - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

⁷ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes.

⁸ ONU. Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf> Acesso em: 17 de nov de 2019.

⁹ NUCCI, op. cit., p. 71.

¹⁰ Art. 11, nº 1: Todo Homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido comprovada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

legais.¹¹ Dessa forma, além ser assegurada a liberdade, o cidadão também tem a garantia da correta atuação do poder jurisdicional por parte do Estado.

Modernamente, o devido processo legal tem sido analisado em conjunto com o princípio do acesso à justiça ou do justo processo, visto que sua aplicação implica na obediência de todos os direitos, princípios e garantias constitucionais, dentre as quais o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural e, principalmente, imparcial, além dos instrumentos eficazes para o cumprimento, principalmente, do princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo como base Guilherme de Souza Nucci:

o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes.¹²

Neste sentido, o devido processo legal é analisado tanto no seu aspecto material (substantivo), a qual caracteriza-se pelo respeito aos princípios constitucionais e penais, cuja restrição aos direitos fundamentais deva ser a mínima possível, sendo observado os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição do excesso¹³, quanto processual (procedimental ou formal), é o respeito ao procedimento com intuito de assegurar a tutela dos bens jurídicos. Dessa forma, o indivíduo detém uma dupla proteção, tanto no aspecto de sua liberdade e propriedade, quanto no de paridade do Estado-persecutor e da plenitude de defesa.¹⁴

Complementando com as palavras de Nereu José Giacomolli:

O processo penal devido é o que formal e materialmente protege os direitos humanos e fundamentais, mormente os de liberdade do cidadão, propiciando a tutela jurisdicional efetiva e uma decisão a ele ajustada. Portanto, ultrapassa a concepção originária dos limites do “devido processo legal”. A adoção do devido processo, com aplicação das regras convencionais, constitucionais e legais, assecuratórias dos direitos humanos e fundamentais, não significa impunidade, mas aperfeiçoamento do Estado Democrático.¹⁵

¹¹ Rangel, Paulo. Direito processual penal / Paulo Rangel – 26. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 3. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015225/cfi/6/10!/4/20/2@0:17.7>>. Acesso em: 16 de nov de 2019.

¹² NUCCI, op cit. p. 72.

¹³ COGAN, Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado. Processo penal constitucional: uma análise principiológica. Revista da Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: [s.n], n. 1, p. 91-114, jan/jun. 2009.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017, p. 112. Disponível em : <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011302/cfi/6/10!/4/8/2/2@0:5.00>> Acesso em: 17 de nov de 2019.

¹⁵ GIACOMOLLI, op. cit., p. 101.

Dada sua importância, o devido processo legal abarca outros de extrema relevância, dentre os quais não é aceitável deixar de citar os princípios do contraditório e da ampla defesa, que asseguram a defesa plena e efetiva num processo judicial, ambos estão contidos no artigo 5º, inciso LV, da CF/88.¹⁶

O contraditório é o direito das partes se manifestarem contra toda alegação ou prova que parte contrária apresentar no processo, cujo intuito primordial é a igualdade processual. Ou seja, é a garantia do direito à informação sobre qualquer ato ou fato que vierem a aparecer, possibilitando à parte contrária se manifestar. Dessa forma, toda alegação ou apresentação de prova que uma das partes fizer, a outra tem o pleno direito de se manifestar, havendo, assim um equilíbrio na relação estabelecida entre acusação e defesa.

O princípio da ampla defesa abrange o direito a defesa técnica e a autodefesa. A primeira é caracterizada pela assessoria de um defensor devidamente habilitado, o qual deve efetuar as devidas diligências nas fases processuais. Já a autodefesa é a garantia do direito de presença, seja durante o interrogatório ou em outro momento, contudo este direito é uma faculdade do réu. Os doutrinadores Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves descrevem que:

Além da defesa técnica, que é obrigatória, por meio de advogado constituído ou defensor nomeado pelo juiz (dativo ou público) é possível, ainda, a autodefesa, que é aquela exercida diretamente pelo acusado ao ser ouvido pessoalmente em interrogatório ou por meio de instruções que fornece ao seu defensor durante os atos processuais nos quais tem direito de estar presente.¹⁷

Desta vênua, é possível afirmar que os princípios do contraditório e da ampla defesa auxiliam a formar a infraestrutura do devido processo legal, ao lado do princípio da presunção de inocência¹⁸, que garantem ao indivíduo um instrumento de garantias diante do Estado no processo penal.¹⁹

¹⁶ Art. 5º, LV, da CF/88: LV - 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;

¹⁷ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Direito processual penal esquematizado / Alexandre Cebrian Araújo Reis, Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁸ Art. 5º, LVII, da CF/88: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹⁹ PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 333. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014556/cfi/6/10!/4/8/2@0:30.1>>. Acesso em: 17 de nov de 2019.

Apesar da Constituição Federal e do Código de Processo Penal (CPP) vedarem a utilização das provas obtidas por meios ilícitos (conceito que irá ser trabalhado melhor a frente), vários doutrinadores admitem seu uso em prol da defesa do réu, em face do princípio da ampla defesa ser um corolário do devido processo legal. Gilmar Ferreira Mendes corrobora com esse entendimento ao afirmar que:

A garantia da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita, como corolário do devido processo legal, é direcionada, em princípio, à acusação (Estado), que detém o ônus da prova. Quando a prova obtida ilicitamente for indispensável para o exercício do direito fundamental à ampla defesa pelo acusado, de modo a provar a sua inocência, não há por que se negar a sua produção no processo.²⁰

Em tese, quando as provas obtidas por meios ilícitos forem imprescindíveis para a ampla defesa do acusado, não há porque rejeitá-la. A inadmissibilidade do uso das provas obtidas ilicitamente se destinaria apenas ao Estado, por via de regra, acusador e aquele que detém a carga probatória, pois, atuaria na preservação dos direitos e garantias individuais contra a arbitrariedade do órgão estatal.²¹

O fato da prova ilícita poder ser utilizada se favorável ao réu provem do princípio da presunção de inocência, em que o trânsito em julgado da sentença penal acusatória se caracteriza por uma ação penal que seguiu todos os tramites processuais e todos os princípios e garantias constitucionais ou infraconstitucionais. Se caso haja alguma violação destes, em que o descumprimento não possa ser sanado da maneira legal, o processo deve ser nulo de pleno direito.

Portanto, em determinados casos concretos, entende-se viável a utilização das provas ilícitas, principalmente, quando mostram que a condenação do réu foi injusta, quando há violação de alguns dos princípios corolários do devido processo legal, ou quando provam sua inocência. Nem poderia ser de outro modo. Por que a obtenção da prova é feita pelo próprio acusado ou por um terceiro ciente da situação de necessidade, ou mesmo não ciente, a prova ilícita poderá, em favor do acusado, ser validamente aproveitada no processo.²²

Nesse sentido, a não admissibilidade das provas ilícitas favoráveis aos réus constituiriam um paradoxo entre a proteção do devido processo legal pela violação do próprio processo legal, em seu aspecto da ampla defesa, a violação ao devido processo legal (ampla

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira Cunha de direita constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. - 1 D. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 549.

²¹ PACELLI, op. cit., p. 333.

²² Ibidem, op. cit., p. 333.

defesa, contraditório, juiz natural) com o fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas).²³

Indaga-se, por exemplo, se uma prova favorável ao réu, apesar de ser ilícita, revelasse uma clara violação do princípio da imparcialidade, em seu aspecto jurisdicional, não deveria mesmo ser aceita no processo?

Com efeito, quando os modelos tendenciais do Estado deixam de preservar a solidez dos seus sistemas de garantias, ele tende a falibilidade, em virtude do desarranjo entre a normatividade e a efetividade. “O estabelecimento de práticas democráticas ou autoritárias podem estar diretamente relacionadas ao quanto o Estado decide se entrelaçar com a matriz de garantias dos direitos fundamentais”, a simples existência de normas garantistas, não importa na consolidação dos sistemas de garantias.²⁴

O devido processo legal representa um verdadeiro paradoxo, pois, em sua dupla função, o de proibição das provas ilícitas e a de garantia da ampla defesa do acusado, não pode favorecer um sem prejudicar o outro. Por isso, que deve ser feito um juízo de ponderação, juntamente com a utilização do princípio da proporcionalidade (será visto mais a frente), no qual o princípio de maior peso deve preponderar sobre o outro, o “Estado e o próprio Direito, portanto, se complementariam, e o respeito aos direitos fundamentais, núcleo de legitimidade na vertente substancial, seria o seu grande imperativo.”²⁵

Dessa forma, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos em benefício do réu, não apenas isso, mas uma prova que mostra uma nítida violação ao devido processo legal, a qual prejudica a garantia da ampla defesa e fere o princípio basilar constitucional da dignidade da pessoa humana, não deveria sequer ser um paradoxo, mas uma questão já resolvida pelo atual sistema jurídico brasileiro.

2.2 O DOGMA DO PROCESSO: A GARANTIA DO JUIZ NATURAL E IMPARCIAL

Antes de adentrar na questão da imparcialidade do juiz, é interessante que se traga à baila o conceito de jurisdicionalidade, considerando-se que é a garantia que abarca todas as demais, dentre as quais, pode-se citar o devido processo legal, já percorrido no trabalho, o juiz natural e imparcial.

²³ MENDES, op. cit., p. 549.

²⁴ CARVALHO: FERREIRA, op. cit., p. 427.

²⁵ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; Ferreira, Alex Daniel Barreto. Um café entre moro e Ferrajoli: a operação lava-jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 421 - 442, jul./dez. 2017, p. 426.

A jurisdição, quando os indivíduos decidiram conviver em sociedade, substituiu a justiça e vingança privadas, tomando pra si, o poder de aplicação do direito objetivo, é o “poder-dever de dizer o direito no caso concreto” (*jurisdictio*).²⁶ Seria, então, a jurisdição a atividade do Estado que como objetivo substituir as vontades das partes.²⁷

Cebrian define a jurisdicionalidade como “o poder de julgar (que é inerente a todos os juízes).²⁸ É a possibilidade de aplicar a lei abstrata aos casos concretos que lhe forem apresentados, o poder de solucionar lides”, cuja finalidade, não seria outra senão, a correta aplicação do direito objetivo para solução justa da lide.²⁹

A jurisdicionalidade abarca os pressupostos e princípios da inércia, investidura, improrrogabilidade, indelegabilidade, da indeclinabilidade, e é a partir destes que decorrem uma nova cadeia de princípios, como o do juiz natural – competente, independente e imparcial- que fortifica a seara do processo penal.

Com base no princípio da inércia, o juiz não deve iniciar a ação penal, o direito de ação é atribuído ao Ministério Público (MP), “tanto que, na hipótese do art. 28 do CPP, o juiz está obrigado a atender à manifestação do chefe do Parquet”³⁰.

O princípio da indeclinabilidade determina que nenhum juiz pode abster-se do exercício da jurisdição, com exceção das hipóteses de incompetência, impedimento e suspeição.³¹ No que tange a improrrogabilidade, o juiz não pode adentrar na competência do outro magistrado, salvo casos previstos em lei. Quanto ao princípio da investidura, a jurisdição só pode ser exercida por quem foi regulamente investido, caso contrário, haverá nulidade processual.³² A indelegabilidade determina que somente o judiciário tem o poder de julgar, isso não se pode ser atribuindo a nenhum outro órgão, salvo nas hipóteses previstas em lei.

A relevância destes pressupostos/princípios para jurisdição é referida por Júlio Mirabete da seguinte forma:

Assim, como **órgão adequado** está o *juiz*, diverso dos órgãos que exercem as demais funções estatais de legislar e administrar, colocado em posição de

²⁶ LOPES JR., Aury Fundamentos do processo penal: introdução crítica / Aury Lopes Jr. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p 171, Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600687/cfi/4!/4/4@0.00:6.73>>. Acesso em: 21 de nov de 2019.

²⁷ RANGEL, op. cit., p. 343.

²⁸ REIS; GONÇALVES; op. cit.

²⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal / Norberto Avena. – 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

³⁰ RANGEL, op cit. p. 344.

³¹ Art. 5º, XXXV, da CF/88: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³² MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 13. Ed. rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002, p. 164.

independência para exercer sua função serena e imparcialmente e distinto das partes. É necessário, também, respeito ao princípio do **contraditório**, o que permite às partes propugnar por seus interesses, fazendo valer as suas razões em pé de igualdade, a fim de que a autoridade judiciária aplique o direito. Por fim, há a necessidade de um **procedimento** segundo as regras estabelecidas para garantir o livre desenvolvimento do direito e das faculdades das partes e, ao mesmo tempo, assegurar a justa solução da lide.³³ (grifo do autor)

Nesta perspectiva, os pressupostos básicos do exercício da jurisdição são atribuídos ao poder Judiciário, justamente para que seja realizado um julgamento justo, em que as garantias constitucionais possam ser respeitadas. O magistrado como figura de maior representatividade do judiciário, detém de tais atributos para que seja totalmente imparcial no julgamento do réu.

Por isso, ao discorrer dos princípios intrínsecos à atividade jurisdicional, não se pode deixar de expor a garantia do juiz natural, que em conjunto com as demais, garante o efetivo seguimento da atividade jurisdicional, principalmente, no que tange ao processo penal. A posição que o juiz ocupa, um terceiro imparcial, é fundante no sistema processual.³⁴:

O princípio do juiz natural está expresso na CF/88, em seu art. 5º, incisos XXXVII³⁵ e LIII³⁶, em que o cidadão não será processado ou julgado senão pela autoridade competente e a vedação do tribunal de exceção. Além desta disposição legal, tal princípio encontra-se elencado na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu art. 10³⁷, basicamente com redação idêntica ao disposto no Pacto San José da Costa Rica (firmado no Brasil pelo Decreto nº 678/1992), art. 8º, item “1”.³⁸

Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio do juiz natural caracteriza a imparcialidade como pressuposto fundamental e complementa a garantia jurisdicional, um não pode existir sem o outro. Não há função jurisdicional sem juiz natural.³⁹

Inobstante a relevância do juiz natural como princípio garantidor da jurisdicionalidade, não se pode perder de vista que, de igual forma, a imparcialidade do juiz merece destaque. Aponta Aury Lopes Junior que:

³³ Ibidem, p. 165.

³⁴ LOPES JR. op. cit., p. 173.

³⁵ Art. 5º, inciso XXXVII, da CF/88: não haverá juízo ou tribunal de exceção;

³⁶ Art. 5º, LIII, da CF/88: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

³⁷ Art. 10: Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

³⁸ Art. 8º, item “1”, Decreto Lei nº 678/1992: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos ou obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”

³⁹ GRINOVER, op. cit.

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparto.⁴⁰

A imparcialidade é uma das garantias do sistema processual acusatório. De maneira superficial, a doutrina classifica os sistemas processuais em inquisitório, acusatório e misto. No sistema inquisitório, a figura da acusação, da defesa e do julgador se concentram em uma única pessoa ou órgão, o juiz inquisidor ele ainda complementa dizendo que essa “concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar”.⁴¹

No sistema acusatório fica nítida a separação entre o órgão julgador e a acusação. Dentre todos os pressupostos que compõe o modelo acusatório, o mais importante, por ser a base lógica e estrutural para todos os outros, é justamente a separação do magistrado e do órgão acusador. O processo deve ter uma estrutura tríade, no qual, duas partes em causa e um terceiro acima dessas, formando o acusador, defesa e o magistrado. A equidistância do juiz em relação as partes é garantia do sistema acusatório.

No sistema misto, a instrução processual, mais precisamente a fase do inquérito polícia, é caracterizado pelo sistema inquisitivo, e a fase do julgamento, é o sistema acusatório. Contudo, ao longo deste trabalho, será focado no sistema acusatório, não apenas por sua relevância, mas porque também é uma das bases do sistema de garantias individuais dispostos pela CF/88.

A importância do sistema acusatório para o presente trabalho, tem relação com o princípio da imparcialidade, o qual é o “princípio supremo do direito penal”.⁴² Não há sistema acusatório sem a imparcialidade judicial, o próprio contraditório depende dessa relação indissolúvel. Logo “nesta estrutura dialética (*actum trium personarum*, Búlgaro), a posição do juiz é crucial para o (des)equilíbrio de todo o sistema de administração da justiça (e do processo, por elementar)”.⁴³ Na atual conjuntura, o juiz não pode cooperar com o órgão acusador.

Apenas com essa pequena introdução, já se pode perceber a importância impar do princípio da imparcialidade, não só para o processo penal, mas para o sistema processual como

⁴⁰ LOPES JR. op. cit.

⁴¹ BRASILEIRO, op. cit., p. 38

⁴² LOPES JR. Op. cit., p. 194

⁴³ Ibidem, p. 173.

um todo. Pode-se assegurar que sem imparcialidade não há jurisdicionalidade, e sem esta não há o devido processo legal.

O Juiz não pode ter vínculos, seja subjetivo ou objetivos, por respeito aos sistemas de garantias, de maneira a evitar um julgamento contaminado. É o que determina a independência judicial. Devem ser evitadas influências externas que prejudiquem a correta aplicação do direito.

Por conseguinte, é importante trazer o que o núcleo de estudos em Direitos Humanos da Corregedoria Nacional de Justiça da *International Bar Association*, dispõe sobre a imparcialidade,

A noção de imparcialidade do Judiciário é um aspecto essencial do direito a um julgamento justo. Isso significa que todos os juízes envolvidos devem atuar objetivamente e basear suas decisões em fatos relevantes e legislação aplicável, sem predisposições pessoais ou ideias pré-concebidas sobre o tema e pessoas envolvidas e sem promover os interesses de nenhuma das partes.⁴⁴

Assim, a imparcialidade deve ser vista sob três aspectos que são imprescindíveis para definir a figura do juiz, tal qual são exigidas segundo a jurisdicionalidade, as quais são: equidistância, se caracterizaria pelo afastamento do juiz em relação ao interesse das partes, a segunda é a independência dos outros poderes do Estado e, por fim, a naturalidade na determinação de sua competência.⁴⁵

A própria Lei da Magistratura (LC nº 135/79) prescreve que um dos deveres dos magistrados é cumprir e fazer cumprir as disposições legais e atos de ofício, com serenidade e exatidão.⁴⁶ Em complemento, o Código de Ética da Magistratura Nacional endossa que é vedado ao juiz se comportar de maneira que expressem favoritismo, preconceitos, predisposição a defender a versão de uma das partes, bem como deve atuar com atenção e cautela às consequências dos atos decisório.⁴⁷

⁴⁴ CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. A autonomia e a imparcialidade de juízes, promotores e advogados *in*: Direitos Humanos na Administração da Justiça: Manual de Direitos Humanos para Juízes, Promotores e Advogados. Cap. 4. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/manual-de-direitos-humanos/>>. Acesso em: 24 nov. 2019, p. 31.

⁴⁵ FERRAJOLLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajolli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 464 – 465.

⁴⁶ Art., 35, I, da LC nº 135/79: I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

⁴⁷ Art. 8º: O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Art. 25: Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

Essa normativa, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e nos termos da nossa CF, situa a imparcialidade e serenidade como critérios imprescindíveis e inseparáveis do exercício da jurisdição, estando em perfeita consonância com o dogma basilar do devido processo legal, princípio integrador e estruturante do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, sendo o juiz natural uma garantia de cunho normativo, a lei garante, além da imparcialidade e da independência, a competência, a qual através de um sistema já legalmente pré-estabelecido garante aquelas outras duas. Isso é importante, para além de uma necessidade organizacional, pois, o juiz não escolhe a causa que irá julgar, assim como a parte não escolhe o juiz por qual será julgada, garantindo uma maior confiabilidade nas decisões do magistrado.

Esse sistema de competências - imparcialidade, independência e competência - serve como forma de proteger o cidadão das possíveis condutas arbitrárias do poder estatal. Já que o próprio estado monopolizou o uso da força. O sistema de garantias nada mais é que a resistência e a barreira da intervenção do Estado na intimidade e liberdade do indivíduo. É por isso que quando um desses está ausente o sistema entra em colapso.

A forma de proteção do acusado no processo é o rito, o qual está previsto em lei. O legislador estabeleceu a forma da lei e está não está à disposição do juiz para escolher o que acha certo ou não. Logo, se o próprio Estado descumprir a forma da lei, por si só, o processo já deve ser presumidamente nulo.

Contudo, se faz imprescindível, diferenciar a imparcialidade da neutralidade, pois, ser imparcial, não significa ser neutro.⁴⁸ Nesse sentido, quando se requer que o juiz seja imparcial, remete-se a imparcialidade como a postura alheia do juiz em relação ao interesse das partes envolvidas, o julgador tem a exata compreensão da sua formação subjetiva. No que tange a neutralidade, os doutrinadores afirmam que é impossível um ser humano ser totalmente neutro, isento de qualquer tipo de influência.

Para Rodolfo Pamplona Filho e Charles Barbosa, a neutralidade seria o julgador estar insensível aos sentimentos e emoções, ou seja, no “ponto zero”, o que é impossível de ser atingido por um humano.⁴⁹ Nesse contexto, André Machado Maya argumenta que:

⁴⁸ MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias – 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014, p 99

⁴⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 249- 273, jul./set. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/27042>. Acesso em: 24 nov. 2019, p. 2

Não há como conceber o julgador como um ser isolado de si, de seus fatores hereditário-constitucionais, de suas experiências emocionais antigas, de seus traumas, das interferências do ambiente cultural e ideológico. Nessa complexa interdependência, impossível um julgar neutro.⁵⁰

Por fim, para sintetizar o que foi abordado, entende-se que é basicamente impossível a existência de um juiz neutro, afinal, ele é um ser humano, ainda que investido em um cogo de poder, não pode se desfazer de sua natureza, entretanto, é necessário a indiferença do magistrado diante do interesse das partes, devendo, impreterivelmente, estar presente o que a doutrina italiana denomina como *terzietà*.⁵¹

Mais que o compromisso com a cautela e imparcialidade, o magistrado em seu exercício jurisdicional deve se comportar de maneira prudente e equitativa, principalmente, no que tange a Operação Lava Jato, a qual pela alta repercussão midiática, os magistrados e membros do MP são vistos mais como personagens e atores do que como membros do poder Judiciário.

O próprio magistrado deve assegurar que a sua conduta, seja dentro ou fora dos tribunais, reproduz uma ideia de imparcialidade - não um indivíduo isolado do contexto social- mas que em sua conduta os cidadãos, os profissionais da área jurisdicional e, principalmente, os litigantes tenham confiança no sistema judicial. Caso contrário, deve ele mesmo se considerar suspeito.

Por isso, todo o desvio do atuar jurisdicional do magistrado merece correção e a forma adequada e procedimental correta é promover a devida investigação, já que a condução do expediente judicial que autorizou a interceptação telefônica em apreço e sua posterior divulgação apresentam elementos que indicam afronta às previsões do Estatuto da Magistratura e do Código de Ética da Magistratura.

No sistema jurídico brasileiro, mais precisamente no CPP foram previstas hipóteses de evitar a parcialidade do julgador, justamente com intuito de preservar o processo e garantir a imparcialidade, se tem as hipóteses de impedimentos, incompatibilidades e suspeição. Consideramos essa divisão equivocada, pois, todas se ocupam em tutelar o mesmo valor

⁵⁰ MAYA, op. cit., p XV

⁵¹O autor Maya diz que tal conceito “compreende a imparcialidade como o alheamento aos interesses em jogo no processo penal, obtida e garantida pela postura do juiz como um terceiro indiferente às pretensões das partes, cujo interesse deve limitar-se à aplicação do Direito objetivo ao caso concreto, à concretização do justo repartido orientado pelas regras legais e constitucionais, bem como pelos princípios informadores do ordenamento jurídico”. (MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias — 2. ed. rev. e ampl. — São Paulo: Atlas, 2014, p. 99)

positivado, a imparcialidade, não a porquê dividir, apenas aumentar as possibilidades das situações em possam ocorrer possíveis desvios.⁵²

Os casos de impedimentos estão dispostos nos arts. 252⁵³ e 253⁵⁴ do CPP e dizem respeito aos fatos e/ou circunstâncias atinentes e intimamente ligados ao próprio processo em curso, como, por exemplo, tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito ou ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha.⁵⁵ As incompatibilidades estão previstas no art. 112 do CPP⁵⁶ e são basicamente os casos de exclusão, ou seja, são as que não estão arroladas nas hipóteses de suspeição ou impedimentos.

No que tange às causas de suspeição, estão elencadas no art. 254 do CPP. Pode-se assegurar que a exceção de suspeição é a mais importante para o presente trabalho, pois, está diretamente relacionada a convicções de origem subjetivas do magistrado, ou seja, quando o juiz tem interesse por qualquer das partes. Júlio Mirabete descreve suspeição no seguinte sentido:

A exceção de suspeição é arguida com o fim de recusar o juiz sempre que as partes entendam haver motivo que o impeça de julgar com imparcialidade ou quando há motivos relevantes para suspeitarem de sua isenção em decorrência de interesses ou sentimentos pessoais (ódio, amor, temor, cobiça etc.). Visa-se não só prevenir decisões injustas como evitar situações embaraçosas para o juiz, mantendo-se a confiança do povo na administração da justiça e eliminando-se as causas que poderiam dar lugar a críticas à atividade

⁵² PACELLI, op. cit., p.160

⁵³ Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

⁵⁴ Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

⁵⁵ Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

⁵⁶ Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.

jurisdicional. A manifestação do juiz deve ser a mais justa possível e não o será se o juiz não for imparcial.⁵⁷

Mais precisamente o inciso IV, do art. 254, do CPP, determina suspeito o juiz que tiver aconselhado qualquer uma das partes. Consideramos aconselhamento como sinônimo de cooperação, logo, o magistrado que “sugere”, “opina” e “influencia”, isto é, que utiliza pronomes da primeira pessoa do plural “nós” em conversas ocultas com membros do órgão acusador, é passível de ser considerado suspeito, principalmente, se sua conduta vem acompanhada de divulgação de diálogos sigilosos.

Nesse contexto, apesar das hipóteses de impedimento e suspeição estarem elencadas no Código de Processo Penal, as hipóteses de impedimento, suspeição e incompatibilidade não podem ser taxativas.⁵⁸ No que tange ao impedimento, arts. 252 e 253 do CPP, o Supremo Tribunal Federal, atualmente, tem revisado seus últimos precedentes, no sentido de que não são mais taxativas essas hipóteses⁵⁹.

Em contrapartida, nas hipóteses de suspeição, há muitos autores que as consideram como rol exaustivo, a exemplo de Renato Marcão⁶⁰ e assim como a jurisprudência predominante do STF (RE: 1104731/PR).⁶¹ Por outro lado, alguns doutrinadores⁶² bem como

⁵⁷ MIRABETE, op. cit., p. 208

⁵⁸ Diz o artigo 3º, do Código de Processo Penal: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.”

⁵⁹ O julgamento do HC 67.997/DF, no qual afirmou a Suprema Corte que “a norma inscrita no artigo 252 do Código de Processo Penal contém rol taxativo de situações excepcionais, cuja concretização atua como verdadeiro obstáculo ao exercício, pelo magistrado, de seu poder jurisdicional,” (HC 67997, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29.06.1990, DJ 21.09.1990. No mesmo sentido: Supremo Tribunal Federal. HC 77930, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 09.02.1999, DJ 09.04.1999.) Já no HC 86.963/RJ (STF, HC 86963, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 12.12.2006, DJe-082, DJ 232 17.08.2007) e no HC 92.893/ES (HC 94641, Rel. Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado 233 em 11.11.2008, DJe-043, Public. 06.03.2009) o Ministro fez uso do art. 3º do CPP e interpretou extensivamente as hipóteses de impedimento.

⁶⁰ “As hipóteses ensejadoras de suspeição estão taxativamente listadas no art. 254 do CPP; configuram *numerus clausus*.” (MARCÃO, Renato Código de processo penal comentado. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626805/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 26 nov. 2019, p. 652)

⁶¹ “A simples discordância da defesa com os critérios utilizados pelo julgador para fins de dosimetria da pena não se amolda a qualquer das taxativas hipóteses de suspeição reguladas pelo artigo 254 do Código de Processo Penal.” (STF – RE: 1104731 PR – PARANÁ 5013026-96.2013.4.04.7009, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/05/2018, Data de Publicação: DJe-098 21/05/2018)

⁶² “Tem-se afirmado que a enumeração é taxativa, mas a imparcialidade do julgador é tão indispensável ao exercício da jurisdição que se deve admitir a interpretação extensiva e o emprego da analogia diante dos termos previstos no artigo 3º.” (MIRABETE, op. cit., p. 208); “Não, não pode ser taxativo, sob pena de – absurdamente – não admitirmos a mais importante de todas as exceções: a falta de imparcialidade do julgador (recordando que o Princípio Supremo do processo é a imparcialidade).” (LOPES JR., op. cit.); “Parece-nos que, visando a alcançar o real objetivo da suspeição, não se pode considerar exaustivo o art. 254 do CPP.” (AVENA, op. cit.)

a posição majoritária do STJ (HC 294573/PR),⁶³ defendem que art. 254 do CPP é exemplificativo.

No presente trabalho, defende-se que as hipóteses de suspeição constituem um rol exemplificativo, ou seja, apenas algumas hipóteses de suspeição estão elencadas no Código de Processo Penal.

A imparcialidade é um direito fundamental e imprescindível no processo, sua ausência implicaria em uma direta violação do próprio sistema jurisdicional e do devido processo legal. Nesse sentido, André Maya complementa:

A limitação legal das hipóteses de suspeição afigura-se inadequada e incompatível com um sistema processual democrático, por se tratar de tentativa estéril de disciplinar com plenitude hipóteses cuja multiplicidade de manifestações possíveis torna impossível ao legislador a sua enumeração taxativa.⁶⁴

Por fim, é perceptível que o princípio da imparcialidade foi uma das principais conquistas do sistema acusatório, em que sua aplicação é requisito essencial para validade do processo, a relação de igualdade entre as partes é fundamental para o exercício da jurisdição. Dessa forma, sua ausência não só torna o juiz suspeito, mas caracterizaria uma afronta direta ao devido processo legal e uma subversão do sistema acusatório.

2.3 O EQUILÍBRIO DO PROCESSO: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988, ampliou e enalteceu a observância aos direitos fundamentais, através justamente das garantias constitucionais, com objetivo de limitar o poder Estatal, evitando, assim, sua interferência desenfreada na esfera pessoal do indivíduo. Os Princípios Constitucionais se tornaram a essência do ordenamento jurídico, os quais emanam valores para todas as regras presentes em nosso sistema, sendo necessário sua interpretação como um todo.

Todavia, é inevitável que surjam situações fáticas em que haverá colisões entre direitos fundamentais, em que dois princípios, simultaneamente protegidos pela Constituição,

⁶³ STJ - HC 294573 / PR 2014/0112308-5, Relator: Ministro Leopoldo De Arruda Raposo (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE) (8390), Data do Julgamento: 18/06/2015, Data da Publicação: 03/08/2015, T5 - QUINTA TURMA.

⁶⁴ MAYA, op. cit., p. 89.

iram se contradizer, tornando necessária a interpretação sob o prisma do princípio da proporcionalidade.

Faz-se mister salientar que no presente tópico o tema da proporcionalidade será elucidado de maneira superficial e abrangente, sendo essa introdução fundamental para compreensão específica e direta em relação ao tema de provas ilícitas no âmbito criminal, a qual será realizada nos próximos capítulos.

Dessa forma, a teoria ou princípio da proporcionalidade serve como forma de resolução das colisões de princípios e garantias. Diferente das regras, em que os postulados são definitivos, são aplicáveis ou não, há a exata subsunção da norma ao caso concreto, os princípios se baseiam na ponderação, são nas palavras de Robert Alexy “mandatos de otimização”.⁶⁵ Nas palavras de Roberta Pacheco Antunes “a convivência entre os princípios é colidente, enquanto a convivência entre regras é antinômica, ou contraditória, uma vez que, enquanto os princípios coexistem, as regras opostas se excluem”.⁶⁶ Assim, o grau de importância de cada princípio vai variar conforme cada caso concreto, é a partir disso que entra o critério de ponderação, ou seja, qual princípio tem maior relevância para aquela situação.

O princípio da proporcionalidade foi mais estudado profundamente no Direito Alemão, o qual foi elevado ao patamar de princípio constitucional, cujo objetivo era, principalmente, a proteção de direitos fundamentais, assim como a limitação do poder Estatal.

Assim, pode-se afirmar que tal princípio possui nitidamente duas funções, além de funcionar como critério de pacificação de garantias fundamentais atuando através da ponderação entre os valores envolvidos no caso concretos, também atua como controle estatal, limitando o poder do Estado sobre os direitos fundamentais, principalmente, no que tange a liberdade individual do indivíduo.

No ordenamento pátrio, a proporcionalidade está caracterizada como princípio implícito, já que não há previsão expressa na CF/88. Apesar disso, grande parte da doutrina e jurisprudência utilizam-na como forma de ponderação de valores cujo intuito é justamente harmonizar os direitos e garantias conflitantes. No que tange a essa relativização, o STF se posicionou no seguinte sentido:

⁶⁵ ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Material da 6ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Tele Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/20863014/colisao-e-ponderacao-alexey>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

⁶⁶ ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 999, 27 mar. 2006.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.⁶⁷ (grifo nosso)

Além desse julgado, o STF adota tal princípio constitucional de forma clara, como demonstra o Informativo 381, consolidado em decisão do RE 374.981/RS⁶⁸ de relatoria do Ministro Celso de Mello:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.

Caracterizando a presença do princípio da proporcionalidade na CF/88, pode-se afirmar que estaria melhor descrito no § 2º do art. 5º, em que nenhum direito e garantia expressos na Lei Maior exclui outros derivados do mesmo regime e princípios dispostos por ela. Assim, tal dispositivo evita à aplicação injusta e intransigente de qualquer norma ou princípio previsto

⁶⁷ STF, MS n. 23.452/RJ, Plenário, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 16/09/1999. Data de publicação: DJ 12/05/2000.

⁶⁸ STF – RE: 374981 RS, Rel. Min Celso de Mello, Data de julgamento: 28/03/2005, Data de publicação: DJ 08/04/2005.

no artigo em que está inserido. Dessa forma, deve-se racionar que, apesar da obrigatoriedade da aplicação do que está disposto em determinado dispositivo, sua utilização não deve excluir outras garantias igualmente protegidos.

Nesse contexto, o Ministro Moreira Alves (Relator), na ADI 996-4/1993, citado por Ingrid Patrícia Felix da Cruz aduziu que: “o princípio da proporcionalidade como meio de contenção dos excessos do poder público, tem dignidade constitucional como postulado autônomo que tem a sua sede na dimensão substantiva material na disposição constitucional sobre o devido processo legal”.⁶⁹

A doutrina subdivide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação, também conhecido como da pertinência, sintetiza a correlação entre a medida utilizada e o meio a ser atingindo, ou seja, se o meio utilizado para solucionar o conflito é adequado para persecução do fim desejado e se o princípio é apropriado ao caso concreto.⁷⁰

O segundo subprincípio é o da necessidade ou exigibilidade, o qual compreende a utilização do princípio da proporcionalidade quando for imprescindível ao caso concreto, isto é, exige-se a adoção do sistema mais vantajoso, que proporcione o melhor resultado, mas sem produzir consequências extremamente onerosa para sociedade. Nas palavras de Cecilia Gomes Lins traduz “a ideia de medida necessária para a solução do caso concreto visa garantir que o indivíduo será atingido de forma mínima, apenas no patamar necessário para a solução do conflito, de forma a se evitar maior desvantagem do que a exigida.”⁷¹

Por fim, o terceiro subprincípio que integra a proporcionalidade é sua aplicação em sentido estrito (*stricto sensu*), o qual representa uma ideia de ponderação de bens, em seu sentido literal, ou seja, devem ser analisadas as vantagens e desvantagens para alcançar o fim perquirido, frisando que as desvantagens não podem superar as vantagens. Cecilia Gomes descreve que tal subprincípio “busca a otimização da atuação estatal em face dos direitos fundamentais dos indivíduos.”⁷²

Ante ao exposto, o princípio da proporcionalidade surge como um juízo de ponderação, uma verdadeira balança do direito, definindo quais princípios prevalecerão e quais

⁶⁹ CRUZ, Ingrid Patrícia Félix da. Princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3810, 6 dez. 2013.

⁷⁰ LINS, C.K.G. Da (In) admissibilidade das provas ilícitas no processo penal ante o princípio da proporcionalidade. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 240

⁷¹ Ibidem, op. cit., pg. 240

⁷² Ibidem, op. cit., p. 240

serão mitigados em determinado caso concreto, atuando de forma que um não barre a existência do outro, mas haja uma situação de harmonia entre eles.

Dessa forma, pode-se afirmar que a finalidade da aplicação de tal princípio é assegurar o equilíbrio entre os anseios dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, no qual nenhuma garantia deve ser aplicada de maneira absoluta, tornando-se necessário a relativização desse para que haja uma justa aplicação do Direito.

Por isso, os diálogos obtidos pelo *The Intercept* devem ser aceitos com base na proporcionalidade, pois, os crivos que tal princípio exige (adequação, necessidade e proporcionalidade estrita) se fazem presentes. O bem jurídico de sua conduta, proteção as garantias do devido processo legal, juiz natural, ampla defesa, dignidade da pessoa humana, é igual, ou melhor dizendo, mais valioso que o bem lesado, a vedação da prova obtida por meios ilícitos (proporcionalidade estrita). Também há possibilidade de minorar a pena (adequação) e não há outra prova apta a beneficiar o réu, visto que a exceção de suspeição foi negada tanto nas alegações finais por memoriais feita pela defesa, quanto o *Habeas Corpus* (HC) em grau de recurso.

Portanto, sequer não é possível sobrepor algumas garantias, por exemplo, é inconcebível fazer a ponderação entre o princípio da garantia do juiz natural frente a consequências pragmáticas como o “combate à corrupção”. Não é compatível com o Estado de Direito a ponderação de que crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção tenham maior peso que os próprios princípios estruturantes do processo penal.

3. DA (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O direito à prova é constitucionalmente assegurado por estar inserido nas garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, da dignidade da pessoa. É a forma pela qual as partes comprovam a veracidade do que foi alegado. Diante dessa pretensão em juízo, as partes acreditam que o Estado de Direito garantirá, no mínimo, um processo justo.

Contudo, esse direito à prova é limitado, sendo restringido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI. A priori, o ordenamento jurídico veda a absoluta utilização das provas obtidas por meios ilícitos, sob a justificativa de proteção aos direitos individuais. Contudo, concordamos que atribuir valores absolutos a tal princípio ou a qualquer outra garantia pode culminar numa inversão de valores prejudiciais à manutenção da ordem na sociedade.⁷³

É notório que haverá situações em determinados casos concretos que os princípios e garantias constitucionalmente assegurados entraram em choque e, por isso, deverá ser feito a ponderação de qual “pesa” mais, devendo este ser utilizado. Por isso, criticamos a posição de que seria correto afastar uma prova relevante, a qual mostra que houve clara violação do devido processo legal, ocasionando, por consequência, uma condenação injusta, pelo fato de ter sido obtida por meios ilícitos.

Alexandre de Moraes destaca:

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no *Princípio da Proporcionalidade*, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.⁷⁴

⁷³ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova ilícita. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça afirma que “a limitação absoluta do direito à prova viola indiretamente a garantia constitucional do direito de ação. Em função disso, há necessidade de se delinearem pormenorizadamente os limites da licitude probatória.”⁷⁵

Neste diapasão, a interpretação literal do texto constitucional, no sentido de absoluta vedação as provas ilícitas, acaba por ter como consequência a exclusão do princípio universal da Justiça, consagrado como um propósito fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, I, da CF/88.⁷⁶

Diante disso, o presente capítulo trata sobre os conceitos gerais da definição de prova, em sua divisão (ilícita e ilegítima) e as principais correntes doutrinárias sobre a (in)admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo criminal. Em síntese, consideramos cinco teorias: uma delas admite a utilização das provas ilícitas, punindo quem a produziu; três defendem a inadmissibilidade da prova ilícita; e, por fim, a que tenta equilibrar os valores contrapostos no caso concreto e visa proteger os bens constitucionalmente assegurados, só que mais relevantes do que aqueles que ensejaram a produção das provas ilícitas.

3.1 PANORAMA GERAL DAS PROVAS EM MATERIA CRIMINAL

Diante da garantia de provocar o exercício da jurisdição, é atribuído as partes o amplo acesso à justiça, e, ao Estado, o dever da correta prestação jurisdicional, sendo-lhe vedado excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito nos moldes do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88. Disto, decorre o direito de ação, no qual para o seu exercício, se faz necessário garantir o direito à prova.

A prova está intimamente ligada ao processo penal, pode-se afirmar que é um dos temas mais importantes referentes à matéria criminal. Refuta-se que sua importância se revela tanto em evitar que o culpado de uma infração escape da responsabilização criminal, quanto em jamais punir um inocente.

Etimologicamente, a palavra prova deriva do latim *probatio*, cujo significado é correção, confiança, aprovação, entre outros sentidos. Popularmente, traduz a ideia de existência ou exatidão do conhecimento de um fato. No âmbito jurídico, representa os elementos e os meios usados para confirmar a presença de um fato pretérito. Carnelutti descreve

⁷⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Provas ilícitas: limites à licitude probatória. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 2

⁷⁶ MENDONÇA, Op. cit., p. 6; CARNAÚBA, Op., cit. p. 27.

que “as provas servem, exatamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor, para reconstruir a história.”⁷⁷

O objetivo da prova é a reconstrução dos fatos que serão investigados no processo, apurando a maior coincidência possível com a realidade, a veracidade dos fatos como de fato ocorreram no espaço e no tempo.

André Vasconcelos Roque segue a mesma linha de pensamento sobre o conceito de prova:

Com o processo, que nada mais é do que uma atividade reconstrutiva de fatos juridicamente relevantes, não poderia ser diferente. Com efeito, os fatos integram as relações sociais que o direito pretende regulamentar e harmonizar. Consequentemente, para que o processo possa exercer sua função e seja um instrumento de atuação concreta das normas jurídicas, é indispensável investigar a veracidade dos fatos que são narrados pelas partes litigantes.⁷⁸

Além desse conceito, o termo prova pode ser utilizado em três sentidos. Em um primeiro momento, caracteriza os procedimentos realizados tanto pelo juiz quanto pelas partes na reformulação dos fatos que constituem a base para as pretensões deduzidas e até da própria decisão. Noutra perspectiva, a prova é o meio através do qual as informações são trazidas ao processo (meio de prova). E, por fim, a prova ainda pode ser considerada como o resultado dessa atividade (a certeza da convicção do juiz).

De acordo com Eugenio Florian, citado por Thiago André Pierobom de Ávila, "provar significa fornecer ao processo o conhecimento de qualquer fato, de maneira que se adquira para si ou se engendre em outros a convicção da existência ou verdade desse fato"⁷⁹. Dessa forma, a prova deve apresentar, reproduzir ou demonstrar de forma mais fidedigna possível a existência ou inexistência de um fato.

É importante frisar que a definição de prova da qual tal trabalho está analisando, qual seja, as interceptações telefônicas obtidas pelo *The Intercept Brasil*, não é a prova processual (aquela que o juiz forma seu juízo de valor e decide), mas uma prova em sentido genérico. Ou seja, se a admissibilidade é o momento do qual a prova ingressa no processo, o

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Trad. José Antônio Cardinalli, 1995.

⁷⁸ ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. Revista de Processo. vol. 153. p. 311. Nov.2007, p.2. Disponível em: <<http://www.andreroque.adv.br/wp-content/uploads/2015/01/Provas-ilicitas-in-RePro-online.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁷⁹ FLORIAN, Eugenio apud ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Brasília. 2006. p. 89.

art. 5º, inciso LVI, da CF/88, define uma prova que ainda não ingressou no processo, pois foi obtida de maneira ilícita.⁸⁰

Por isso, no processo penal vigora o princípio da verdade real ou material, o qual na busca da reconstrução do fato e possível demonstração da existência do delito, justamente objetivando a descoberta da verdade realizada através das provas, proporcionando ao juiz maior liberdade na iniciativa probatória. No entanto, surge a problemática no sentido de que na busca dessa “verdade material”, a liberdade do juiz se torne cada vez mais ampla, ultrapassando todos os obstáculos necessários ao processo legal, ou seja, a adoção do livre convencimento motivado⁸¹ como dogma absoluto e como meio de defesa social e do Estado.

A partir de uma análise histórica percebe-se que os dispositivos constitucionais visam proteger as garantias que decorrem da dignidade da pessoa humana e estabelecem limites à perseguição penal estatal. O agir incontrolado do Estado em busca dessa verdade real estaria sendo limitado em virtude das garantias individuais do indivíduo fruto do sistema acusatório.

Dessa forma, a verdade deve ser vista sob dois aspectos: de um lado, em que seu sentido seja subtraído à influência que as partes exercem no processo; já por outro, uma verdade processual válida, não obtida a qualquer preço.⁸² Grinover ainda complementa:

O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não penal. E ainda, agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça⁸³.

⁸⁰ ÁVILA, op. cit. p. 93

⁸¹ No Brasil, livre convencimento motivado é a postura adotada pela doutrina dominante, a teor do disposto no art. 155 do CPP combinado com o art. 93, IX, da CF. Esse também é o entendimento adotado pelo STJ (HC 64657 PR 2006/0177927-3, Rel: Min. Laurita Vaz, DJ: 20/11/2007, T5 – Quinta turma, Data de publicação: 17/12/2007) e pelo STF (STF–RHC 91.691/SP, Rel: Min Menezes Direito, DJ: 19/02/2008, T1 – Primeira turma, Data de publicação: 25/04/2008).

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas, interceptações e escutas. 1. ed. Brasília, DF : Gazeta jurídica, 2013, p. 88

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1(18) - jan./jul.2005, p.23. Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/RevistadoConselhoNacionaldePoliticaCriminalPenitenciaria2005.pdf#page=15>>. Acesso em: 11 de jan de 2020.

O direito à prova é constitucionalmente assegurado, embora implicitamente expresso, está disposto no direito de ação (art. 5º, inciso XXXV) e de defesa (inciso LV), com destaque para o contraditório e a ampla defesa, assegurados pela garantia do devido processo legal (já analisado no tópico 2.1). Nesse contexto, a legislação brasileira não determina um rol taxativo das provas, a parte pode optar pelos meios de produção que lhe pareça mais oportuno, desde que não viole as disposições legais.

Contudo, tal garantia não é absoluta, o próprio processo impõe limites ao direito à prova, como a que está disposto no artigo 5º, inciso LVI, da CF/88, o qual é o objeto de estudo desse trabalho. Tal cláusula pétrea recepcionou a corrente que defende ser inadmissível a utilização das provas obtida por meios ilícitos no processo penal. Nota-se, portanto, que o Estado fica impedido de acusar ou condenar qualquer pessoa com base nesse tipo de prova.

Neste mesmo sentido, o CPP em seu art. 157,⁸⁴ com redação dada pela Lei 11.690/08, determina que são inadmissíveis as provas ilícitas, devendo ser desentranhadas do processo, por serem obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

A Revolução Francesa trouxe a ideia de limitação ao modo de colheita das provas criminais e a inseriu nas Constituições, a qual foi aprofundado no dispositivo dos direitos e garantias individuais.⁸⁵ As provas vedadas estão inseridas no capítulo referente as garantias constitucionais, justamente porque sua obtenção interfere de modo direto nas liberdades individuais dos cidadãos.

Ada Pellegrini, adotando a teoria de Nuvolone, foi a pioneira na caracterização das provas vedadas, definindo-as como o gênero que compreende as espécies das provas ilegítimas (quando enfriem normas de caráter processual) ou ilícitas (são obtidas por violação de normas materiais, por exemplo, constitucional ou penal).⁸⁶

Luiz Francisco Torquato Avolio aborda com maestria a matéria. Para ele as provas ilegítimas são aquelas que infringem as normas de direito processual, já que estas, por si só, excluem determinadas provas do processo, como é o caso, por exemplo, da proibição de depor

⁸⁴ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

⁸⁵ CARNAÚBA, Op. Cit. p. 12.

⁸⁶ Ada Pellegrini descreve: “Portanto, a fim de evitar confusões terminológicas e conceituais, utilizaremos a linguagem de Nuvolone, para quem a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação as normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegitimamente produzida), já quando for de natureza material a prova será ilícita (*rectius*, a fonte de prova será ilicitamente colhida). Grinover, Ada Pellegrini. Provas ilícitas, interceptações e escutas. 1. ed. Brasília, DF : Gazeta jurídica, 2013, p. 135. Nesse mesmo entendimento, Alexandre de Moraes afirma que as provas ilegais seriam o gênero, cujas espécies são as provas ilícitas e ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (disposto no art. 207 do CPP)⁸⁷ ou a recusa de depor por parte de parentes (contido no art. 206).⁸⁸ Logo a penalidade para o descumprimento de tal norma se resolveria dentro do processo tendo como base a própria lei processual.⁸⁹

Continua o autor, que a prova colhida ilicitamente é vedada quando há violação de normas materiais, sobretudo de direito constitucional ou de princípios gerais do direito, porque a problemática gira em torno das liberdades individuais, como os direitos e garantias referentes à intimidade, à liberdade e principalmente à dignidade da pessoa humana. Uma vez violada a garantia constitucional, por consequente, também se afronta norma infraconstitucional, seja ela de direito civil, administrativo ou penal.⁹⁰

Diante desse contexto, surge a indagação se essa absoluta vedação a utilização das provas ilícitas não seria apenas para o órgão acusador, que em via de regra é o MP, já que as garantias trazidas pela constituição de 1988 buscavam restringir justamente o poder arbitrário do Estado⁹¹. Na visão de Fabiano Yuji Takayanagi: “Percebe-se que, diante disso, tem-se uma restrição a um direito à prova da acusação, pois em outro patamar igualmente oposto, encontramos os direitos individuais[...].”⁹²

Foi justamente no intuito de combater o contexto histórico de uma ditadura militar repressiva e proteger os cidadãos das perseguições políticas, que o legislador quis priorizar determinadas garantias em detrimento de outras, não percebendo que essa proibição absoluta

⁸⁷ Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho

⁸⁸ Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

⁸⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3ª Ed. ver.,. Ampl. e atual. em fases das leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. - São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

⁹⁰ Ibidem, op., cit. p. 43

⁹¹ Na opinião de Barros e Texeira: “Cabem, contudo, algumas considerações sobre a introdução de tal garantia no texto da Constituição da República de 1988. Primeiro, é importante ter em vista o momento histórico em que se deu a elaboração de nossa atual Constituição, vez que é indiscutível que o teor fortemente garantista do texto é um reflexo – ou resposta – direto do momento histórico imediatamente anterior, qual seja, uma ditadura militar repressiva, cujo fim se deu mais pela decisão de um presidente militar do que pela efetiva participação popular, e uma ditadura que utilizava métodos não aceitáveis para a obtenção de informações, assumidamente.” (Barros, Flaviane de Magalhães; Teixeira, Ricardo Augusto de Araújo. A fundamentação do princípio da exclusão: análise hermenêutica da vedação das provas ilícitas no processo penal. NEJ - Vol. 13 - n. 1 - p. 107-118 / jan-jun 2008, p 110-111.

⁹² TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. O sentido filosófico das regras e princípios de Robert Alexy aplicado nas provas ilícitas do processo penal. Revista Acadêmica Direitos Fundamentais. Osasco/SP . n.5. 2011, p. 168 Disponível em:

<https://app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction:BR,EA+content_type:4/admissibilidade+de+provas+il%C3%ADcitas+no+processo+penal/p13/BR/vid/416756370/graphical_version> Acesso em: 11/01/20120.

como por exemplo a inadmissibilidade das provas ilícitas, podia gerar efeitos lesivos também à sociedade. Nesse contexto, concordamos com a opinião de Fernanda Maria Alves Gomes Aguiar no sentido de que:

Da mesma forma que há limites no exercício da atividade probatória, deve havê-lo na preservação das liberdades individuais, devendo-se alargar os limites da licitude probatória para promover a justiça no caso concreto, na medida que como todas as garantias constitucionais são relativas, seus valores devem ser contrapostos. Assim, não se deve adotar posições absolutas, nem para admitir o direito à prova violador das liberdades individuais em qualquer caso, nem para inadmiti-las sempre com o fim de preservar os direitos individuais constitucionalmente assegurados, independentemente da relevância da prova e da questão que esta visa a incriminar.⁹³

Por isso, existem controvérsias sobre o alcance dessa vedação constitucional, pois, como já foi debatido anteriormente, o devido processo legal é controverso, isto é, ao mesmo tempo que ele proíbe a total admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, seja por parte da acusação ou da defesa, justamente com intuito de proteger a liberdade do indivíduo, também prejudica direito de ação deste, consequentemente o contraditório e a ampla defesa, visto que, a liberdade tem seus limites.

Dessa forma, não se pode afirmar que a prova ilícita será sempre inadmissível, pois assim como o direito à prova não é exercido de maneira absoluta, a inadmissibilidade também não deve ser, devendo haver um equilíbrio, justamente porque há provas que são em benefício da defesa do réu. Romulo Lachi, assim dispõe:

Desse modo, no contexto da vedação das provas ilícitas, existe em cada caso concreto uma diversidade de princípios envolvidos, ora corroborando a vedação, ora relativizando-a, e cabe à proporcionalidade o papel de ferramenta a solucionar o conflito.⁹⁴

O Superior Tribunal de Justiça, no acórdão do HC 3.982/RJ,⁹⁵ adotou a teoria da proporcionalidade em alguns julgamentos, sob o argumento de que o princípio que proíbe a produção de provas ilícitas deve ser considerado como relativo.

⁹³ AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. A admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto de Cooperação e Assistência Técnica da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal, Brasília. 2002, p. 87.

⁹⁴ LACHI, Rômulo. Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS. v. 11. n. 22. Jul./Dez.2009, p. 87

⁹⁵ STJ, HC: 3982 RJ 1995/ 0053161-5, Rel: Min. Adhermar Maciel, data de julgamento: 05/12/1996, T6-Sexta turma, Data de publicação:26/02/1996

Debora Munizzi em seu texto também descreve que:

O que interessa para o uso da prova ilícita é o caso concreto e não a disponibilidade do bem penal ou civil. Uma vez comprovado que o direito a ser preservado é maior que o direito violado com a prova ilícita, ela deve ser admitida tanto em processo civil quanto em processo penal.⁹⁶

Além desse posicionamento, podem-se destacar mais três que são pertinentes em relação ao tema: para uma parcela da doutrina, é totalmente inadmissível a utilização das provas obtidas pelos meios ilícitos, se trata da inadmissibilidade absoluta; outra parte defende ser possível a ampla utilização das provas ilícitas; e, finalmente, há quem entenda ser fundamental a análise sob o ponto de vista da proporcionalidade (admissibilidade relativa), o qual se adentra no âmbito da admissibilidade da prova ilícita *pro réu*.

Portanto, deve inquirir se a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é realmente absoluta, ou se, em alguns casos, é possível sua utilização, principalmente, diante do choque entre princípios constitucionalmente assegurados.

3.2 DAS PRINCIPAIS CORRENTES DE PENSAMENTO: PROVAS VEDADAS OU NÃO?

O tema das provas ilícitas tem provocado inúmeras discussões no mundo jurídico. É possível notar uma desarmonia tanto doutrinária quanto jurisprudencial a respeito da admissibilidade ou não da prova obtida por meios ilícitos.

Diante da controvérsia existente, concordamos com a divisão de Camargo Aranha no sentido de que há, predominantemente, cinco teorias no tocante a sua (in)admissibilidade, uma delas propugna pela admissibilidade, mas punindo-se o infrator, três pela inadmissibilidade e uma que segue um caminho intermediário.⁹⁷

A teoria da admissibilidade das provas ilícitas permite o uso das provas obtidas por meios ilícitos. Nesse sentido, o estado não sofre qualquer limitação quanto a produção de provas, pois, em face dos princípios do convencimento motivado e da verdade real, esta deve

96 MINUZZI, Débora. Prova ilícita: admissível ou inadmissível?. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume X. pg. 91- 112, p. 97 Disponível em: https://app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction:BR,XM,EA+content_type:4+categorias:14/admissibilidade+de+provas+il%C3%ADcitas+no+processo+penal/p4/BR/vid/773360749/graphical_version. acesso em: 11/01/20120

97 ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. Da prova no processo penal. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p.60

ser descoberta a qualquer custo. Neste contexto, o STF, no HC 80949/RJ,⁹⁸ já se manifestou no sentido de entender inadequada a utilização do princípio da proporcionalidade à ordem constitucional, como princípio norteador a realização de provas ilícitas.

A restrição, no tocante a essa teoria, diz respeito à admissibilidade processual, ou seja, se não há violação ou proibição em norma de direito processual. Por isso, a prova, ainda que ilícita, sendo processualmente legítima, é totalmente válida. É o que consagra o axioma *male captum, bene retentum*, o mal colhido (no momento material), foi bem conservado (no momento processual). Países como a França e a Inglaterra são adeptos dessa teoria⁹⁹.

Consequentemente, pode-se afirmar que pouco importa se a prova foi obtida por meios ilícitos, contanto que também não seja ilegítima, deve ser admitida no processo, punindo-se o infrator pela violação da norma legal. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha trás os seguintes exemplos:

A conversa telefônica interceptada fica mantida como prova, processando-se o ofensor pela violação da lei adequada; a fotografia obtida mediante violação da intimidade vale como prova, punindo-se o violador; a gravação obtida subrepticiamente permanece, embora se reconheça a má-fé do exibidor.¹⁰⁰

Fernando da Costa Tourinho Filho dispõe que parte da doutrina:

[...] entende que nada impede a admissão de provas ilícitas no Processo Penal. Se a prova foi conseguida com transgressão a normas de Direito Penal, de Direito Civil ou de Direito Administrativo, por exemplo, o seu autor sujeitar-se-á às sanções respectivas, nada impedindo sua admissão no processo. ‘Quem agiu *contra jus* deve ser punido, mas a prova é validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não impeça: *male captum bene retentum*’.¹⁰¹

Tal teoria não é aceita pelo ordenamento e é bastante criticada pelos doutrinadores justamente no sentido de que como uma prova que serve para atestar a inocência do réu, mas, por consequência, pode torná-lo culpável em outro¹⁰². Logo, quem entregaria uma prova ilícita as autoridades?

⁹⁸ STF, HC: 80949 RJ, Rel.: Sepúlveda Pertence, Data de julgamento: 30/10/2001, Primeira Turma, Data de publicação: 14/02/2001.

⁹⁹ PACELLI, Op. cit.

¹⁰⁰ CAMARGO ARANHA, op. cit. p.60

¹⁰¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume. 29 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 224.

¹⁰² NEVES, Luiz Gabriel Batista. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da teoria dos direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios. 2013.

Diante de toda regra há uma exceção. O *The Intercept Brasil* teve acesso a interceptação telefônica obtidas por meio ilícitos, através de uma fonte sigilosa, liberando o conteúdo dos diálogos em seu *site*. O Min. Gilmar Mendes na cautelar de arguição de descumprimento de preceito fundamental 601¹⁰³ decidiu pela não responsabilização dos jornalistas com base no art. 5º, XIV, da CF/88.¹⁰⁴ Contudo, recentemente, o MPF ainda assim denunciou alguns jornalistas, por, principalmente, praticarem a conduta delitiva prevista no art. 10, da Lei 9296/96,¹⁰⁵ que será estudada mais à frente.¹⁰⁶

Nessa linha de pensamento, aqueles que defendem que tais provas não deveriam ser aceitas seguem as correntes que aderem a inadmissibilidade das provas ilícitas (teoria obstativa) em qualquer hipótese, ainda que inexista norma processual que contraria sua utilização. Tal doutrina se desdobrou em basicamente três correntes: a primeira tem como fundamento a indivisibilidade e unidade do ordenamento, ou seja, ainda que a norma violada não seja de natureza processual, não é possível que uma prova ilícita possa ser aceita no processo. Ada Pellegrine Grinover faz menção a essa teoria:

Sendo a ilicitude um conceito geral do direito, e não conceito específicos de algum de seus ramos, a preposição de que é nulo e inválido é, também, geral. Dessa forma, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta que ela tenha sido obtida ilegalmente, violando normas jurídicas de qualquer natureza, especialmente aquelas estabelecidas para proteger direitos fundamentais.¹⁰⁷

A segunda corrente se fundamenta no princípio da moralidade, o Estado deve punir os criminosos e combater a prática delitiva de uma forma moral, sem utilizar meios ilícitos que violem as garantias individuais ou que sejam obtidos às custas ao direito de liberdade do

¹⁰³ “[...]a determinar que as autoridades públicas e seus órgãos de apuração administrativa ou criminal abstenham-se de praticar atos que visem à responsabilização do jornalista Glenn Greenwald pela recepção, obtenção ou transmissão de informações publicadas em veículos de mídia, ante a proteção do sigilo constitucional da fonte jornalística.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 601 distrito federal. RELATOR: MIN. GILMAR MENDES. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-mendes-proibe-glenn-greenwald.pdf> acesso em: 11/01/20120

¹⁰⁴ O art. 5º, inciso XIV, da CF/88: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

¹⁰⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Da República No Distrito Federal. DENÚNCIA. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-glenn-hackers-autoridade.pdf> >. Acesso em: 29 de fev de 2020.

¹⁰⁶ É interessante notar que Moro também violou o preceito do art. 10 da Lei de Interceptação telefônica e a representação contra ele foi arquivada. No referido caso do *Intercept*, as interceptações obtidas, além de servir como base para denúncia de alguns indivíduos, por ser considerada ilícita, supostamente, também não será aceita na defesa dos acusados da Operação Lava Jato que foram prejudicados pela (im)parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro (referido tema será analisado no cap. 4).

¹⁰⁷ GRINOVER, op. cit., p. 148.

indivíduo. Nas palavras de Camargo Aranha “como o mundo jurídico reconhece em favor do estado uma presunção de legalidade e moralidade de todos os atos praticados, não se pode admitir por parte de seus agentes o uso de meios condenáveis, ombreando-se aos marginais combatidos.”¹⁰⁸

Finalmente, a terceira corrente, preconiza que as provas ilícitas obtidas mediante violação de preceitos constitucionais serão consideradas inconstitucionais, pois atingem valores fundamentais do indivíduo. Nesse sentido, Thomas Mio Salla em seu texto descreve que: “dada a circunstância de que, colhida a prova, ofendidos são os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a prova amealhada fica inquinada pelo vício da inconstitucionalidade, não podendo predominar em qualquer campo do direito.”¹⁰⁹

Diante disso, pode-se concluir que para a Teoria Obstativa é inimaginável a admissão de provas obtidas por meios ilícitos no processo, tal dispositivo previsto no art. 5º, LVI, da CF/88, detêm eficácia plena e deve ser aplicado de maneira direta e instantânea, cujo objetivo é garantir os direitos fundamentais, como privacidade, intimidade, sigilo entre outros.

Fazendo uso das palavras de Thomas Salla:

Em suma, a aludida teoria apoia-se no fato de que a prova ilícita deve ser sempre rejeitada, reputando-se assim não apenas a afronta ao direito positivo, mas também aos princípios gerais do direito, especialmente ao Princípio da Moralidade, que norteia os atos praticados pelo Estado, entre nós fixado na Constituição Federal.¹¹⁰

Contudo, o legislador adotou uma posição radical quando não concedeu nenhum valor às provas obtidas por meios ilícitos. No atual sistema, tal tipo de prova deve ser desentranhada dos autos ou até mesmo descartadas antes de serem analisadas, como em casos que o réu pode ser favorecido. Isso contrapõe o ideal de justiça.¹¹¹

Dessa forma, mesmo que o legislador tenha proibido expressamente a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, não há como hierarquizar os direitos e garantias individuais previstas no mesmo art. 5º da CF/88, todas detêm de mesmo status constitucional, mesma cronologia e mesmo caráter singular. Por isso, tal interpretação deve ser vista com ponderação,

¹⁰⁸ ARANHA, op. cit., p.61

¹⁰⁹ SALLA, Thomas Mio. As provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade. 2007. 145 f. Tese (Direito) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, [S. l.], 2007, p. 90.

¹¹⁰ Ibidem, p. 87

¹¹¹ AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. A Admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. 2002. 176 f. Tese (Mestre em direito) - Instituto de Cooperação e Assistência Técnica da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal, Brasília, 2002, p. 110

já que o preceito constitucional da proibição da utilização das provas ilícitas e o que garante o direito de ação, inclusive a ampla defesa e contraditório, estão no mesmo artigo.¹¹²

Nesse mesmo sentido, o STF já se manifestou:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.¹¹³

Aceitar a inadmissibilidade absoluta faz que com as garantias, direitos e princípios sejam classificados e, posteriormente, haja um engessamento de valores, ou seja, independente do caso concreto determinada garantia nunca será utilizada em face de outra, haverá um estado de subordinação perene,¹¹⁴ ocasionando sentenças injustas se comparado a realidade da situação concreta. Na referida corrente, por exemplo, a prova obtida por meio ilícito sempre, sem exceção, seria inadmissível no processo. Isso abre margem para decisões arbitrárias, as quais o julgador pune erroneamente o acusado, indo de encontro aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Por isso, a inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas no processo vem sendo cada vez mais amenizada pelo princípio da proporcionalidade, o qual visa rever certos casos extremamente graves nos quais há necessidade de ser feito o uso da prova obtida por meios ilícitos. Pode-se afirmar que tal teoria é uma intermediária entre a teoria obstativa e a permissiva. Ao nosso ver, teoria da proporcionalidade - a qual será abordada em um próximo tópico - é a que melhor se encaixa em uma sociedade que preza pela dignidade humana.

3.2.1 DAS PROVAS DERIVADAS

Neste mesmo contexto, de (in)admissibilidade das provas ilícitas, surgiram aquelas que em sua obtenção eram lícitas, mas que somente puderam ser descobertas em razão das informações conseguidas através da prova vedada, foi que se convencionou denominar provas ilícitas por derivação.

¹¹² Ibidem, p 114

¹¹³ STF, MS n. 23.452/RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12/05/2000.

¹¹⁴ Mendonça. op. cit. p. 73

Também há divergências tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais no que tange a admissibilidade ou não desse tipo de prova no processo. As provas derivadas, se analisadas isoladamente, são lícitas, contudo, ao se investigar de uma forma ampla, percebe-se que são provenientes de algum dado ou informação colhidos de outra prova obtida ilicitamente.¹¹⁵

A norma consta firmada no art.157, §1º, do CPP, no qual uma das derivações desse tipo de prova é a teoria dos frutos da árvore venenosa - *fruits of the poisonous tree*. Tal teoria adveio da Suprema Corte americana, através da qual o vício que impregna a prova de origem, se transmite as que dela derivam. Ou seja, mesmo que a prova derivada seja em sua essência lícita e admissível, a ilicitude da prova original, contaminaria todo seu conteúdo, cuja, consequência, seria sua inadmissibilidade processual.¹¹⁶

Inicialmente, o STF repeliu o uso da teoria da árvore venenosa, julgando no sentido de admitir as provas ilícitas por derivação (HC n. 69.912-0/RS, DJU 26/11/1993).¹¹⁷ Posteriormente, reconheceu a pertinência dos *fruits of the poisonous tree*, como se percebe no julgado dos HC nº 74.116/SP, DJU 14.3.1997¹¹⁸, e HC nº 76.641/SP, DJU 5.2.1999.¹¹⁹ Assim, com o advento da Lei nº 11.690/08, a *fruits of the poisonous tree*, passa a ser proibida, com exceções, assim como dispõe o art. 157, §1º do CPP¹²⁰. Atualmente, a posição escolhida pelo órgão jurisdicional é a da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

Não obstante a CF/88, em interpretação literal de seu texto, se posicionou absolutamente contra a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, incluindo também as provas derivadas. A indagação que fica é se o ordenamento jurídico brasileiro adotou as denominadas *exclusionary rules*¹²¹ (que são aplicadas apenas como limite ao poder público), o

¹¹⁵ SALLA, op., Cit., p. 112

¹¹⁶ MENDONÇA, op. cit., p. 76

¹¹⁷ STF, HC: 69912/ RS, Rel.: Sepúlveda Pertence, Data de julgamento: 30/06/1993, Plenário, Data de publicação: 26/11/1993.

¹¹⁸ STF, HC: 74.116/SP, Rel.: Néri da Silveira, Data de julgamento: 05/11/1996, T2º - Segunda Turma, Data de publicação: 14/03/1997.

¹¹⁹ STF, HC: 76.641/SP Rel.: Sepúlveda Pertence, Data de julgamento: 02/02/1999, Segunda Turma, Data de publicação: 05/02/1999

¹²⁰ Art. 157, §1 do CPP: São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

¹²¹ Cumpre salientar que os Estados Unidos da América foi o país pioneiro em afastar do processo provas obtidas por meios ilícitos, tanto que a suprema Corte norte-americana inspirou a criação das chamadas *exclusionary rules*, regras que excluem a admissão de certas provas em processo judicial, válida somente contra autoridade pública. São consideradas essenciais pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado. Ali, o princípio da *razoabilidade* está conectado, não com critérios de adequação, mas de *controle dos atos do poder público*. (Pacelli, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, n.p). O Brasil adotou essa teoria, cuja consequência consiste na exclusão das provas ilícitas dos autos do processo. Vale acrescentar que enquanto não for julgada nula e ineficaz, a prova gera efeitos juridicamente, numa presunção de validade *juris tantum*. Enquanto que, a nulidade objetiva e torna nula a eficácia de uma prova, a inadmissibilidade objetiva impossibilita que a prova ilícita seja admitida nos autos.

particular pode utilizar de tal prova em benefício de sua defesa diante de uma condenação injusta?

Em vista da atual orientação doutrinária, que preza pela não aplicação irrestrita dos dispositivos constitucionais, é de tal modo a aceitação da utilização das provas ilícitas quando os valores em conflito do caso concreto exigem a aplicação da teoria da proporcionalidade, entende-se que tal posicionamento também deve ser estendido as provas derivadas.

Inclusive em decisões passadas, o STJ no HC nº 3.982. através do voto do Min. Relator Adhemar Maciel, esclarece que:

A jurisprudência norte-americana não tem sido unânime em torno da denominada *Exclusionary Rule*, isto é, da regra ou princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente. Inclina-se, como bem observa Ada Pellegrini Grinover, pela razoabilidade (*Reasonableness*). A *Exclusionary Rule* se desenvolveu sobretudo na interpretação da Emenda Constitucional IV, que veda buscas e apreensões desarrazoadas. Suas raízes históricas estão no *Semayne's case* (1603) e *Entick v. Carrington* (1705) [...]

Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a *Exclusionary Rule* não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, no outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.¹²²

Na Alemanha, a professora Ada Pellegrini Grinover explana e adota a teoria de que as provas ilícitas não devem ser sempre afastadas de plano. Sua contaminação, é assim, relativa, pois, adota-se o "Princípio da Prioridade ou Relatividade" (*Verhältnismässigkeitsprinzip*).¹²³

A própria Corte norte-americana que criou tal teoria também suavizou sua aplicação através das teorias da descoberta inevitável e da fonte independente. A primeira é caracterizada quando as informações da prova derivada, apesar de obtidas por meio ilícitos, ainda seriam descobertas pela continuidade das investigações. Eugênio Pacelli remota ao seguinte exemplo que explica plenamente tal tese:

Exemplo: ainda que ilícito o ingresso da autoridade policial em determinada residência, a eventual descoberta de um cadáver no local não impedirá que se inicie investigação acerca de homicídio (se houver elementos nesse sentido), devendo-se adotar os meios de prova que rotineiramente são utilizados na investigação de crimes dessa natureza.¹²⁴

¹²² STJ, HC: 3982 RJ 1995/ 0053161-5, Rel: Min. Adhemar Maciel, data de julgamento: 05/12/1996, T6-Sexta turma, Data de publicação:26/02/1996.

¹²³ STJ, HC: 3982 RJ 1995/ 0053161-5, Rel: Min. Adhemar Maciel, data de julgamento: 05/12/1996, T6-Sexta turma, Data de publicação:26/02/1996

¹²⁴ PACELLI, op, cit.

A segunda teoria é a da fonte independente ou da não exclusividade, é identificada quando não há relação entre causalidade ou dependência lógica¹²⁵, ou seja, a prova derivada é proveniente de uma prova ilícita e também de uma lícita. O próprio art. 157, § 2º, do CPP a define como “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”¹²⁶

Dessa forma, exemplificando, se a prova A derivou tanto de B (lícita) quanto de C (ilícita), A não será declarada ilícita, pois, a prova B permite sua descoberta.¹²⁷ Assim descreve Rachel Pinheiro: “Se há outras provas fundamentadoras do direito material e embasadoras da formação do convencimento judicial, por óbvio, a única prova derivada, tida por ilícita, não acarretará a nulidade do processo e o julgamento improcedente.”¹²⁸

Favorável a tal teoria, a decisão do STF:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA.

FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO-ACOLHIMENTO.

Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.¹²⁹

Ainda descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurtem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita.¹³⁰

A existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica autorizada por juiz antes do advento da Lei n. 9.296/96) não basta a invalidação do processo, se há outras

¹²⁵ Ibidem

¹²⁶ BRASIL, 1941

¹²⁷ ÀVILA, op. cit., p. 261

¹²⁸ ANDRADE, op. cit., p. 77

¹²⁹ STF, HC 74.599/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Data do julgado: 03/12/1996, T1º - Primeira Turma, Data da publicação: 07/02/1997.

¹³⁰ STF HC 75.892-6/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ - Seção I - 17/04/1998

provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita.¹³¹

Portanto, nem todas as provas derivadas das ilícitas devem ser consideradas inadmissíveis. Além dos casos dispostos pela lei, é mister que se faça uma ponderação no caso concreto, sopesados os valores que estão em conflito no caso concreto e demonstrando a importância e necessidade da prova ilícita, seja ela derivada ou não, como por exemplo, a única prova a favor do réu.

3.3 EXCEÇÃO À REGRA: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS.

Diante do que foi exposto, a princípio, parece inviável a utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, especialmente por ser um preceito constitucional disposto no art. 5º, inciso LVI, da CF/88. Contudo, é unânime, que os direitos e garantias não possuam caráter absoluto ou supremo de modo a tornar inválida outra de igual patamar.

Assim como dispõe Fernanda Cristina Ferreira de Melo:

Nesse contexto, é necessário dizer que em razão do princípio que veda a produção de provas ilícitas proteger interesses representados pelas liberdades públicas, tal princípio deve ser respeitado, e somente excepcionalmente, à luz do princípio da proporcionalidade, ser mitigado.¹³²

Como já foi citado no capítulo anterior, o princípio da proporcionalidade visa assegurar o equilíbrio entre garantias e direitos individuais conflitantes entre si. Sua utilização tem como fulcro garantir o devido processo legal e seus corolários, assim como o direito de ação, priorizando a liberdade do acusado. Dessa forma, sua incidência se daria como uma forma de igualdade substancial quando o órgão acusador tiver mais recursos e possibilidades de produzir provas.¹³³

E, conforme, a proporcionalidade remete a ideia de que nenhuma garantia ou até princípio deve ser aplicado de maneira absoluta, devendo haver juízo de ponderação nos casos

¹³¹ STF - Segunda Turma - HC 76.231/RJ - Relator Ministro Nelson Jobim - Decisão 16/06/1998 - *Informativo STF* - n. 115 - junho de 1998.

¹³² MELO, op. cit., p.13

¹³³ SANTOS, Heidy Vieira Rodrigues dos; JURADO, Josimeire Salmi; FREITAS, Daniela Borges. O uso de provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Rev. Direito e Sociedade*, Três Lagoas, MS, Volume 3, Número 1, 2015, p. 6

concretos. Esse método de ponderação faz com os interesses em conflito sejam sobrepesados, no qual, prevalecerá o de maior importância para o caso concreto.

Nem mesmo a vedação da admissibilidade das provas ilícitas deve ser vista de maneira absoluta, uma vez que terá casos em que o valor em conflito, também constitucionalmente protegido, terá maior peso ou importância.

No que tange às provas obtidas por meios ilícitos, tal teoria surgiu como uma corrente intermediária, cujo intuito é justamente evitar posições radicais. Verifica-se que, com base nela, a admissibilidade destas provas em casos visivelmente graves e excepcionais, vem sendo cada vez mais aceita pela doutrina e jurisprudência.

A aplicação da teoria da proporcionalidade impede que os direitos e garantias se sobreponham aos interesses tão valiosos quanto eles. Ainda que o art. 5º, inciso LVI, da CF/88 proíba a admissão de toda e qualquer prova ilícita, haverá sempre um limite imanente proveniente do convívio com outros direitos e garantias de mesma estrutura ou das justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática (art. 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem - DUDH).¹³⁴

A proporcionalidade tenta atenuar o cumprimento absoluto da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, principalmente, no que tange as interceptações telefônicas *lato sensu*. Sabe-se que a interferência na vida privada só deve ser utilizada quando inevitável, apenas em casos excepcionais, nos quais as injustiças forem demasiadas insuperáveis e, não menos importante, quando forem a favor do réu.

A prova ilícita deve ser aceita no processo quando o direito amparado por ela for maior que o direito violado por sua ilicitude, visto que, se não fossem adquiridas, poderiam resultar em deliberações desproporcionais.¹³⁵

Para que a ponderação de interesses, embasada pelo princípio da proporcionalidade, seja efetivamente realizada, é necessário que, no caso concreto, exista uma colisão real entre as garantias e direitos constitucionalmente protegidos. Uma vez constatada tal colisão, deverá ser feita a ponderação de qual interesse possui maior importância, para que se promova uma

¹³⁴ Art. 19, do DUDH: I) Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

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.

III) Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

¹³⁵ SALLA, op. Cit., p. 98

máxima eficácia dos direitos e garantias contrapostos.¹³⁶ A utilização do princípio da proporcionalidade para permitir a admissibilidade da prova ilícita com violação do direito à intimidade do acusado, não se revela legítima pelo órgão estatal, uma vez que, o interesse considerado predominante é o de punir, com finalidade tão somente repressiva. Dessa forma, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência, o interesse de punir estatal é deslegitimado, e por isso, não deve haver a ponderação com um bem ou garantia constitucionalmente protegidos.¹³⁷

Podemos fazer referência de tal posicionamento ao uso das provas ilícitas *pro societate*, a qual se discute a possibilidade destas pelo MP, no exercício do *jus puniendi*, para acusar o infrator. A maioria dos doutrinadores são contra a utilização desse tipo de prova a favor da acusação, a exemplo de Eugenio Pacceli.¹³⁸

O STJ já admitiu o emprego da prova ilícita *pro societate*, no julgamento do Habeas Corpus nº 3.982-RJ,¹³⁹ no qual reconheceu como válida, para embasar a acusação, prova ilicitamente obtida (no caso, interceptação telefônica autorizada antes da Lei nº 9.296, de 1996). Inclusive, essa decisão foi reafirmada no HC nº 4.138-RJ e no HC nº 6.129-RJ (RSTJ 90/364).

Nesses casos, indagasse: se o próprio poder jurisdicional permitiu a utilização de provas obtidas por meios ilícitos a favor do MP, para acusar, processar e condenar um ou vários indivíduos, por que proíbe a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos que claramente mostram violações a diversos princípios constitucionais, dentre os quais o do devido processo legal e seus corolários e o da jurisdicionalidade, pelo próprio poder público, sendo inclusive favorável ao réu?

Cumpre salientar, que não estamos defendendo a admissibilidade de toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, mas aquelas estritamente necessárias para garantir ao acusado uma sentença justa, ou, que até mesmo, provem sua inocência. São as provas ilícitas *pro réu*, as quais serão abordadas no próximo tópico.

Pois, assim, ensina Rachel Pinheiro:

Obvio é que, tal teoria, por certo, não configura a regra, e sim a exceção, constituindo-se tão necessária quanto à preservação das liberdades individuais; nesta se resguarda o interior da pessoa humana fundada em

¹³⁶ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A ponderação de interesse em matéria de prova no processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 202

¹³⁷ *Ibidem*, p. 204

¹³⁸ PACCELI, Op. cit.

¹³⁹ STJ, HC: 3982 RJ 1995/ 0053161-5, Rel: Min. Adhermar Maciel, data de julgamento: 05/12/1996, T6-Sexta turma, Data de publicação:26/02/1996.

princípio morais e constitucionais; naquela se busca a efetividade da justiça, sendo este um valor tão relevante quanto aquele.¹⁴⁰

Portanto, entendemos que não é prudente atribuir o *status* absoluto a qualquer garantia ou direito constitucionalmente protegidos, tendo a proporcionalidade a função de limitá-los, evitando tanto os excessos quanto as insuficiências, promovendo ao máximo o dever do Estado e direito de todos os cidadãos.

3.3.1 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DO RÉU

Conforme foi visto, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVI, proíbe a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Contudo, grande parte da doutrina¹⁴¹ e jurisprudência admitem sua utilização quando estas forem a favor do réu. Acostado nos valores da liberdade humana e no ideal de justiça, a prova ilícita *pro réu* vem sendo recepcionada, ainda que haja violação dos direitos fundamentais.

Como já foi visto, tal vedação serve como garantia do particular contra o poder arbitrário estatal. Por isso, as provas ilícitas, tão somente, não devem ser usadas pelo Estado, visto que, este detém de bem mais recursos que o acusado. É nesse sentido que a inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas é mitigada. Entende-se que há um choque entre a proibição da prova ilícita com o direito de defesa do acusado, devendo este prevalecer sobre aquele.

Normalmente a prova ilícita *pro réu* é produzida pelo particular ou terceiro, o que enseja a relativização da regra da inadmissibilidade. Vale destacar que além do princípio da proporcionalidade, o princípio do devido processo legal e seus corolários, qual seja a ampla defesa e o contraditório, permitem a valoração das provas obtidas por meios ilícitos em favor do réu.¹⁴² Isso se deve ao princípio do *favor rei* que consagra a liberdade do acusado quando situada em confronto com o *jus puniendi* do Estado, e quando ocorre dúvida sobre sua culpabilidade, prevalece o interesse do réu.

¹⁴⁰ MENDONÇA. op. cit., p. 64

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 6. ed. rev., ampl. e atual., 2. t., com nova jurisprudência e em face da Lei 9.099/95 e das leis de 1996. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 134 -135. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 234. GRECO FILHO, op. cit. p. 189. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 261-2. HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito, 2001, p. 56. No mesmo sentido é o teor da Súmula n. 50 das Mesas de processo penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹⁴² MELO, Op. Cit., p. 13

Com efeito, concordamos com as considerações de Thiago André Pierobom de Ávila que descreve perfeitamente tal posicionamento em seu texto

A garantia da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito é uma garantia do cidadão contra o arbítrio punitivo do Estado, visando resguardar o sistema de direitos fundamentais pelo efeito dissuasório. Entre a proteção a um direito como a intimidade, privacidade, sigilos epistolar, telefônico etc, e a ampla defesa, representada no processo penal como o resguardo à vida e à liberdade, estes últimos possuem valoração muito mais cara. Na ordem de valores para estabelecer a preferência condicionada, sem dúvida a dignidade da pessoa humana desponta como o epicentro da ordem jurídica, revelando-se o Estado e o ordenamento jurídico como meios para a promoção desse valor humano mais elevado. No caso da utilização da prova *pro reo*, o valor em ponderação é diretamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito, com o risco de pagar com sua liberdade, perdendo alguns anos de sua vida, pela má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional. Em favor da admissão da prova ilícita *pro reo* coloca-se em ponderação a garantia constitucional da ampla defesa e a consideração da situação de estado de necessidade do acusado.¹⁴³

Além da aceitação da utilização da prova ilícita com fulcro na teoria da proporcionalidade, há autores que entendem haver uma excludente de ilicitude na obtenção da prova, tornando-a lícita. O entendimento é de que a ilicitude é suprimida por causas legais, assim também entende o STF.¹⁴⁴

Dessa forma, a ilicitude é eliminada, prevalecendo o princípio da inocência, o que possibilita que o acusado utilize em sua defesa as provas obtidas em desacordo com o direito material. Assim, tanto a doutrina nacional quanto a estrangeira entendem que é possível que sejam utilizadas as provas ilícitas, ainda que direitos fundamentais do próprio acusado ou de terceiro sejam violados.

¹⁴³ ÁVILA, Op. Cit., p. 203

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Penal. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282- STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. – A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. – Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. – A questão relativa às provas ilícitas por derivação (“*the fruits of the poisonous tree*”) não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. – A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. – Agravo não provido. Agravo Regimental nº 503617-7, Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, 1 de fevereiro de 2005. (STF, HC no 74.678- DF, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª turma; Agravo Regimental nº 503617-7, Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, 1 de fevereiro de 2005). Assim também o HC 75.338/RJ (STF, HC 75.338/RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, publicação DJ: 25/09/1998), RE 212.081/RO (STF, RE 212.081/RO, Relator Ministro Octavio Gallotti, publicação DJ: 27/03/1998), HC 75.261/MG (STF, HC 75.261/MG, Relator Ministro Octavio Gallotti, publicação DJ: 22/08/1997).

Thiago de Ávila faz duas ponderações importantes sobre prova ilícita *pro réu*. A primeira é em relação a excludente de ilicitude do réu no momento de obter prova, com intuito de demonstrar sua inocência. Para ele se trata de estado de necessidade, e não legítima defesa, pois, “não se pode afirmar que a ação do Estado seja uma agressão injusta a ponto de qualificar a ação do acusado como legítima defesa.”. A segunda, diz que independente de ser legítima defesa ou estado de necessidade, trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade:

O agente pratica um fato típico no intuito de cessar uma agressão injusta (adequação), usando moderadamente dos meios necessários (necessidade, ou menor lesão), em uma circunstância em que o bem jurídico protegido por sua conduta é igual ou mais valioso que o bem lesado (proporcionalidade estrita), dentro de uma consideração de que o bem lesado tem diminuído seu valor em decorrência de estar acobertado pela agressão injusta de seu titular (no caso da legítima defesa).¹⁴⁵

Assim, para evitar que seja condenado injustamente, o réu, muitas das vezes, se vê forçado a violar um dos fundamentos dispostos na Constituição Federal. Pode-se assegurar que o direito à liberdade se equipara ao da dignidade da pessoa humana, que configuram os bens mais valiosos do cidadão, de modo que seria intolerável que as provas *pro réu* obtidas por meios ilícitos fossem proibidas no processo.

Se coaduna com o próprio Estado de Direito e a proteção da dignidade humana aceitar uma prova, ainda que obtida de maneira ilícita, em favor de um acusado que foi julgado injustamente, se caracterizando, na maioria das vezes, como único meio de comprovação de tal parcialidade.

Não se trata de uma exceção ao art. 5º, inciso LVI, da CF/88, mas do equilíbrio entre valores constitucionais, admitidos com excepcionalidade e apenas em casos de extrema gravidade. Portanto, estando contrapostos os direitos da personalidade, que incluem à privacidade, intimidade e à honra, e a Justiça, este deve se sobrepor àquele.

Nesse contexto, as Mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, chegaram à conclusão consolidada na seguinte súmula: 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.

Dessa forma, conforme dispõe Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, “não é somente a prova *pro réu* que constitui garantia ao acusado, mas toda prova produzida no processo penal assume essa característica.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ ÁVILA, op. cit., p. 203 - 204

¹⁴⁶ PRADO, Op. cit., p. 148.

Em mesma opinião, Eugenio Pacceli descreve:

[...] A prova da *inocência* do réu deve *sempre ser aproveitada*, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita *ser inocente*. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável.¹⁴⁷ (destaques do autor)

Assim, é evidente que a proibição da CF/88 quanto a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos refere-se à proteção dos direitos e garantias dos cidadãos contra o poder arbitrário dos órgãos estatais. No entanto, não se deve atribuir aos bens constitucionalmente protegidos o *status* de normas absolutas, devendo ser feita a ponderação entre os interesses conflitantes, se sobrepondo o de maior importância, em especial a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF/88).

Utilizando as sábias palavras de Rachel Pinheiro:

Ora, se o Estado protege o indivíduo vedando que as penas não passem da pessoa do condenado (artigo 5º, XLV), se garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV), e ainda, se ordena que ninguém, possa ser condenado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, LVII) naturalmente se extrairá destes dispositivos o objetivo fundamental da República fundado na Justiça e na Liberdade, não podendo o Estado se insurgir contra esses valores supremos e condenar alguém que seja reputado inocente, apenas porque o meio e admissão das provas foi considerado ilícito.¹⁴⁸

Também corrobora com tal posicionamento Maria Cecília Pontes Carnaúba ao apresentar o seguinte raciocínio:

As provas criminais somente não devem ser aceitas no processo quando se constituem em instrumentos geradores de injustiça, e nunca quando o seu uso for indispensável para o fazimento de justiça, que, sendo elemento do Estado de Direito, é um de seus objetivos estruturantes. Caso o uso da prova criminal seja imprescindível para a materialização da justiça, a prova é inafastavelmente lícita.¹⁴⁹ (grifo nosso)

Para finalizar, tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem pela admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos que favorecem o réu, pois, se o princípio que reina sobre o processo penal é a Justiça, ser condenado e punido injustamente, viola todos

¹⁴⁷ PACCELI, Op. cit., p. 197.

¹⁴⁸ MENDONÇA, Op. cit., p. 88.

¹⁴⁹ CARNAÚBA, Op. cit., p. 25.

os valores que ela protege. Isto posto, não tem fundamento a inadmissibilidade da prova ilícita para inocentar.

4. AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E OS DIÁLOGOS DIVULGADOS PLEO *THE INTERCEPT*.

A Constituição e a ampla legislação infraconstitucional, sejam brasileiras ou não, asseguram que todo indivíduo tem direito, sob o princípio da igualdade, a um julgamento justo, seguindo os ditames legais e processuais, sob a égide dos princípios do devido processo legal. As garantias decorrentes de tal princípio, quais sejam, a imparcialidade do juiz, a isonomia, a inafastabilidade da jurisdição, a ampla defesa, entre outros, são inerentes ao indivíduo na persecução criminal.

Se caso o órgão estatal violar ou deixar de observar um ou alguns desses princípios ou garantias fundamentais, por exemplo, se caso o juiz atue de forma ostensivamente parcial, o processo deve ser nulo em pleno direito.

No dia 09 de junho de 2019, o meio de comunicação *The Intercept* divulgou em seu site uma série de diálogos, obtidos por fonte sigilosa, mantidas entre os supostos protagonistas da força-tarefa da Operação Lava Jato em Curitiba, quais sejam, o procurador do Ministério Público Federal, Deltan Dallagnol e o então juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro.

O teor das mensagens gerou um forte impacto na sociedade, pois, se forem atestadas verdadeiras, revelam um sistema de cooperação oculto realizado entre órgão acusador e julgador na maior operação no combate à corrupção da história jurídica brasileira.

Fatos públicos já demonstraram que o ex-juiz apresentou certas condutas e comportamentos que refletiram a ausência de imparcialidade para processar os acusados da operação Lava Jato, em especial, o ex-presidente Lula. Com efeito, não se espera impessoalidade de um político, ele detém a faculdade de agir como quiser (por óbvio, no limite da lei), mas um de juiz não é possível que aja de tal forma. O magistrado deve ser técnico e impessoal, caso contrário, torna-se político e pessoal.

O presente capítulo traz uma visão geral do que é a Lei de Interceptações Telefônicas, pois, os diálogos obtidos pelo *The Intercept* são assim caracterizados, logo, é imprescindível uma análise sobre o que tal lei dispõe e as críticas feitas pelos principais doutrinadores.

Posteriormente, faz-se uma análise dos principais diálogos revelados pelo Intercept, no que tange as condutas de Moro na Lava Jato e sua cooperação oculta com o MPF, frente aos dogmas jusfundamentais e processuais destrinchados em capítulos anteriores. Ao caso do ex-presidente Lula atribui-se ênfase, pois, foi o que deteve maior repercussão brasileira, em que

muitos afirmam que houve a “instrumentalização do processo como arma de perseguição política.”¹⁵⁰

Não se fez uma apreciação sobre a culpabilidade do ex-presidente, para tal, é necessário um estudo minucioso sobre seu processo. A pesquisa aqui elaborada é sobre se, com base no que mostraram os diálogos, Moro foi parcial. E por consequência disso, se Lula teve ou não um julgamento justo.

Por fim, fez-se um juízo de (in)admissibilidade das interceptações obtidas pelo The Intercept - com base em tudo o que foi estudado anteriormente - se os conteúdos das mensagens deveriam ou não ser aceitos no processo do ex-presidente Lula ou de qualquer outro acusado da Lava Jato que se sentir prejudicado, como provas ilícitas favoráveis ao réu.

4.1 O PREENCHIMENTO DA LACUNA LEGISLATIVA: UMA BREVE NOÇÃO DA LEI Nº 9.296/96.

Na análise histórica das constituições federais brasileiras, é perceptível a preocupação em proteger a intimidade e vida privada dos indivíduos. Depois da promulgação da CF de 1967, a proteção do sigilo das comunicações telefônicas foi de fato expressamente prevista em seu art. 150, § 9º.¹⁵¹ Posteriormente, a Constituição de 1969 garantiu os mesmos direitos, mas sem mencionar qualquer exceção a inviolabilidade do sigilo das comunicações.

Foi com a Constituição Federal de 1988 em seu texto, mais precisamente em seu art. 5º, inciso XII¹⁵², que determinou ser inviolável as comunicações telefônicas, estabelecendo como exceção fins de investigação criminal ou instrução, sendo possível as interceptações telefônicas na forma e hipóteses que a lei determinar.

Contudo, ainda havia divergências em relação ao estabelecido no art. 57, inciso II, alínea e, da Lei n. 4.117/32 (Código Brasileiro de Telecomunicações)¹⁵³, o qual dispunha que mediante requisição ou intimação ao juiz competente a respeito do conhecimento acerca da violação das telecomunicações não constituiria crime.

¹⁵⁰ BATALHA, Sergio. A sentença de moro é um espectro que ameaça o poder judiciário. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (org.). Comentários a uma sentença anunciada: O processo Lula. 1. ed. Bauru, SP: Praxis, 2017, 431-432, p 432.

¹⁵¹ Art. 150, § 9º, da CF/67: É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

¹⁵² Art. 5º, XII, da CF/88: É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

¹⁵³ “Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação: (...) II – O conhecimento dado: (...) e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste”.

Nesse sentido, a referida lei que somente menciona a possibilidade de interceptação, sendo considerada altamente singela e lacunosa, não tem o condão de regulamentar a matéria conforme dispõe a CF/88, exige-se que seja descritiva, pormenorizada, definindo quais são as hipóteses e as formas em que tal diligência deverá ser realizada.¹⁵⁴

No que condiz à orientação jurisprudencial, com base na jurisprudência majoritária do STF, o Código Brasileiro de Comunicações não poderia ser aceito pois, segundo o Min. Sepúlveda Pertence “enquanto não vier a lei a estabelecer as hipóteses e a forma como as interceptações poderão ser permitidas, não haverá, por enquanto, como ordená-las, pois o Código de Telecomunicações nada especifica”.¹⁵⁵

Importante mencionar que, apesar da Corte superior adotar tal posicionamento descrito acima, outros Tribunais de Justiça, inclusive o STJ, no julgamento do RHC nº 4.138/SP¹⁵⁶, se posicionou de forma contrária, entendendo que, de maneira excepcional, a medida poderia ser adotada, já que o inciso LVI, do art., 5º da CF/88, não tem conotação absoluta.

Diante da tal clima de insegurança jurídica, em 24 de julho de 1996, foi publicada a lei ordinária nº 9.296, que possibilitou a interceptação telefônica desde que observados alguns requisitos básicos.

Sob o ponto de vista etimológico, interceptar, no sentido literal do próprio verbo, significa deter, interromper, cortar, reter o curso de alguma coisa.¹⁵⁷ Já no que tange ao ponto jurídico, com base na Lei n. 9.296/96, seu sentido seria melhor definido como captação de alguma informação de comunicação telefônica alheia. Renato Brasileiro de Lima define como sendo o “ato de captar a comunicação telefônica alheia, tendo conhecimento do conteúdo de tal

¹⁵⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Interceptação telefônica. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 8.

¹⁵⁵ “O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal – CF, art. 5º, XII. Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, e, da Lei n. 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicações o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição no inciso XII do art. 5º subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecidas em lei. No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na de gravação das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de habeas corpus, descer ao exame da prova” (STF, HC: 69912/RS, Rel.: Sepúlveda Pertence, Data de julgamento: 30/06/1993, Plenário, Data de publicação: 26/11/1993.); assim também disposto no HC 73.351-SP, Data de julgamento: 10/05/96, Rel. Min. Ilmar Galvão.

¹⁵⁶ No julgamento do RHC nº 4.138/SP, DJU 21/11/1994, sendo relator o Ministro José Dantas, entendeu-se que o réu “não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5. da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade”.

¹⁵⁷ INTERCEPTAR. Dicionário Aurélio Online. Disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com/interceptar>. Acesso em: 26 fev. 2020.

comunicação. É da essência da interceptação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação telefônica alheia.”¹⁵⁸

Pode-se afirmar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência¹⁵⁹ consideram que a interceptação telefônica é o gênero, da qual se divide em seis espécies: interceptação em sentido estrito, escuta telefônica, gravação telefônica, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental.¹⁶⁰ Faz mister diferenciar cada um desses conceitos, pois, apenas alguns são abrangidos pela Lei n. 9.296/96, tendo como consequência a utilização de determinada prova no processo.

A interceptação telefônica *strictu sensu* é caracterizada quando há captação da conversa telefônica dos interlocutores feita por um terceiro, sendo que nenhum destes tem conhecimento do ato. Se caso, um ou alguns dos interlocutores tiverem ciência de que a conversa está sendo gravada, também por um terceiro, trata-se de escuta telefônica. Essa é principal diferença, o conhecimento por qualquer um dos comunicadores.

Sob o mesmo entendimento, segue a interceptação e a escuta ambiental. A primeira corresponde à captação de sons, ou até mesmo imagens, por um terceiro dentro do mesmo ambiente onde se encontram os interlocutores, contudo estes não sabem que está ocorrendo a captação da conversa. A segunda detém a mesma definição, contudo, a diferença reside no fato de que um ou vários interlocutores tem conhecimento da gravação.

Em relação às gravações clandestinas, divididas em telefônicas e ambientais, ambas são praticadas pelo próprio interlocutor, em tese, não há presença de um terceiro. Norberto Avena diz que “aqui não há a figura de terceiro. Um dos interlocutores, simplesmente, registra a conversa que mantém com o outro. Não há, propriamente, uma violação de conversa telefônica, já que o registro está sendo feito por um dos indivíduos que mantém o diálogo.”¹⁶¹

Seguindo o raciocínio, como não há regulamento específico no que tange as gravações clandestinas, qualquer indivíduo pode gravar as próprias conversas, sendo apenas

¹⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 724.

¹⁵⁹ No julgamento do HC 161053/ SP, DJU 27/11/2012, sendo relator o Ministro Jorge Mussi, STJ, temos a classificação: “1. A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende ordem judicial, nos termos do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal. 2. A escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento e a ciência do outro”. (STJ - HC 161053/ SP 2010/0017511-6, relator o Ministro Jorge Mussi, Data de julgamento: 27/11/2012, T5 – Quinta Turma)

¹⁶⁰ ANDRADE, Rachel Pinheiro de, op. Cit., p. 94; Avolio, Luís Francisco Torquato, op. Cit., p. 93. Norberto Avena considera que as interceptações se subdividem em três espécies distintas, a saber: Interceptação telefônica *stricto sensu*, escuta telefônica e a gravação telefônica. Avena, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal. 9.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, n. p. (335)

¹⁶¹ AVENA, op. cit.

proibido sua divulgação de forma indevida.¹⁶² Inclusive, em processo criminal, tal tipo de prova é lícita e tem valor de documento probatório, sendo amplamente aceita na jurisprudência, seja utilizada pelo acusado, em prol da sua defesa, seja pela vítima como forma de legítima defesa.¹⁶³

Em mesma opinião, se inseriam as interceptações e escutas ambientais, as quais eram admitidas as captações telefônicas desde que não violassem brutalmente o direito à intimidade, disposto no art. 5º, inciso X, da CF/88.¹⁶⁴ Contudo, com a promulgação da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o chamado Pacote Anticrime, foi acrescentado na Lei n. 9.296/96 os arts. 8º-A e 10-A, criando um tipo penal específico. Dessa forma, “aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.”¹⁶⁵

Antes da promulgação do pacote anticrime, os Tribunais Superiores corroboravam com o entendimento de que nem mesmo tal direito deve ser visto de maneira absoluta, é o que se nota no HC 87.341/PR¹⁶⁶, em que um dos interlocutores autorizou a escuta ambiental por um programa televisivo como forma de autodefesa. A própria Lei nº 13.964/19, considerou que não é crime a captação realizada por um dos interlocutores.¹⁶⁷

Dessa forma, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de aceitar como lícitas as provas não abarcadas pela Lei n. 9.296/96. Assim, por exclusão, as hipóteses que a lei de Interceptações Telefônicas abarca são as interceptações em sentido estrito e as escutas

¹⁶² AVOLIO, op. cit., p. 100

¹⁶³ Tal jurisprudência foi reconhecida como repercussão geral, no julgamento do RE 583.937, consolidando a licitude da “prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento de outro” (STF, RE 583937/RJ QO-RG, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* 18.12.2009). Nesse sentido, tem-se vários julgados: STJ, RMS 19785/RO, 5ª Turma, DJ 17.04.2000; STF, HC 74.678, DJ 15.08.97. STF, HC 87.341, rel. Min. Eros Grau, DJ 07.02.2006; STF, HC 91.613/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 14.09.2012; STF, HC 57.961/SP, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 21/6/2007; STJ, RHC 34733/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, *DJe* em 19/08/2014, o qual ainda refere que “a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento da outra parte, quando não restar caracterizada violação de sigilo, é considerada prova lícita”, complementa ainda dizendo que “a Lei n.º 9.296/96, que disciplina a parte final do inciso XII, do art. 5.º da Constituição Federal, não se aplica às gravações ambientais.”

¹⁶⁴ Art. 5º, X, da CF/88:- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

¹⁶⁵ PEREIRA, Jeferson Botelho. A novíssima lei nº 13.964, de 2019 e o pacote anticrime: Modelo jurídico inédito de combate ao crime. *Bondade Social? Revista Jus Navigandi*, [S. l.], 1 jan. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78728/a-novissima-lei-n-13-964-de-2019-e-o-pacote-anticrime>. Acesso em: 15 fev. 2020, doc. *Online* não paginado.

¹⁶⁶ “3. A questão posta não é de inviolabilidade das comunicações e sim da proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse público.” (STF, HC 87341 / PR Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 07/02/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJ: 03/03/2006 PP-00073.)

¹⁶⁷ Art. 10-A, da lei 9.296/96: Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: [...] § 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

telefônicas, e subsidiariamente, as captações ambientais. Em outras palavras, o art. 5º, inciso XII, da CF/88, protege não os dados em si mesmo, mas a comunicação de dados.¹⁶⁸

O informativo n. 510 do STJ resume bem a conceituação de tais institutos:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VICIO INSANAVEL.

Não é válida a interceptação telefônica realizada sem prévia autorização judicial, ainda que haja posterior consentimento de um dos interlocutores para ser tratada como escuta telefônica e utilizada como prova em processo penal. A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da CF. regulamentado pela Lei n. 9.296/1996. A ausência de autorização judicial para captação da conversa macula a validade do material como prova para processo penal. A escuta telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores. A gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro. A escuta e a gravação telefônicas, por não constituírem interceptação telefônica em sentido estrito, não estão sujeitas à Lei 9.296/1996, podendo ser utilizadas, a depender do caso concreto, como prova no processo. O fato de um dos interlocutores dos diálogos gravados de forma clandestina ter consentido posteriormente com a divulgação dos seus conteúdos não tem o condão de legitimar o ato, pois no momento da gravação não tinha ciência do artifício que "oi implementado pelo responsável pela interceptação, não se podendo afirmar, portanto, que, caso soubesse, manteria tais conversas pelo telefone interceptado. Não existindo prévia autorização judicial, tampouco configurada a hipótese de gravação de comunicação telefônica, já que "nenhum dos interlocutores tinha ciência de tal artifício no momento dos diálogos interceptados, se faz imperiosa a declaração de nulidade da prova, para que não surta efeitos na ação penal. Precedente citado: EDcl no HC 130.429-CE, DJe 17/5/2010.¹⁶⁹

Importa salientar, a diferenciação da interceptação telefônica e da quebra de sigilo telefônico. Na primeira, diz respeito a uma comunicação que está acontecendo, já na quebra do sigilo se tem acesso as informações dos registros telefônicos documentados e armazenados pelas companhias telefônicas, como registro de ligações efetuadas e recebidas. Dessa maneira, em conformidade com a “[...] a Lei nº 9.296/96 é aplicável apenas às interceptações telefônicas (atuais, presentes), não alcançando os registros telefônicos relacionados a comunicações passadas.”¹⁷⁰

¹⁶⁸ STF, RE 418.416/SC - Pleno do STF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - por maioria - j. em 10/05/2006. Na mesma linha de pensamento: STF, Tribunal Pleno, MS 21.729/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator: Min. Néri da Silveira, j. 05/10/1995, DJ 19/10/2001.

¹⁶⁹ STJ - HC 161053/ SP 2010/0017511-6, relator o Ministro Jorge Mussi, Data de julgamento: 27/11/2012, T5 – Quinta Turma.

¹⁷⁰ CABRAL, Camilla Cavalcanti Rodrigues. Interceptação telefônica: Análise da Lei nº 9.296/96 segundo o entendimento dos Tribunais Superiores Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 2020.

A interceptação telefônica em si não é um meio de prova é uma forma de obtenção da prova, ou seja, o conteúdo da conversa que foi interceptada vai ser transcrita, e esta é que vai ser juntada aos autos do processo.

O inciso XII, do art. 5º, da CF/88, em sua redação deixa claro que é inviolável o sigilo das comunicações e correspondências, de forma que a quebra do sigilo deve ser para fins de investigação ou instrução processual criminal, sendo a interceptação uma exceção a tal garantia.

Vários doutrinadores, apesar de reconhecerem à necessidade de uma lei que regule as interceptações telefônicas, confessam que tal lei ainda apresenta muitas imperfeições e entraves. Ada Pellegrini diz que “falta, no Brasil, uma precisa disciplina legal das interceptações telefônicas”,¹⁷¹ e ainda reconhece que a referida lei “apresenta inúmeros defeitos, não configurando o projeto de que se originou a melhor proposta entre as oferecidas ao CN.”¹⁷² Por isso, se faz imprescindível abordar alguns artigos pertinentes a tal trabalho.

Uma das primeiras críticas é sobre a terminologia abordada no art. 1º, no qual dispõe que a lei aplica-se a “interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza [...]”. Em uma interpretação inicial infere-se que as comunicações telegráficas e de dados não foram abrangidas, ou seja, abrangem a interceptação *stricto sensu* e a escuta telefônica e as demais modalidades (gravação telefônica, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental) não seriam abordadas. Em seu parágrafo único, o referido artigo estende sua abrangência para “comunicações em sistemas de informática e telemática”, levantando argumentos em torno de sua constitucionalidade, em virtude dessa inclusão de processamento de dados, justamente por ser uma norma de exceção já estaria extrapolando os limites e violando o sigilo das comunicações de dados.¹⁷³

Nesse sentido, dispõe Ada Pellegrini:

Mas é preciso advertir que o próprio texto do art. 5º, inciso XII, da Constituição dá margem a outras interpretações: há quem afirme que cuida dele somente de duas situações de sigilo: de um lado, a da correspondência; do outro, a das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, de modo

¹⁷¹ PELLEGRINI, op. cit. p. 313

¹⁷² Ibidem, op. cit. p. 431. Tal projeto de lei que a doutrinadora comenta é o de nº 3.514/89, do deputado Miro Teixeira. O referido projeto de lei se baseia no anteprojeto de Ada Pellegrini, Antônio Scarance Fernandes, Agenor Nakazone, entre outros doutrinadores, o qual foi apresentado por Michel Temer (deputado na época). Serviu como bases de várias doutrinas e jurisprudências nacionais e estrangeiras. Ele traz diversos pontos em que doutrinadores consideram necessário como os delitos em que são permitidas as interceptações, caso haja divulgação dos diálogos obtidos e acolhe a teoria da proporcionalidade aplicada as provas obtidas a favor do réu. (Avolio, op. cit., p. 146-145)

¹⁷³ MENDONÇA, Rachel Pinheiro, op. cit., p.146. Nesse mesmo entendimento, Grinover, Ada Pellegrini, op. cit., p. 432-434.

que possibilidade de quebra, no último caso abrangeria todo o segundo grupo. Para rechaçar essa posição, todavia, basta observar que a reiteração da palavra “comunicações”, antes de “telefônicas”, indica exatamente que a exceção constitucional só a estas se refere. É a única explicação para repetição (e por isso a Comissão de Redação a introduziu), pois se a ressalva se referisse a todo segundo grupo, teria sido suficiente dizer *comunicações telegráficas, de dados e telefônicas*.¹⁷⁴

O art. 2º¹⁷⁵ da referida lei, ao estabelecer quais as hipóteses em que a interceptação não será permitida inverte seu caráter de exceção e faz com que admissão da captação da comunicação telefônica se torne a regra.

Em seu inciso I, a exigência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infrações penais já é intrínseco ao sistema processual criminal diante da probabilidade de ocorrência de um delito, constitui requisito geral para as medidas cautelares, o *fumus boni iuris*.¹⁷⁶ Nesse mesmo sentido, o segundo requisito geral para permitir as medidas cautelares, denominado no processo penal como *periculum in libertatis*¹⁷⁷, previsto no inciso II, do referido dispositivo, determina que a interceptação só poderá ser utilizada como *ultima ratio*, não poderá ser aceita se houver outros meios de produzir a prova.

A crítica maior é feita ao inciso III, em que, na opinião de Rachel Pinheiro:

Tal dispositivo abarca um sem-número de perplexidades, ora para entender absurda a conduta do legislador ordinário que permitiu a autorização da interceptação telefônica em todos os crimes punidos com reclusão, ora para entender desproporcional e desarrozoada a referida conduta por não incluir situações que, não obstante não punidas com pena de reclusão, reclamariam idêntica proteção estatal, como os delitos de ameaça ou contra a honra.¹⁷⁸

Na lição de Grinover:

¹⁷⁴ PELLEGRINI, op. cit., p. 433

¹⁷⁵ “Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - Não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - A prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.”

¹⁷⁶ Concordamos com a tese de Aury Lopes Jr. que tal termo, proveniente do direito civil, é inapropriado para ser utilizado na seara criminal. O autor indaga: Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!”. Ele prossegue com o raciocínio de que no processo penal a decretação da medida cautelar não decorre da “*probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível*”. Diante disso, surge como mais apropriado a utilização do termo “*fumus comissi delicti*”, uma vez que revela a possível ocorrência de um delito, ao invés de uma fumaça do bom direito. (Lopes Junior, AURY, op. cit.)

¹⁷⁷ Aqui vislumbra-se o *periculum in mora*, utilizado no processo civil. Como já foi descrito acima, Aury também critica a aplicação do termo processual civil em matéria criminal. O autor descreve que o perigo da demora não é com a passagem do tempo e o prejuízo para os interesses em lide, como visto em direito civil, mas o “que decorre do estado de liberdade do imputado.” (Lopes Junior, AURY, op. cit.)

¹⁷⁸ MENDONÇA, op. cit., p. 152.

É evidente o excesso do legislador brasileiro, que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e, em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio das referidas interceptação.¹⁷⁹

A doutrina é uníssona em relação ao equívoco cometido pelo legislador no que tange a edição do referido dispositivo. É inaceitável que uma medida excepcional como a interceptação telefônica seja utilizada para todos os crimes com pena de reclusão, o rol é muito extenso, isto viola, inclusive, a natureza excepcional da medida, no qual a quebra do sigilo telefônico só deveria ser permitida em casos extremamente graves.

Nesse contexto, há alguns autores que sustentam que o ideal seria um rol taxativo das hipóteses em que admitiria a quebra do sigilo telefônico. Os doutrinadores discutem que a melhor solução teria sido a adoção do projeto de lei de Miro Teixeira (nº 3514/89),¹⁸⁰ no qual, além de prever os crimes de maior danosidade social, oportunamente, os crimes considerados de menor infração, mas não menos importantes, seriam levados em consideração. Contudo, tal solução requer iniciativa legislativa, o que, infelizmente, na atual conjuntura, não será realizada.

Por isso, o melhor é a aplicação pelo magistrado do princípio da proporcionalidade, o qual, diante dos valores em jogo no caso concreto, faz-se necessário a realização do juízo da ponderação. Os atuais sistemas constitucionais acolhem o princípio da proporcionalidade “segundo o qual uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados.”¹⁸¹

No que tange, ao art. 3º¹⁸² da referida lei, descreve que pode ser determinado pelo juiz ou a requerimento de autoridade policial ou do MP. O referido dispositivo é criticável pois exclui a vítima e o próprio acusado ou indiciado a requerer tal medida. Há uma clara violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, inclusive, violação do direito à prova. Na opinião de Luiz Francisco Torquato Avolio: “No quadro do moderno processo penal de

¹⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 207: 21-38, jan./mar. 1997. p. 26

¹⁸⁰ Nesse sentido, Grinover, Ada Pellegrini, op. Cit., p. 439; Mendonça, Rachel Pinheiro de Andrade, op. cit., p. 154; Avólio ao descrever “Não resta dúvida, pois, que o Projeto satisfaz plenamente à exigência de lei regulamentadora prevista na Constituição” (AVOLIO, op. Cit., p. 145)

¹⁸¹ GRINOVER, “O regime ...”, op. Cit., p.27

¹⁸² Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I - da autoridade policial, na investigação criminal; II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

estrutura cooperatória, inspirado na paridade entre de armas entre a acusação e defesa, questiona-se o fato de o legislador não haver conferido a esta última a possibilidade de requerer a medida.”¹⁸³

O autor continua dizendo que o advogado do réu pode requerer ao juiz a realização da interceptação¹⁸⁴, diante disso questionasse: e se o próprio juiz fosse suspeito no processo em questão, a quem deveria ser feito esse requerimento? Algum magistrado permitiria tal medida perante algum de seus “colegas de profissão”?

Os seguintes artigos por não serem tão fundamentais para o estudo do presente trabalho, serão apenas comentados superficialmente. Em seu art. 4º, o pedido de interceptação deve ser realizado quando necessário à apuração da infração. Já o art. 5º determina que a decisão precisa ser fundamentada, indicando forma de execução da diligência, que não poderá ser maior que quinze dias, prorrogáveis. No art. 6º a autoridade policial deverá conduzir os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização, ademais, a autoridade pode requisitar serviços e técnicos especializados (art. 7º), e todas as diligências, gravações e transcrições deverão ser sigilosas (art.8º), inclusive as que forem utilizadas devem ser inutilizadas (art. 9º).

Por fim, o art. 10¹⁸⁵ tipifica como crime a realização de interceptações telefônicas, informáticas ou telemáticas, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, apesar ser um consenso entre os doutrinadores, houve inclusão do parágrafo único, pela lei nº 13.964/19, em que incorre nas mesmas penas se realizadas por autoridade judicial.

É perceptível que a Lei nº 9.296/96, apesar de indispensável, precipuamente, como forma de controlar a atividade estatal diante da utilização desenfreada das interceptações telefônicas e para preencher uma das várias lacunas extremamente danosas ao Estado Democrático de Direito, é imperiosa a necessidade, passados mais de 20 anos desde a sua edição, de regulamentá-la eficazmente.

Por exemplo, não obstante, ser altamente aceitável entre os doutrinadores e a jurisprudência nacional, como já foi visto, o legislador não se posicionou em relação ao princípio da proporcionalidade¹⁸⁶, principalmente, no que tange à prova ilícita *pro reo*. O direito

¹⁸³ AVOLIO, op. cit., p. 184.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 184.

¹⁸⁵ “Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei [...] Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no **caput** deste artigo com objetivo não autorizado em lei.” (Brasil, 1996)

¹⁸⁶ Nesse sentido, Rachel Pinheiro alude que: “Salienta-se que a proporcionalidade ou razoabilidade justificadora da decisão do magistrado, derivada do princípio do devido processo legal, constante no artigo 5º, LVI da constituição federal não pode ser vedada por uma lei ordinária.” (Mendonça, op. Cit., p. 149)

hoje por clarear e disciplinar a aplicação de fatos pretéritos, exige do seu aplicador uma nova conduta, não mais baseada em um uso irrestrito, imprudente e cego das normas, como outrora era necessário.¹⁸⁷

4.2 AS REGRAS DE UM JOGO (IM)PARCIAL REFLETIDO NO TEOR DAS CONVERSAS DIVULGADAS PELO INTERCEPT

No dia 09 de junho de 2019, o meio de comunicação *The Intercept* divulgou em seu site uma série de conversas¹⁸⁸, obtidas por fonte sigilosa, mantidas supostamente entre os supostos protagonistas da força-tarefa da Operação Lava Jato em Curitiba, quais sejam, o procurador do MPF, Deltan Dallagnol e o então juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro.

A problemática envolvida na comunicação exposta, se provada verdadeira, revela uma clara violação do sistema legal acusatório e seus princípios basilares em virtude de colaboração oculta entre o julgador e órgão acusador. Mesmo antes de tal revelação, muitos juristas já haviam criticado o posicionamento do magistrado em alguns processos, principalmente, no do ex-presidente Lula.

Antes de tudo, insta salientar que tal trabalho não detém cunho político, mas jurídico. Não será analisado o teor do julgamento do ex-presidente Lula, se o mesmo é culpado ou inocente, não é o objetivo. Contudo, se em face da pertinência for necessário, serão citados, apenas, os pontos de suma importância para melhor elucidação da tese aqui defendida e sua validação. Além disso, não abordaremos todos os diálogos que poderiam indicar uma violação a garantia do juiz natural e imparcial, mas aqueles que, *prima facie*, mostram evidentemente a quebra da parcialidade pelo ex-juiz Sérgio Moro.

A Operação Lava-jato é considerada como uma das maiores investigações, em nível mundial, no combate à corrupção, inspirada na operação Mãos Limpas (*Mani Pulite*) que abalou a Itália nos de 1990. A Lava Jato iniciou em 17 de março de 2014 e atualmente conta com 70 fases operacionais, tendo a participação de policiais, promotores e juízes. A operação ganhou ampla visibilidade pois além das grandes empresas privadas, também atingiu empresas públicas, como a Petrobrás, se irradiando tanto para políticos, quanto agentes da administração pública.

¹⁸⁷ MENDONCA, op. Cit., p. 170

¹⁸⁸ Reitera-se a necessidade da autenticidade e integridade dos materiais adquiridos por órgãos competentes.

Apesar de tal operação visar o combate a corrupção institucionalizada e, realmente, em várias partes esse fato é perceptível - os indivíduos ligados a essa corrupção sistêmica foram descobertos e condenados conforme os ditames legais cabíveis - houve, no decorrer das fases, uma mudança de paradigma, em que, infelizmente, se converteu em uma operação política mais do que jurídica.

Nas palavras de Matheus Felipe de Castro:

A “Operação Lava Jato” sai do terreno de combate regular e avança como uma tropa irregular, guerrilheira, sobre um terreno que não deveria ser seu de origem, utilizando o discurso do direito penal e da criminalização secundária (que não passa de seletividade arbitrária) como armas de legitimação, através da técnica e do procedimento [...].¹⁸⁹

As conversas obtidas pelo *The Intercept*, as quais ocorreram entre outubro de 2015 a setembro de 2017, revelaram justamente um juiz que deixou de ser uma figura imparcial e se tornou parte do processo, contrariando todos os princípios que regem o Estado Democrático de Direito. Como já foi visto nos capítulos anteriores, a imparcialidade está prevista expressamente na Constituição, em leis infraconstitucionais, em tratados e declarações como sendo indissociável do devido processo legal, tornando-se fator de legitimidade da decisão judicial.

Nesse contexto, disposto na parte 5¹⁹⁰ dos diálogos obtidos pelo *The Intercept*, no dia 07 de dezembro de 2015, Moro enviou a seguinte mensagem a Dallagnol:

Moro – 17:42:56 – Entao¹⁹¹. Seguinte. Fonte me informou que a pessoa do contato estaria incomodado por ter sido ela solicitada a lavratura de minutas de escrituras para transferências de propriedade de um dos filhos do ex Presidente. Aparentemente a pessoa estaria disposta a prestar a informação. Estou entao repassando. A fonte é seria.
Deltan – 17:44:00 – Obrigado!! Faremos contato
Moro – 17:45:00 – E seriam dezenas de imóveis
Deltan – 18:08:08 – Liguei e ele arriou. Disse que não tem nada a falar etc... quando dei uma pressionada, desligou na minha cara... Estou pensando em fazer uma intimação oficial até, com base em notícia apócrifa

¹⁸⁹ CASTRO, Matheus Felipe. O martelo Moro: a “Operação Lava Jato” e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol.136. ano 25. p. 293 – 319. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 20

¹⁹⁰ Leia os diálogos de Sérgio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept. The Intercept Brasil. Brasil, 12 jun. 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹⁹¹ Nas situações em que a citação do autor da grafia original contém erros ortográficos ou grafias estranhas, é recomendado utilizar da expressão “sic” entre colchetes. No entanto, optamos por não modificar os desvios da norma padrão, como a linguagem coloquial, falta de acento ou o uso de abreviações, justamente por que estamos esmiuçando os diálogos obtidos de um aplicativo de mensagens privadas, em que a possível modificação poderia prejudicar sua compreensão.

Moro – 18:09:38 – Estranho pois ele é quem teria alertado as pessoas que me comunicaram. Melhor formalizar entao.
 Moro – 18:15:04 – Supostamente teria comentado com [SUPRIMIDO] que por sua vez repassou a informação até chegar aqui.
 Deltan – 18:16:29 – Posso indicar a fonte intermediária?
 Moro – 18:59:39 – Agora ja estou na duvida.
 Moro – 19:00:22 – Talvez seja melhor vcs falarem com este [SUPRIMIDO] primeiro
 Deltan – 20:03:00 – Ok
 Deltan – 20:03:32 – Ok, obrigado, vou ligar.

Desde que as interceptações telefônicas obtidas pelo The Intercept foram divulgadas, Moro, apesar de seus pronunciamentos dúbios no sentido de contestar a autenticidade das informações, admitiu que tal mensagem em específico era verídica quando se referiu ao episódio como “descuido”, em 14 de junho de 2019:

Nós lá na 13ª Vara Federal, pela notoriedade das investigações, nós recebíamos várias dessas por dia. Eu recebi aquela informação e, aí assim, vamos dizer, foi até um descuido meu, apenas passei pelo aplicativo. Mas não tem nenhuma anormalidade nisso. Não havia nem ação penal em curso [...].¹⁹²

Apesar de Moro afirmar que não há “nenhuma anormalidade nisso”, observa-se que na referida parte do diálogo, o ex-juiz indicou testemunha ao procurador, certo que tanto o art. 40¹⁹³, do CPP, quanto o art. 7º¹⁹⁴, da Lei de ação civil pública, abrem a possibilidade do magistrado quando detiver conhecimento do fato encaminhar ao MP os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.¹⁹⁵ Contudo, tal procedimento deve ser realizado de maneira formal e não por um aplicativo de troca de mensagens. Em que pese esse ponto, o processo deve ser anulado se o ponto fundamental foi a violação da imparcialidade do juiz pelo fato de ouvir testemunhas antes de ter sido encaminhado os autos ao MP.¹⁹⁶

Ademais, posteriormente, Dallagnol diz a Moro que a testemunha se recusou a falar, diante disso, o procurador sugere “uma intimação oficial até, com base em notícia apócrifa”, e

¹⁹² MATTOSO, Camila. Foi descuido meu, diz Moro sobre mensagem à Lava Jato com pistas contra Lula. Folha de S.Paulo, Brasília, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/foi-descuido-meu-diz-moro-sobre-mensagem-a-lava-jato-com-pistas-contralula.shtml>. Acesso em: 19 set. 2019.

¹⁹³ “Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juizes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.”

¹⁹⁴ “Art. 7º: Se, no exercício de suas funções, os juizes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.”

¹⁹⁵ Inclusive, tal argumento foi utilizado pelo atual Ministro Sergio Moro em uma entrevista ao jornal O Estado de S. Paulo “ Isso está previsto expressamente no Código de Processo Penal, artigo 40, e também no artigo 7 da Lei de Ação Civil Pública diz que 'quando o juiz tiver conhecimento de fatos que podem constituir crime ou improbidade administrativa ele comunica o Ministério Público.” (MATTOSO, op. cit.)

¹⁹⁶ LOPES JUNIOR, op. cit.

o ex-juiz complementa dizendo: “melhor formalizar então.” Notícia apócrifa ou, melhor, delação apócrifa, é popularmente conhecida como “denúncia anônima”, caracteriza-se quando alguém, anonimamente, relata as autoridades a prática de um delito, as quais constituem fonte de informação ou de provas.

O que Dallagnol queria fazer era uma inversão do que normalmente acontece, ou seja, ao invés de receber a delação apócrifa e através dela investigar o que se estar alegando, ele queria simular uma denúncia e assim coagir a testemunha a depor. E Moro, no papel de julgador, a quem a lei conferiu o poder de julgar as transgressões ao sistema legal, além de não repreender o Procurador da República, o incentivou a adotar tal postura. O juiz que gere prova, não viola apenas a imparcialidade, como também deixa de ser um expectador, para se tornar um protagonista, um promotor da vontade punitiva.

Fazendo uso das palavras de Agostinho Ramalho Marques Neto que diz:

Trata-se, evidentemente, da convalidação da posição perversa de um juiz que confunde o ato de julgar com o de legislar e não se acanha de julgar com base em provas que ele mesmo produz ou ajuda a produzir. E como acontece em toda posição perversa, há uma arbitrária imposição de limites para os outros e ao mesmo tempo uma supressão de todos os limites para os seus próprios atos.¹⁹⁷

Nesse sentido, Luiz Ferrajolli também alude que:

A primeira condição concerne à acusação. Sé é indispensável que o juiz não tenha funções acusatórias, é igualmente essencial que a acusação pública não tenha funções judiciais. Estão, portanto, excluídos todos aqueles poderes tipicamente judiciais - da restrição da liberdade pessoal à formação das provas - graças aos quais se desenvolveu "a tendência invasora do Ministério Público": este, como disse Carrara, "não deve ter outra atribuição que não a de *acusar*. Se ele se confunde com *inquisição*, se tem poder de iniciar, dirigir ou de qualquer modo influenciar os processos escritos que depois servirão mais ou menos de prova contra o acusado, ele não será senão um *inquisidor*. Dêem-lhe o nome que melhor aprouver para iludir as pessoas comuns, mas o jurista sempre reconhecerá nele a figura do inquisidor."¹⁹⁸

E como já disposto e explicitado nos capítulos anteriores, o sistema que vigora na atual ordem jurídica é o acusatório, em que o juiz está no meio e acima das partes, justamente para que sua imparcialidade seja efetiva e assim promova um julgamento justo ao acusado, e a

¹⁹⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Quando o inconsciente do juiz se revela na sentença. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (org.). Comentários a uma sentença anunciada: O processo Lula. 1. ed. Bauru, SP: Praxis, 2017, p. 24-29, p. 27

¹⁹⁸ FERRAJOLLI, op. Cit., p. 467

acusação e a defesa devem estar em posição de paridade. Também seria totalmente desarrazoado se em vez do procurador, fosse a defesa de algum dos acusados pela Lava Jato, a entrar em contato com o magistrado sobre possíveis falhas em sua tese.

Em outro ponto dos diálogos, ainda na parte 04, mais precisamente no dia 13 de março de 2016, o procurador promove uma série de elogios ao ex-juiz:

Deltan – 22:19:29 – E parabéns pelo imenso apoio público hoje. Você hoje não é mais apenas um juiz, mas um grande líder brasileiro (ainda que isso não tenha sido buscado). Seus sinais conduzirão multidões, inclusive para reformas de que o Brasil precisa, nos sistemas político e de justiça criminal. Sei que vê isso como uma grande responsabilidade e fico contente porque todos conhecemos sua competência, equilíbrio e dedicação.

Moro – 22:31:53 – Fiz uma manifestação oficial. Parabens a todos nós.

Moro – 22:48:46 – Ainda desconfio muito de nossa capacidade institucional de limpar o congresso. O melhor seria o congresso se autolimpar mas isso nao está no horizonte. E nao sei se o stf tem força suficiente para processar e condenar tantos e tao poderosos

[...]

Deltan – 23:14:53 – Preciso que Vc assuma mais as 10 medidas ou outras mudanças em que acredite também, se entender que isso não trará problemas sérios. A sociedade quer mudanças, quer um novo caminho, e espera líderes sérios e reconhecidos que apontem o caminho. Você é o cara. Não é por nós nem pelo caso (embora afete diretamente os resultados do caso), mas pela sociedade e pelo futuro do país.¹⁹⁹

As conversas claramente mostram o que Carl Schmitt denominou de juiz *partisan*, caracterizado como combatente, mas não um qualquer, um “combatente *irregular*”²⁰⁰, ele não é “um soldado, mas um *partidário*, um *militante*, um *guerrilheiro* tomado por uma ideologia ou meta política que o diferencia de um soldado regular.”²⁰¹ Poderíamos definir Juízes Partisans, como aqueles que possuem, em sua atuação de magistrados, a qualidade para inserir o elemento político, se tornando cada vez mais verdadeiros militantes de causa políticas, ideológicas, religiosas ou simplesmente movidos por convicções pessoais.²⁰²

¹⁹⁹ MARTINS, Rafael; SANTI, Alexandre; GREENWALD, Glenn. Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato. The Intercept. 09 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em: 19 jan. 2020.

²⁰⁰ SCHMITT, Carl. O conceito de político: Teoria do Partisan. Coordenação e supervisão Luiz Moreira; tradução e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 162. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/21467885/o-conceito-de-politico-teoria-do-partisan-carl-schmitt>.

Acesso em: 29 de fev. de 2020

²⁰¹ CASTRO, op. cit., p. 19

²⁰² Ibidem, op. cit., p. 24

A contradição aqui existente é que no atual Estado de Direito não é cabível a figura do juiz *partisan*, pois, não só prejudica, mas atrapalha tudo o que a democracia representa. E tal fenômeno ganhou espaço com a Lava Jato devido à grande repercussão midiática que envolveu a operação.

Dessa forma, quando Dallagnol diz que Moro “não é mais apenas um juiz, mas um grande líder brasileiro”, e ainda complementa expondo que “Seus sinais conduzirão multidões, inclusive para reformas de que o Brasil precisa, nos sistemas político e de justiça criminal”, e, inclusive, quando o ex-juiz condiz com tal posicionamento, há uma grave violação da imparcialidade judicial. Indagamos se esse fenômeno já não se faz presente no processo criminal a algum tempo, só que com pessoas comuns, especialmente aqueles rotulados como criminosos pela própria sociedade,²⁰³ mas que não possuem tanta visibilidade ou amparo afetivo pelos cidadãos.

Posteriormente, para finalizar o diálogo daquele dia, Dallagnol ainda arremata dizendo que: “A sociedade quer mudanças, quer um novo caminho, e espera líderes sérios e reconhecidos que apontem o caminho. Você é o cara. Não é por nós nem pelo caso (embora afete diretamente os resultados do caso), mas pela sociedade e pelo futuro do país.”

O magistrado não é um ser político, principalmente, quando isso, acima de tudo, puder influenciar em seu julgamento. Um juiz é um aplicador da lei, o qual deve atuar em obediência a ela, nunca o contrário. A sua atribuição não é e jamais poderá ser um herói, aquele que combate a corrupção. Ele não deve e não pode existir para isso, “O sistema político estatal é regido por normas, isto é, pelo princípio e não pelo Príncipe [...]”.²⁰⁴

Tem-se que a vitaliciedade, irredutibilidade, inamovibilidade, como já foi explicado em capítulos anteriores, são prerrogativas primordiais, justamente para que o magistrado julgue sem interferências internas ou externas.

Com efeito, é perceptível o alto nível de um ideal utilitarista, sob o discurso de que a moral e a justiça devem ser colocadas acima da letra seca da lei, quando se trata do bem-estar de todos e não de um único ser humano. Neste contexto, Michel J. Sandel descreve:

A vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar os direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais. E isso significa que a lógica utilitarista, se aplicada de forma

²⁰³ Ibidem, op. cit., p 22

²⁰⁴ CARVALHO; FERREIRA. op, cit., p. 438

consistente, poderia sancionar a violação do que consideramos normas fundamentais da decência e do respeito no trato humano [...]”²⁰⁵

Grande parte dos juristas se utilizam dos discursos utilitaristas com objetivo de estar cumprindo com os anseios da sociedade. Comprovando este fato, a presidente do STF, Carmen Lúcia, primeiro semestre de 2017, no encerramento das atividades proferiu o seguinte discurso:

O clamor por justiça que hoje se ouve em todos os cantos do país não será ignorado em qualquer decisão do STF. [...] Não seremos ausentes aos que de nós esperam a atuação rigorosa para manter sua esperança de Justiça. Não seremos avaros em nossa ação para garantir a efetividade da Justiça. [...] As vozes dos que nos antecederam e que velaram pela aplicação do direito com o vigor de sua toga e o brilho de seu talento, não deixam de ecoar em nossos corações.²⁰⁶

Além do que, é possível notar a atuação midiática de alguns magistrados, especificamente com posicionamentos *contra legem*, como foi caso da entrevista do Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, antigo presidente do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, no dia 06 de agosto de 2017, ao Jornal Estado de S. Paulo (Estadão).²⁰⁷ No diálogo, o magistrado profere vários elogios ao ex-juiz federal Sergio Moro e comenta que a sentença proferida no julgamento do ex-presidente Lula “é tecnicamente irrepreensível, fez exame minucioso e irretocável da prova dos autos e vai entrar para a história do Brasil”. Acontece que, o próprio presidente do TRF admitiu não ter lido a decisão completa da decisão de Moro no caso do *triplex*, como afirma na entrevista “Eu teria que ver os autos, os argumentos da apelação.”.

O teor dos diálogos proferidos na entrevista ao Estadão viola tanto a Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional)²⁰⁸, quanto o código de Ética

²⁰⁵ SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

²⁰⁶ MINISTRA Cármen Lúcia assegura que “clamor por justiça” não será ignorado pelo Supremo. Notícias Supremo Tribunal Federal. 30 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348346>>. Acesso em: 25 de fev. de 2020

²⁰⁷ CARVALHO, Luiz Maklouf. Sentença que condenou Lula vai entrar para a história', diz presidente do TRF-4. – Jornal Estado de S. Paulo - Estadão. 2017 Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,sentenca-que-condenou-lula-va-entrar-para-a-historia-diz-presidente-do-trf-4,70001925383>>. Acesso em: 27 de fev. 2020.

²⁰⁸ “Art. 36, III: É vedado ao magistrado: manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.”

da Magistratura²⁰⁹, pois, apesar do Desembargador não julgar a apelação referente ao caso citado, o qual ficará a cargo da 8ª Turma do Tribunal, era o responsável por julgar a admissibilidade de eventuais recursos que posteriormente poderiam ser impetrados aos tribunais superiores com objetivo de reformar a decisão.

A ideia de imparcialidade e independência judicial, garantia do atual modelo acusatório e um dos pré-requisitos do Estado de Direito, refere-se, justamente, a equidistância dos magistrados em relação as partes. Por isso, que quando um juiz auxilia o MP, o qual ostenta qualidade de parte no processo, no exercício do *jus perseguendi*, ele viola não só o novo modelo vigente abrindo mão do seu *jus pundiende*, mas da garantia de um processo justo ao acusado.

Os diálogos do dia 27 de fevereiro de 2016²¹⁰, parte 05, em que Moro pergunta a Dallagnol “O que acha dessas notas malucas do diretório nacional do PT? Deveríamos rebater oficialmente? Ou pela ajufe [Associação dos Juizes Federais do Brasil]?”, ao utilizar a primeira pessoa do plural só corrobora ainda mais com o caráter de cooperação presente na Operação, como se acusação e do juiz estivessem no mesmo time (“deveríamos” “nós”), e ainda continuam:

21 de junho de 2016

Deltan – 11:58:10 – VISÃO GERAL EM 06-06-15: 1. TOTAL DE RELATOS: 98 2. COLABORADORES: 45 3. NUMERO DE POLITICOS: 150 4. POLITICOS CUJOS PAGAMENTOS JÁ FORAM LOCALIZADOS: R\$ 470 MILHOES (identificado o político beneficiário da propina) – Ness montante apenas pagamentos ilegais 1. Corte temporal de 2008 a 2014 2. SÉRGIO CABRAL responde só por R\$ 100 milhões 3. OUTROS POLÍTICOS IDENTIFICADOS (identificados pela defesa como relevantes/ envolvem Governadores de 13 Estados e 7 Ministros de Estado): 1. MICHEL TEMER 2. DILMA 3. LULA 4. EDUARDO CUNHA 5. AECIO NEVES 6. ALCKIM 7. ALOISIO MERCADANTE 8. PAULO SKARF 9. ANTONIO PALOCCI (DILMA) 10. SERGIO CABRAL 11. JOSE SERRA 12. HADAD (PREFEITO) 13. HENRIQUE ALVES 14. ROMERO JUCÁ 15. RAIMUNDO COLOMBO (SC) 16. ANTONIO ANASTASIA 17. EDINHO SILVA (DILMA) 18. EDISON LOBAO 19. ELISEU PADILHA (ARRECADAÇÕES PMDB) 20. FERNANDO PIMENTEL 21. FRANCISCO DORNELES 22. GUIDO MANTEGA (DILMA) 23. RENAN CALHEIROS 24. MARCOS PEREIRA (MIN. INDUSTRIA) 25. JAQUES WAGNER 26. BRUNO ARAUJO (MIN. CIDADES) 27. EDUARDO PAES

²⁰⁹ Artigos 4º: Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais;

Art. 12-Cumpra ao magistrado, na sua relação com os meios de comunicação social, comportar-se de forma prudente e equitativa, e cuidar especialmente: II - de abster-se de emitir opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos, sentenças ou acórdãos, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, doutrinária ou no exercício do magistério.

²¹⁰ Leia os diálogos de Sérgio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept. The Intercept Brasil, 12 jun. 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

28. MOREIRA FRANCO 29. KASSAB 30. PEZÃO 31. MARCONI PERILO (GOV. GOIAS) 32. GLEISI HOFFMAN

Moro – 12:40:32 – Reservadamente. Acredito que a revelação dos fatos e abertura dos processos deveria ser paulatina para evitar um abrupto *pereat mundus*.²¹¹

Moro – 12:42:13 – Abertura paulatina segundo gravidade e qualidade da prova

Moro – 13:28:32 – Espero que LJ sobreviva ou pelo menos nós

Deltan – 13:55:27 – 👍 👍 👍

31 de agosto de 2016

Moro – 18:44:08 – Não é muito tempo sem operação?

Deltan – 20:05:32 – É sim. O problema é que as operações estão com as mesmas pessoas que estão com a denúncia do Lula. Decidimos postergar tudo até sair essa denúncia, menos a op do taccla pelo risco de evasão, mas ela depende de Articulacao com os americanos

Deltan – 20:05:45 – (Que está sendo feita)

Deltan – 20:05:59 – Estamos programados para denunciar dia 14

Moro – 20:53:39 – Ok

15 de dezembro de 2016

Deltan – 16:01:03 – Caro, favor não passar pra frente:

[...]

Moro – 18:32:37 – Opinião: melhor ficar com os 30 por cento iniciais. Muitos inimigos e que transcendem a capacidade institucional do mp e judiciário.

Moro – 18:32:46 – Reservado obviamente

Deltan – 19:00:34 – 👍

Dessa forma, quando órgão acusador manda uma lista de possíveis suspeitos e o próprio juiz que, inclusive, irá julgar em primeira instância os casos concretos, aconselha que os processos deveriam ser abertos de forma paulatina “segundo a gravidade e qualidade das provas”, bem como, pouco tempo depois, pergunta se “Não é muito tempo sem operação?”²¹², e, posteriormente, opina novamente que é “melhor ficar com os 30 por cento iniciais”, não tem como refutar o argumento de que houve parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro.

Nesse contexto, Lenio Streck comenta perfeitamente:

Numa palavra: nunca se sabe o que o juiz pensa. Se juiz e MP pensam que, fazendo explanacionismo e inversões do ônus da prova estão fazendo algo revolucionário, então acho bom darem uma olhada nos manuais de ciência política. Menos bayesianismo, explanacionismos, emotivismos, e *mais respeito às regras do jogo inscritas na Constituição*. Fazer a coisa certa e faz-la de acordo com a CF e não contra ela. *Revolucionário é combater os crimes sem quebrar as regras*. Combater a corrupção transformando o processo em

²¹¹ Do latim: *pereat mundus, fiat justitia* (Que o mundo pereça, mas faça-se a justiça).

²¹² Importante expor que a última faze havia sido realizada 29 dias antes – a operação resta um (02/08/2016), cujo foco foram O ex-presidente da Queiroz Galvão, Ildefonso Colares Filho, e o ex-diretor da construtora, Othon Zanoide de Moraes Filho.

um simulacro e fácil. *Difícil é juntar os cacos logo ali na frente. No caos, não há nem regras para se quebrar. Ou para obedecer.*²¹³

O papel do juiz não é auxiliar a acusação, muito menos, demonstrar a todo custo que o acusado é culpado. A Operação Lava Jato sob a construção discursiva de que o “inimigo” é a corrupção e que se deve combatê-la a todo custo, utilizam métodos que atentam diretamente contra o Estado de Direito, fazendo emergir um típico estado de Exceção. É por isso que vários magistrados se utilizam da independência judicial como forma de “escudo” para justificar atos ilegais cometidos por eles.²¹⁴

Tal argumentação é perceptível em uma entrevista ao jornal Valor Econômico, Moro afirma que:

Quanto ao conteúdo das mensagens que me citam, não se vislumbra qualquer anormalidade ou direcionamento da atuação enquanto magistrado, apesar de terem sido retiradas de contexto e do sensacionalismo das matérias, que ignoram o gigantesco esquema de corrupção revelado pela Operação Lava Jato.²¹⁵ (grifo nosso)

O modelo inquisitório ainda permanece no atual sistema jurídico oculto sob traços aparentemente acusatórios em um processo em que apesar do suposto distanciamento das figuras que julgam e acusam, funcionalmente desempenha funções essencialmente persecutórias, aquele em que ao fim deverá julgar, invalidando os efeitos da diferença física inicial.²¹⁶ A prática de ilegalidade se assenta sob o fundamento de combate à essa mesma ilegalidade.

Nesse sentido, quando se observa a junção do MP e do Poder Judiciário compondo a mesma “Operação”, fica incontestável o sentido de continuidade inquisitorial que transcorre desde o primeiro ato da investigação até o último no julgamento. Ganha espaço uma nova geração de juízes que acreditam em sua missão de realizar uma justiça ideal, a qual estaria

²¹³ STRECK, Lenio Luiz. Moro criou novo tipo de extinção de punibilidade: pedido de desculpas. Revista Consultor Jurídico, 31 de março de 2016. p. 265 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-31/senso-incomum-moro-criou-tipo-extincao-punibilidade-pedido-desculpas>> . Acesso em: 26 de fev de 2020.

²¹⁴ Não se trata aqui de suavizar ou muito menos de resguardar a corrupção. Ao contrário, se deve combatê-la de maneira tão firme e decidida a ponto de não permitir que se viole as leis para que o combate da corrupção política se efetive.

²¹⁵ DELGADO, Malur. As reações de Moro sobre as mensagens reveladas pelo The Intercept. Jornal Valor econômico, São Paulo, 19 jun. 2019, documento *online* não paginado. Disponível em: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/06/19/as-reacoes-de-moro-sobre-as-mensagens-reveladas-pelo-the-intercept.ghml>>. Acesso em: 29 de fev. 2020

²¹⁶ CASTRO, op. cit., p. 10

disposta no ordenamento jurídico do Estado, cuja missão é a eliminação do mal da sociedade, caracterizado em criminalidade e violência.²¹⁷

Inclusive, o Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc) da ONU publicou um documento intitulado “Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial”, segundo o qual:

Um juiz tem o direito de fazer perguntas visando clarificar os assuntos. Mas se interfere constante e virtualmente, assumindo a condução de um caso civil ou o papel de persecução em um caso penal, e usa os resultados de seu próprio questionamento para chegar a uma conclusão no julgamento do caso, o juiz se torna advogado, testemunha e juiz ao mesmo tempo, e o litigante não recebe um julgamento justo.²¹⁸ (grifo nosso)

Ao decidir viver em sociedade, os indivíduos abriram mão de uma parcela do seu modo de vida voluntário e soberano - a vingança e justiça privada foram proibidas- e confiaram às instituições a responsabilidade de dirimir os conflitos e dizer o direito. O direito permite a vida em sociedade. Por isso, o cidadão não deve ter motivos para deixar de confiar nos órgãos jurisdicionais, como, por exemplo, temer que haja desvio da jurisdição por motivos de parcialidade do juiz. O protagonismo e a pessoalidade são perigosos e atuam contra o Estado Democrático de Direito. A lei é impessoal porque não é vítima de interesses ou disputas. Ela só deve ter compromisso consigo mesma.”²¹⁹

O juízo prévio de mérito sobre as provas do processo e o espírito de colaboração entre o julgador e a acusador são condutas incompatível com o sistema acusatório. A figura do juiz tal como é, é um princípio submisso à jurisdição, a qual deve ser uma garantia de todos os indivíduos contra o mesmo governo representativo. As duas partes no processo devem concorrer em posição de paridade, de maneira que a imparcialidade do magistrado não seja de qualquer maneira constrangida pelo seu desequilíbrio de poder e não sejam criadas sensibilidades ambíguas, uniões ou confusões entre as funções judicantes e postulantes.”²²⁰

4.2.1 LAWFARE E A PÓS-DEMOCRÁCIA: OS IMPACTOS DOS DIÁLOGOS NO CASO LULA

²¹⁷ *Ibidem*, p. 8 - 10

²¹⁸ Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial / Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2008, p. 70

²¹⁹ GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Quando o devido processo legal não é seguido, a democracia perde. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (org.). Comentários a uma sentença anunciada: O processo Lula. 1. ed. Bauru, SP: Praxis, 2017. p. 49

²²⁰ FERRAJOLLI, op. cit. p. 465

O ex-presidente Lula foi condenado em julho de 2017, a 09 anos e 06 meses de prisão pelos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro no caso do triplex em Guarujá-SP, pelo então juiz Sergio Moro, na 13ª Vara Federal de Curitiba.

A divulgação dos diálogos pelo *The Intercept* tomou maiores proporções no caso do ex-presidente Lula, em vista de sua maior visibilidade no Brasil e também porque a defesa nas alegações finais alegou a parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro no julgamento, pedindo a anulação do processo por suspeição do juiz. Diante disso, fez-se necessário análises dos diálogos vazados conjuntamente com diligências, procedimentos e condutas realizadas pelo magistrado e pelo MP no processo de Lula cujo objetivo é saber se houve ou não violação ao devido processo legal pela parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro.

A denúncia contra o ex-presidente Lula foi recebida no dia 14 de setembro de 2016, contudo, antes disso, já haviam críticas às condutas realizadas pelo magistrado. Os diálogos contidos na parte 05²²¹ no site do The Intercept, apontam para um possível desvio de competências:

21 de fevereiro de 2016

[...]

Moro – 01:09:56 – Olá Diante dos últimos . desdobramentos talvez fosse o caso de inverter a ordem da duas planejadas

Deltan – 11:12:04 – O problema é o risco de nos atropelarem em SP ou em BSB. Queríamos antes, mas tem a festa do PT... Uma semana pode fazer diferença para SP especialmente. Em BSB com o acordo feito às pressas e depoimentos do senador de madrugada receamos também que adiantem algo

Moro – 12:43:52 Ok. Pensem aí. Sugerir por conta do recente acompanhamento

Deltan – 13:47:24 – Estamos refletindo. Por enquanto a tendência é contrária. Vou ler esses resultados parciais

27 de fevereiro de 2016

[...]

Deltan – 12:37:48 – Há uma reclamação sobre competência com ela. Defesa alega que MPF e MPSP estão investigando mesmo fato e cabe ao STF decidir então pede suspensão das inv até decisão quanto a quem é competente

Moro – 12:41:32 – Humm. Até onde tenho presente, ela é pessoa seria. Não tem tb a tendência de entrar em bola dividida. Mas claro, tudo é possível.

13 de março de 2016

Moro – 20:50:01 – Nobre, isso não pode vazar, mas é bastante provável que a ação penal de SP seja declinada para cá se o LL não virar Ministro antes

Deltan – 22:15:50 – Ok

Deltan – 22:15:55 – Obrigado!

²²¹ LEIA os diálogos de Sérgio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept. The Intercept Brasil. Brasil, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

Explicando o contexto, o caso do apartamento *triplex* no Guarujá teve início com as investigações do MPSP, o qual inclusive apresentou denúncia em 09 de março de 2016 contra Lula, requerendo sua prisão preventiva. Paralelamente, em Brasília, o então senador Delcídio do Amaral prestava depoimento em face de um acordo de colaboração premiada, entre os dias 11 e 14 de fevereiro de 2016, sendo uma média de 05 termos de depoimentos por dia.

Diante disso, quando Dallagnol comenta com Moro sobre “o risco de nos atropelarem em SP ou em BSB”, que “uma semana pode fazer diferença para SP especialmente” e que “Em BSB com o acordo feito às pressas e depoimentos do senador de madrugada receamos também que adiantem algo”, existia uma corrida para quem ficava com o “privilégio” de julgar Lula.

Conforme é perceptível nos diálogos, havia um interesse compartilhado entre Moro e Dallagnol acerca da competência para julgar e processar o ex-presidente. Isso é sugerido quando o ex-juiz fala sobre “inverter a ordem da duas planejadas” na operação Lava Jato e em como isso afetaria a fixação da competência, Moro ainda repassa uma informação privilegiada, ao ressaltar que “isso não pode vazar”, de que caso a competência fosse para o juízo de SP, a ação penal declinaria para vara de Curitiba.²²²

E, justamente, sob esse contexto da inversão de fases, houve a deflagração da 24ª fase, a operação *Aletheia*, em que foi autorizada a busca e apreensão na casa de Lula, familiares e pessoas ligadas a ele, além de um mandato de condução coercitiva. Diante disso, está claro que a realização das diligências realizadas pelo MPF de Curitiba, houve participação informal via *Telegram* pelo até então juiz Sérgio Moro, responsável por julgar posteriormente o respectivo caso concreto.

Nesse contexto, quando Sergio Moro, no diálogo, utiliza o verbo “sugerir”, como sinônimo de aconselhar, já está violando o disposto no art. 254, inciso IV, do CPP, devendo haver sua suspeição. O juiz não deve buscar a causa, em face do princípio da jurisdicionalidade. Logo, quando sua conduta reflete uma predileção pelo caso, o juiz se torna automaticamente suspeito. Em outras palavras, se o magistrado escolheu ou auxiliou a escolha do acusado que queria julgar, como esperar que esse mesmo juiz seja imparcial no julgamento?

²²² No dia 14 de março de 2016, a juíza da 4ª Vara Criminal de São Paulo, Maria Priscilla, decidiu remeter a denúncia e o pedido de prisão contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no caso *trípex* para o então juiz federal Sérgio Moro. (TJSP- 4ª VARA CRIMINAL- Autos nº 0017018-25.2016.8.26.0050 - Juiz(a) de Direito: Dr(a).Maria Priscilla Ernandes Veiga Oliveira- Data da publicação: 14/03/2016)

Quiçá, uma das mais impactantes ações do ex-juiz Sergio Moro na operação envolvendo Lula, foi a liberação das conversas particulares entre o Dilma e o referido ex-presidente referente à nomeação deste como novo ministro da Casa Civil²²³, no dia 16 de março de 2016. De acordo com os diálogos do Intercept, Moro e Dallagnol se consultam sobre levantamento do sigilo:

Dallagnol – 12:44:28. – A decisão de abrir está mantida mesmo com a nomeação, confirma?

Moro – 12:58:07. – Qual é a posição do mpf?

Dallagnol – 15:27:33. – Abrir²²⁴

Naquele mesmo dia, aproximadamente, às 18h32min, a GloboNews, em rede nacional e ao vivo leu a transcrição do diálogo entre Dilma e Lula. Seis dias depois (22), Moro e Dallagnol voltam ao assunto:

Dallagnol – 21:45:29. – A liberação dos grampos foi um ato de defesa. Analisar coisas com hindsight privilege é fácil, mas ainda assim não entendo que tivéssemos outra opção, sob pena de abrir margem para ataques que estavam sendo tentados de todo jeito...

[...]

Moro – 22:10:55. – não me arrependo do levantamento do sigilo. Era melhor decisão. Mas a reação está ruim.

No dia 29, uma semana depois, após o ex-ministro do STF Teori Zavascki determinar suspender as investigações da operação Lava Jato referente a Lula, em virtude da divulgação do áudio, Moro pediu “respeitosas escusas”²²⁵ ao pelo ato que poderia “ser considerado incorreto, ou mesmo sendo correto, possa ter trazido polêmicas e constrangimentos desnecessários.”²²⁶

²²³ BRASIL. DECRETO, 16 de março de 2016. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano 152, n. 51-A, 16 de março de 2016. Seção II, p.1. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1000&pagina=1&data=16/03/2016>>. Acesso em: 27 de fev. de 2020

²²⁴ LEIA os diálogos de Sérgio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept Brasil. Brasil, 12 jun. 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

²²⁵ “Moro criou uma nova espécie de extinção de punibilidade: por pedido de desculpas” (Streck, Lenio Luiz. Moro criou novo tipo de extinção de punibilidade: pedido de desculpas. Revista Consultor Jurídico, 31 de março de 2016.

²²⁶ SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARANÁ (13ª Vara Federal de Curitiba). SÉRGIO FERNANDO MORO, Juiz Federal. OFÍCIO Nº 7000017437522, 9/03/2016. [S. l.], 9 mar. 2016. [S. l.], 9 mar. 2016. Disponível em: <http://estaticog1.globo.com/2016/03/29/RCL23457-MororespondeTeorisobregrampodeLula.pdf?_ga=2.33924449.1908087300.1582824577-913a4b6a-9d02-9256-d197-0b1334746525>. Acesso em: 27 fev. 2020.

Os diálogos mostram uma demonstração perigosa da utilização do direito e do processo penal como instrumento de guerra, é o que acontece nas hipóteses de Lawfare.²²⁷ Por fazer uso de instrumentos legais e jurídicos, violações a direitos e garantias fundamentais são realizadas de forma sistemática, seja através de vazamentos seletivos de informações, áudios e vídeos ou por abuso de prisões cautelares como meio de se obter colaborações que favoreçam o fim almejado, ou até mesmo a parcialidade de um julgador. Enfim, tais condutas são realizadas sob aparência de legalidade, como se o início da persecução penal fosse legítimo e de maneira que todas as regras do jogo estão sendo obedecidas.

Em tal conjuntura também se faz presente o que se denomina de pós-democracia, em que os limites ao exercício de poder, que determinam o Estado Democrático de Direito, desaparecem. Os julgamentos no Estado pós-democrático, similarmente, assumem a aparência de julgamentos, baseados no populismo, em nome de bordões como “combate à corrupção” ou “interesse público”, os quais são manuseados para legitimar discursivamente, até mesmo, a colaboração entre o órgão acusador e o julgador e a desrespeito a formas processuais legais.

A rejeição da representação contra Moro realizada pela defesa de Lula, em virtude das divulgações da conversa com Dilma, representa um caso da pós-democracia. A representação foi arquivada com bases nos seguintes termos:

É sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada operação 'lava jato', sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no Direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá *situações inéditas*, que escaparão ao *regramento genérico*, destinado aos *casos comuns*. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, [...], é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da operação 'lava jato', inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional. [...] como antes exposto, as investigações e processos criminais da chamada operação 'lava jato' constituem *caso inédito*, trazem *problemas inéditos* e exigem *soluções inéditas*”.²²⁸ (grifo nosso)

²²⁷ “*Es el uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político*” (Vollenweider, Camila; Romano, Silvina. Lawfare. La judicialización de la política en América Latina. Site do CELAG); Apesar de não ter uma definição específica pode ser definido como “o uso indevido da lei como substituto dos meios militares tradicionais para alcançar objetivos militares” (BARROS FILHO, Geraldo Carreiro de; FARIAS, Athena de Albuquerque; OLIVEIRA, Gislene Farias de. Considerações sobre o Instituto do Lawfare. Id on Line Rev. Psic. V.10, N. 33. Supl. 2. 2017)

²²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relatório nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. Relator: Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI. Porto Alegre/RS, 23/09/2016.

Dessa forma, para o TRT- 4º é justificável a quebra do sigilo telefônico, caracterizando interceptação ilegal, se for em prol do “interesse geral”. Da mesma forma, Moro - que violou a Lei de Interceptações Telefônicas (arts. 8º e 9º, Lei nº 9.296/96, já disposta no tópico 4.1) - sequer vai ser responsabilizado pela desproporcionalidade do delito cometido disposto na referida lei (art. 10). Não houve só o descumprimento da violação do delito disposto na Lei nº 9296/96, mas também do art. 325 do Código Penal (CP)²²⁹ e do art. 17, da resolução n. 59, do CNJ²³⁰, ainda assim, foram considerados meros descuidos, sendo então, o caso arquivado.

A argumentação genérica do tribunal de que a Lava Jato requer “soluções inéditas” (no pequeno trecho acima, o termo “inédito” foi empregado, no mínimo, umas 5 vezes), “tratamento excepcional” (na iminência de um tribunal de exceção) e que a conduta do então magistrado atendeu ao “interesse geral” pode servir, como parece ter sido o caso, para fundamentar toda e qualquer arbitrariedade judicial.²³¹ Além disso, o Desembargador ao proferir “casos comuns” insinua que há lides que são importantes e ou outras que não são, ou seja, sob esse tipo de pensamento, casos concretos estão sujeitos a uma espécie de hierarquização.

Inclusive, o voto contrário, do Desembargador Federal Rogerio Favreto, aduz que a não observação dos direitos e garantias fundamentais no Direito Penal, recorda a teoria do estado de exceção, a qual é perigosa se feita por magistrados sem os mesmos compromissos democráticos.²³²

Vale alegar que o Poder Judiciário deve deferência aos dispositivos legais e constitucionais, sobretudo naquilo em que consagram direitos e garantias fundamentais. Sua não observância em domínio tão delicado como o Direito Penal, evocando a teoria do estado de exceção, pode ser temerária se feita por magistrado sem os mesmos compromissos democráticos do eminente Relator e dos demais membros da Corte.

²²⁹ Art. 325: Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação

²³⁰ BRASIL. Resolução nº 59, 09 de setembro de 2008. Conselho Nacional de Justiça.

²³¹ BEGOSSI, Giovanni Alessandro. *Lawfare*, pós-democracia e pós-verdade no caso Lula: análise da potencial violação do direito fundamental ao juiz natural por Sérgio Moro e seus impactos na democracia brasileira à luz dos diálogos divulgados pelo *The Intercept*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, NATAL/RN, 2019, p, 85-86.

²³² O desembargador ainda complementa: “Em suma, o ato de levantamento do sigilo de conversas telefônicas interceptadas encontra-se inquinado pelas seguintes ilegalidades: a) houve transgressão aos arts. 8º e 9º da Lei 9.296/1996 e ao seu fundamento constitucional (art. 5º, XII); b) não foi observado o prévio contraditório, com infração ao art. 5º, LV, da Constituição Federal; c) parte das conversas divulgadas foi captada ilegalmente, após a ordem de interrupção da interceptação; d) a decisão emanou de juízo incompetente.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relatório nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. Relator: Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI. Porto Alegre/RS, 23/09/2016.)

Em 10 de maio de 2017, mais precisamente um ano depois do episódio dos vazamentos dos áudios, acontecia o depoimento do ex-presidente Lula no processo em que era acusado. Naquela mesma noite, de acordo com a parte 06 das reportagens dispostas pelo Intercept Moro em conversa com Santos Lima, membro da força-tarefa da Operação Lava Jato, teria sugerido a publicação de uma nota esclarecendo as contradições no depoimento do Lula:

Moro – 22:04 – O que achou?

Santos Lima – 22:10 – Achei que ficou muito bom. Ele começou polarizando conosco, o que me deixou tranquilo. Ele cometeu muitas pequenas contradições e deixou de responder muita coisa, o que não é bem compreendido pela população. Você ter começado com o Triplex desmontou um pouco ele.

Moro – 22:11 – A comunicação é complicada pois a imprensa não é muito atenta a detalhes

Moro – 22:11 – E alguns esperam algo conclusivo

Moro – 22:12 – Talvez vcs devessem amanhã editar uma nota esclarecendo as contradições do depoimento com o resto das provas ou com o depoimento anterior dele

Moro – 22:13 – Por que a Defesa já fez o showzinho dela.

Santos Lima – 22:13 – Podemos fazer. Vou conversar com o pessoal.²³³,

Os procurados acataram a sugestão de Sérgio Moro e publicaram a nota à imprensa²³⁴ cujo o tema central era “contradições”. Além de, mais uma vez, o comportamento proativo do ex-juiz em relação ao MPF atuar na mídia para desqualificar os argumentos da defesa do réu, se destacar, o que se mais desperta interesse, é o modo de falar, ou seja, a linguagem utilizada “a Defesa já fez o showzinho dela” evidencia uma clara aversão aos advogados do réu. O juiz que se diz imparcial (logo infere-se estar acima das partes) menospreza os argumentos de uma das partes e pior, instrui, privativamente, a outra a elaborar uma nota na imprensa prejudicando o réu ao qual estava julgando (mais um exemplo da pós-democracia).²³⁵

²³³ MARTINS, Rafael Moro et al. Sérgio Moro, enquanto julgava Lula, sugeriu à Lava Jato emitir uma nota oficial contra a defesa. Eles acataram e pautaram a imprensa. The Intercept Brasil. Brasil, p. 11-15. 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>>. Acesso em: 09 fev. 2020.

²³⁴ DEPOIMENTO de Lula teve 'diversas contradições', dizem procuradores. Folha de S. Paulo. Curitiba; São Paulo, p. 11-15. maio 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1883172-depoimento-de-lula-teve-diversas-contradicoes-dizem-procuradores.shtml>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

²³⁵ Item “57. Os questionamentos sobre a imparcialidade deste julgador constituem mero diversionismo e, embora sejam compreensíveis como estratégia da Defesa, não deixam de ser lamentáveis já que não encontram qualquer base fática e também não têm base em argumentos minimamente consistentes, como já decidido, como visto, pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.” (BRASIL. Justiça Federal. Sentença nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Relator: Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba. 12/07/2017.)

O problema aqui não é pelo fato de o ex-presidente Lula ser condenado, mas o desejo de Sérgio Moro querer condená-lo. Condenação não deve ter haver com desejo, mas sim, pelo fato de o crime ter sido ou não cometido.

Dessa forma, não se mostra permissível balancear a garantia ao juiz natural com produtos pragmáticos aclamados pela população. Não é compatível com o Estado de Direito o pensamento de que o combate à corrupção pode suprimir direitos e garantias como os corolários do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, pelo fato dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro serem complexos e seus acusados, muitas vezes, poderosos.

Os diálogos obtidos pelo Intercept demonstraram e refutaram algo que era visivelmente claro, a parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro, inclusive, a própria defesa de Lula sustentou tal tese, antes mesmo da divulgação das mensagens.²³⁶ Aos olhos de qualquer observador sensato, mesmo que Moro não tivesse a intenção de ser parcial, o risco do magistrado ter tido a intenção prévia de julgar o ex-presidente Lula e ter, inúmeras vezes, aconselhado o órgão acusador, além da quebra de sigilo telefônica, é alto demais para ser constitucionalmente tolerável. Destarte, Moro violou a prerrogativa de Lula ao direito fundamental ao juiz natural e, por consequência, deve ser declarado suspeito com base no que dispõe o arts. 254, inciso IV, e 564, inciso I, ambos do CPP.

4.3 OS DIÁLOGOS OBTIDOS PELO *THE INTERCEPT* DEVEM SER ADMITIDOS?

Como já foi amplamente debatido nos tópicos anteriores (cap. 3 e tópico 4.1), a CF/88 em seu art. 5º, inciso LVI, proíbe a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos na persecução penal. Nessa interpretação restritiva que o texto constitucional dispõe, estão inclusas as interceptações telefônicas, as quais só podem ser admita a quebra de sigilo telefônico (art. 5º, XII, CF/88) se obedecidos os critérios estabelecidos pela Lei nº 9.296/96, em conformidade com o inciso XII, do art. 5º, da Carta Maior, caso contrário será caracterizada como prova ilícita.

²³⁶ Seria insustentável – as alegações finais na forma de memoriais totalizaram 1643 páginas- trazer todos os pontos de parcialidade que a defesa alegou, mas sintetizando o pedido, o qual foi: “A declaração da nulidade, a partir do recebimento da denúncia, em vista da chapada *suspeição* do Juiz Sérgio Fernando Moro, antigo titular da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, que processou o Defendente ao arrepio da *Garantia do Juiz Natural*.” Teixeira Martins Advogados; José Roberto Batocchio Advogados Associados. Alegações finais na forma de memoriais. Ação Penal nº 5021365-32.2017.4.04.7000/PR. São Paulo, p. 1-1640. jan. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/alegacoes-finais.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

Contudo, a sociedade não se encontra mais no contexto histórico em que tais normas foram editadas, interpretar os textos normativos que dizem respeito às garantias constitucionais de maneira restritiva, é incorrer para injustiças dentro do próprio processo.

Foi visto nos tópicos anteriores, que o conteúdo dos diálogos divulgados pelo Intercept mostrou um alto teor de parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro frente aos casos julgados por ele na Operação Lava Jato, principalmente, no de Lula. Claramente foram violados vários princípios e garantias processuais sem os qual não há processo justo, muito menos uma ação judicial.

Isto posto, temos o conflito de dois princípios/garantias constitucionais, de mesmo peso, de mesma hierarquia - ambas estão amparadas pelo art. 5º da CF/88 -, quais sejam, a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos *versus* o devido processo legal e seus corolários. E a resolução para tal colisão, ponderando qual possui maior peso, deve ser feita através do princípio da proporcionalidade.

Pelo fato das interceptações telefônicas obtidas pelo *The Intercept* terem sido adquiridas em desacordo com a Lei de Interceptações Telefônicas, elas são consideradas provas ilícitas, por violarem normas de direitos material que resguardam a intimidade e vida privada (art. 5º, inciso X, da CF/88), por isso, via de regra, elas não podem ser admitas em processo.

De certo que as garantias do inciso XII, do art. 5º, da Carta Magna, devem ser protegidas, principalmente, se for do arbítrio estatal. No entanto, tais garantias cedem em face de outros princípios de maior peso. Por isso, que, apesar, das interceptações telefônicas obtidas pelo *The Intercept* violarem o direito a intimidade e vida privada de agentes estatais específicos²³⁷, o teor dos diálogos revelaram a violação de princípios constitucionais, que no referido caso concreto, possui maior carga, pois, o envolve o dogma maior da sociedade, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a garantia da intimidade e vida privada, protegida pelo princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, deve ceder em face do princípio do devido processo legal, do juiz natural - garantia da própria jurisdicionalidade -, da ampla defesa e contraditório e da Justiça, pois, todos, no caso concreto em análise, foram violados. Dessa forma, pelo fato da dignidade e justiça deterem um caráter assecuratório de maior magnitude,

²³⁷ Importa mencionar, que na divulgação dos diálogos vários nomes foram suprimidos, justamente para se preservar suas identidades e só foram revelados nomes de agentes do governo cuja condutas eram suspeitas.

quando em confronto com o direito a intimidade e privacidade²³⁸, aqueles devem ter se sobrepor.²³⁹

A Constituição edificou o princípio do devido processo legal como direitos fundamentais do cidadão (explanação já feita no cap. 2). Logo, é através dele que todos os outros são efetivados, ou seja, se um de seus corolários forem violados, ele também será.

Assim, a inadmissibilidade dos diálogos obtidos pelo Intercept, em prol da defesa dos réus da Operação Lava Jato, principalmente, no caso de Lula, está violando o princípio da ampla defesa, e, conseqüentemente, o direito de ação deles. Tal princípio permite a admissibilidade das provas ilícitas favor do réu, tendo em vista ser essa uma das exceções à regra da vedação à prova obtida por meios ilícitos.

Justamente, por vigorar o princípio da livre produção de provas no processo penal, o magistrado não pode determinar quais os casos em que a prova é ou não *pro réu*. Assim, se tais provas provam mostram que a condenação foi injusta ou, até mesmo, a inocência do acusado, devem ser utilizadas. Não é justo prejudicar o acusado por causa de uma prova, que apesar de ilícita, - a qual mostra que outros dos seus direitos fundamentais foram violados – é à seu favor.

Por isso, as mensagens devem ser utilizadas, não só a favor da defesa de Lula, mas de todos os que se sentirem prejudicados, pois, nitidamente mostram que o ex-juiz Sérgio Moro foi parcial, não só ao cooperar, sigilosamente, com o Ministério Público, mas, também, escolheu o acusado que queria julgar e, ainda, divulgou, por motivos políticos, áudios particulares (questões discutidas nos tópicos 4.2 e 4.3).

A defesa de Lula, em 13 de junho de 2019, fez um adendo ao HC²⁴⁰ que já tramitava no STF, explicando que as mensagens publicadas pelo *The Intercept* reproduzem a conjuntura dos fatos argumentados nos autos, não justificando a idoneidade dos diálogos, mas amparam a ideia "em graves fatos que antecederam as reportagens do The Intercept e que já são mais do que suficientes para evidenciar que o ex-presidente Lula não teve direito e um julgamento justo, imparcial e independente".

²³⁸ Inclusive, o sigilo das conversas entre Lula e Dilma foi afastado por decisão proferida pelo até então juiz Sergio Moro, nos autos do processo nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR, o qual utilizou, além de outros, o seguinte argumento: "Nos termos da Constituição, não há qualquer defesa de intimidade ou interesse social que justifiquem a manutenção do segredo [...]" (SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARANÁ (13ª Vara Federal de Curitiba). SÉRGIO FERNANDO MORO, Juiz Federal. DESPACHO/DECISÃO Nº 5006205- 98.2016.4.04.7000/PR, 16 mar. 2016.)

²³⁹ Insta salientar que não estamos defendendo uso imoderado e arbitrário da violação ao princípio da intimidade e vida privada. Somente devem ser ceder em face de casos extremamente graves e excepcionais.

²⁴⁰ TEIXEIRA Martins Advogados. Habeas Corpus com pedido liminar. Autos Nº 5004195-95.2017.404.0000/PR. São Paulo, p. 1-102. ago. 2019. Disponível em: <<https://lula.com.br/wp-content/uploads/2019/08/130.140-HC-Vers%C3%A3o-final-Assinado-1.pdf>> Acesso em: 27 fev. 2020.

No entanto, a PGR, alegando a falta de provas, se posicionou de forma contrária à nulidade: “Assim, mostra-se inviável a consideração dos supostos fatos aventados pelo peticionante no sentido de que o juízo criminal natural não se manteve imparcial, tendo em vista a ausência de prova efetiva.”

Nesse contexto, utilizando as palavras de Ávila:

Assim, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não é um princípio estabelecido porque a verdade transmitida pelo meio de prova é falsa. Apesar de verdadeiros os fatos evidenciados pelo meio de prova, esse não será admitido no processo por uma finalidade política: sacrificar a verdade no processo para criar um sistema processual que respeite os direitos fundamentais.²⁴¹

O princípio do juiz natural tem justamente como objetivo a proteção de um processo justo, livre de influências externas. Sendo assim, quando o magistrado tem convicção previa pela condenação do réu e suas condutas ignoram as provas e as normas jurídicas, a mera possibilidade de isso acontecer, já justifica nulidade.

De acordo com o art. 563, do CPP²⁴², para a nulidade de um ato é necessário a demonstração de prejuízo, seja para defesa ou para acusação. Nessa linha de pensamento, no processo penal, cabe a defesa mostrar o prejuízo que sofreu em virtude da irregularidade realizada. Tal comprovação é realizada através do ato que influenciou na decisão da causa. No entanto, nem tudo tem como se provar, por exemplo, de que maneira se comprova algo que está explícito na decisão de magistrado, mas que tem a ver com seu próprio subconsciente?

Assim, se o processo é regido pelo juiz, que deve estar acima das partes, e essas, que devem estar num patamar de paridade, qual é o papel da defesa dos acusados se o próprio julgador se coloca mais próximo de uma das partes? Como provar que um magistrado é suspeito? Será que esse tipo de prova existe?

Em abril de 2019, Sérgio Moro, agora ministro, voltou a falar sobre a divulgação das conversas entre Lula e Dilma, em entrevista ao programa “Conversa com Bial”:

Eu autorizei essa interceptação. Ela tinha causa provável. Ninguém interceptou a presidente da República. Ela quem faz uma ligação ao telefone do ex-presidente (...) A minha decisão era pra manter o diálogo e aí caberia ao Supremo Tribunal Federal decidir se aquele diálogo seria ou não prova válida. Na minha opinião, era prova válida. Eu fiz o que achava certo e não me arrependo. O problema ali não era a captação do diálogo e a divulgação do

²⁴¹ ÁVILA, op. cit., p. 100

²⁴² Art. 563, do CPP: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

diálogo, o problema era o diálogo em si, o conteúdo do diálogo, que ali era uma ação visando burlar a justiça, esse era o ponto.²⁴³ (grifo nosso)

Diante disso, não tem como argumentar que o ex-juiz foi imparcial no julgamento de Lula. Ao proferir “eu fiz o que achava certo”, representando uma característica da pós-democracia, Moro – recebe uma suposta legitimidade popular e se transforma na figura do juiz herói, bom juiz, que protege os cidadãos dos “inimigos”- atesta o desrespeito com os direitos fundamentais, e, pior, ainda complementa: “não me arrependo”. Utilizando as palavras de Agostinho Ramalho: “quem nos protegerá dos bons?”.²⁴⁴

Inclusive, na decisão contrária do arquivamento da representação contra Moro (já citada no tópico anterior), o Desembargador afirma que o comportamento de Sergio Moro denota parcialidade, no tocante a captação de divulgação das conversas telefônicas. Ele ainda complementa:

O Poder Judiciário, ao qual é própria a função de pacificar as relações sociais, converteu-se em catalizador de conflitos. Não é atributo do Poder Judiciário avaliar o relevo social e político de conversas captadas em interceptação e submetê-las ao escrutínio popular. Ao fazê-lo, o Judiciário abdica da imparcialidade, despe-se da toga e veste-se de militante político.

[...]

Penso que não é esse o papel do Poder Judiciário, que deve, ao contrário, resguardar a intimidade e a dignidade das pessoas, velando pela imprescindível serenidade.²⁴⁵

Um juiz deve prolatar uma decisão judicial por violação a norma jurídica ou algum princípio protegido pela legislação e não por moral ou política. Se a visão moral do magistrado corrige o direito posto, quem, então, corrigirá a moral do juiz?²⁴⁶

Além do mais, fazendo uma interpretação análoga, quando o próprio ministro da Justiça e Segurança Pública relata que o problema não é a captação ou a divulgação do diálogo, mas conteúdo em si, permite que os diálogos obtidos pelo Intercept sejam admitidos, já que, em sua opinião a prova é válida, justamente porque o que está contido nas mensagens é uma afronta à justiça.

Por consequência, com base no que já foi explicitado, é possível a admissibilidade dos diálogos obtidos pelo *The Intercept* em virtude do princípio da proporcionalidade *pro réu*, em que a adequação da prova se caracteriza pela possibilidade de minorar a pena e sua

²⁴³ SÉRGIO Moro fala sobre divulgação dos áudios de Dilma e Lula. [s.l.]: Globoplay, 2019. (6 min.), son., color.

²⁴⁴ MARQUES NETO, op. cit.

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relatório nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. Relator: Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI. Porto Alegre/RS, 23/09/2016.

²⁴⁶ STRECK, op. cit., p 264.

necessidade, na ausência de outra prova apta a beneficiar o réu. O devido processo legal, a ampla defesa, o juiz natural, são princípios que, no caso concreto em questão, possuem maior importância em relação ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Lachi argumenta que a admissibilidade das provas ilícitas está nas vantagens que o réu adquire com o resultado do processo, mesmo que, haja colisão frontal com os direitos fundamentais:

Primeiro, na admissibilidade em favor do réu os direitos fundamentais que prevalecem são aqueles que preservam o indivíduo contra o arbítrio estatal (liberdade, devido processo legal, com seu desdobramento da ampla defesa, e presunção de inocência). Outrossim, é justamente essa – a defesa contra o arbítrio estatal – a função dos direitos fundamentais.²⁴⁷

No caso em análise, a prova ilícita obtida pelo Intercept não consiste um meio de provar a inocência do acusado, mas de colocar em suspeição o julgamento, pelo fato de indicarem a existência de cooperação entre o juiz e órgão acusador, prática esta considerada proibida pelo CPP. Dessa forma, os acusados por Sérgio Moro, na Operação Lava Jato, que tiveram o mesmo *modus operandi* do ex-presidente Lula, tem o direito a um novo julgamento, só que, dessa vez, realizado de forma justa, conforme dispõe os princípios e garantias constitucionais.

²⁴⁷ LACHI, op. cit., p. 92.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Operação Lava Jato se caracterizou como uma das maiores investigações contra o combate à corrupção envolvendo altas autoridades públicas e privadas brasileiras. Durante essas mega-operações observou-se uma forte influência midiática, em que os magistrados passaram a ser vistos como “juízes heróis”.

Em junho de 2019, o *The Intercept* divulgou em sua plataforma virtual uma série de diálogos que, se provadas autênticas (apesar da verossimilhança entre os diálogos e os atos processuais), revelam uma cooperação entre o procurador do MPF, Deltan Dallagnol e o então juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, Sérgio Moro, atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, protagonistas da Operação Lava Jato.

Por terem sido obtidas por meios ilícitos, as conversas são, até então, inadmissíveis no processo penal. No entanto, entende-se que nenhum princípio ou garantia deve ser interpretado de maneira absoluta, por isso, para que haja a aplicação justa do direito se faz necessário sua relativização. Os princípios fundamentais não são absolutos, limitando-se mutuamente pelo princípio da proporcionalidade, principalmente quando for *pro réu*.

Diante da dimensão apontada, buscou-se analisar, na presente pesquisa, até que ponto vai a “absolutização” da inadmissibilidade das provas ilícitas quando forem favoráveis a defesa do acusado, realizada através do estudo dos diálogos adquiridos pelo *The Intercept*.

Para proceder a tal análise, foi necessário, no primeiro capítulo, estudar os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, do juiz natural e o da proporcionalidade, para que no terceiro capítulo fosse possível averiguar se houve parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro na Operação Lava Jato e, principalmente, no caso do ex-presidente Lula.

Dessa forma, há certos bens jurídicos protegidos que quando aplicados aos casos concretos possuem maior importância, podendo se sobrepor a outros princípios e garantias, como por exemplo o direito a um processo justo, de acordo com as garantias do devido processo legal e seus corolários, deve se sobrepor à vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos, quando estas forem favoráveis ao réu.

O amplo conjunto de normas Constitucionais e infraconstitucionais, inclusive as quais o Brasil é signatário, define a imparcialidade como dogma basilar do devido processo legal, sendo imprescindível e inseparável do exercício jurisdicional, princípios estes que estruturam o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, quando um magistrado atua de maneira parcial, deve ser considerado suspeito e o processo deve ser anulado. Embora o ordenamento jurídico tenha adotado o sistema processual acusatório, de natureza garantista, a cooperação entre o juiz e a acusação na Operação Lava Jato representou o menosprezo e subversão do poder Judiciário aos preceitos basilares do processo.

No segundo capítulo foi analisado as hipóteses em que é possível a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Mais uma vez baseado no princípio da proporcionalidade, analisado no primeiro capítulo, as provas vedadas podem ser admitidas se forem a favoráveis a defesa do réu, sob o fundamento máximo do princípio da presunção de inocência.

Assim, mesmo que os diálogos obtidos de maneira ilícita não possam ser usados para responsabilizar Moro e Dallagnol, pelas possíveis infrações ao art. 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e aos arts. 1º, 8º, 12 e 25 do Código de Ética da Magistratura, além dos arts. 8º e 10 da lei 9296/96, podem ser usados em favor dos réus que se sentirem prejudicados em virtude da cooperação oculta entre o juiz e o MP.

O estudo disposto no terceiro capítulo feito com base nos diálogos obtidos pelo *The Intercept* mostraram que é duvidosa a imparcialidade do ex-juiz Sérgio Moro. As condutas que ensejaram essa conclusão foi: a cooperação estratégica com uma das partes, no qual se utilizou a influência midiática, inclusive o uso de linguagem depreciativa; a indicação de uma testemunha para fortalecer a acusação contra o réu, até mesmo acatando uma situação de simulação processual em desrespeito ao disposto na norma; a intenção previa de querer julgar o ex-presidente Lula; valoração da relevância, principalmente, social das conversas interceptadas entre Lula e Dilma e determinar o levantamento do sigilo telefônico; opinar várias vezes na atuação do MPF.

Além de que, em verdade, muitas outras condutas, como uma simples entrevista, ainda que não representem uma expressa violação legal, estão envoltas em um contexto de aparente legalidade.

É incompatível com o sistema acusatório a postura de *jus persequendi* do julgador. O requisito mínimo da legitimidade jurídica é a garantia da imparcialidade do juiz. O risco de ter um magistrado com condutas persecutórias é alto demais para ser constitucionalmente permitido.

Conclui-se, pois, que no presente caso, a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos a favor do réu tem como barreira o próprio poder Judiciário, mas não sob o argumento de que as próprias garantias e princípios constitucionais devem ser resguardados,

mas sim baseados em interesses próprios, camuflados sob os slogans de “combate à corrupção” e “segurança pública” e sob uma falsa concepção de justiça.

Insta mencionar que o presente trabalho não defende a corrupção institucionalizada, inclusive, se reconhece a dedicação do ex-juiz Federal Sérgio Moro em combatê-la, contudo, isso não significa que o magistrado pode agir a seu bel-prazer. Ademais, também não anuímos com a utilização de toda e qualquer prova ilícita, mas aquelas que atestam que o acusado não teve um processo justo ou evidenciam sua inocência.

Dessa forma, deve a balança pender em favor daquele princípio de maior peso e importância, que no presente caso são o direito a um processo justo, como a garantia do juiz natural e, sobretudo, imparcial, realmente efetivada. É uma afronta ao próprio Estado democrático de Direito a proibição da utilização de uma prova, cuja a origem é ilícita, que relevou uma clara violação ao cânone mais sagrado do processo.

Não há jogo possível se suas regras não são respeitadas. Se é preciso e necessário punir, que seja com a devida observância aos direitos e garantias fundamentais, tão preciosos a um sistema democrático, pois, a premissa maior, em âmbito processual penal, é a dignidade da pessoa humana, que sustenta a própria existência do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. **A admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto de Cooperação e Assistência Técnica da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal, Brasília, 2002.
- ALENCAR, Rosmar; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 6.ed. Salvador: Editora Jus Podvim, 2011.
- ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Material da 6ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Tele Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/20863014/colisao-e-ponderacao-alexey>>. Acesso em: 08 dez. 2019.
- ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8153>>. Acesso em: 7 dez. 2019.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. – 9.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília. 2006.
- BARROS FILHO, Geraldo Carreiro de; FARIAS, Athena de Albuquerque; OLIVEIRA, Gislene Farias de. **Considerações sobre o Instituto do Lawfare**. Rev. Psic. V.10, N. 33. Supl. 2. 2017.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; Teixeira, Ricardo Augusto de Araújo. **A fundamentação do princípio da exclusão: análise hermenêutica da vedação das provas ilícitas no processo penal**. NEJ - Vol. 13 - n. 1 - p. 107-118 / jan.-jun 2008. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction:BR,EA+content_type:4/provas+ilicitas+no+processo+penal/BR/vid/64925761/graphical_version>. Acesso em: 20 de jan. de 2020
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.
- BATALHA, Sergio. **A sentença de Moro é um espectro que ameaça o poder judiciário**. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (org.). **Comentários a uma sentença anunciada: O processo Lula**. 1. ed. Bauru, SP: Praxis, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 678**. Brasília, DF, 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 21 de nov de 2019.

BRASIL. **DECRETO**, 16 de março de 2016. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano 152, n. 51-A, 16 de março de 2016. Seção II, p.1. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1000&pagina=1&data=16/03/2016>>. Acesso em: 27 de fev. de 2020

BRASIL. Justiça Federal. **Ação Penal Nº 5021365-32.2017.4.04.7000/PR**. Seção Judiciária do Paraná; 13ª Vara Federal de Curitiba. Curitiba. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/alegacoes-finais.pdf>> Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL. Justiça Federal. **Sentença nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**. Relator: Juiz Federal SÉRGIO FERNANDO MORO. Curitiba. 12/07/2017. Disponível em: <http://conteudo.imguol.com.br/c/noticias/pdf/sentenca_lula.pdf>. Acesso em: 27 fev.. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 35/79, de 14 de março de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 27 de fev. de 2020

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 31 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.117/62, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm>. Acesso em: 11 de jan. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7347/85, de 24 de julho de 1985**. Disponível em:<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7347-24-julho-1985-356939-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 26 de fev. de 2020

BRASIL. **Lei nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 11 de jan. de 2020

BRASIL. **Resolução nº 59**, 09 de setembro de 2008. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <file:///C:/Users/natyb/Downloads/documento_0002180-38.2008.2.00.0000_.PDF>. Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL. Seção Judiciária Do Paraná (13ª Vara Federal de Curitiba). Sérgio Fernando Moro, Juiz Federal. **OFÍCIO Nº 7000017437522, 9/03/2016**. [S. l.], 9 mar. 2016. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2016/03/29/RCL23457-MororespondeTeorisobregrampodeLula.pdf?_ga=2.33924449.1908087300.1582824577-913a4b6a-9d02-9256-d197-0b1334746525. Acesso em: 27 fev.. 2020.

BRASIL. Seção Judiciária do Paraná (13ª Vara Federal de Curitiba). Sérgio Fernando Moro, Juiz Federal. **Despacho/decisão Nº 5006205- 98.2016.4.04.7000/PR**, 16 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>>. Acesso em: 27 fev.. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp: 880.818/RJ, 2006/0125552-8**, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, *Data de julgamento*: 15.03.2010, T- 5ª Turma, Data de publicação: DJe 15/03/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19153017/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-880818-rj-2006-0125552-8/inteiro-teor-19153018?ref=serp>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 294573 / PR 2014/0112308-5**, Relator: Ministro Leopoldo De Arruda Raposo (desembargador convocado do TJ/PE) (8390), Data do Julgamento: 18/06/2015, Data da Publicação: 03/08/2015, T5 - QUINTA TURMA. Disponível em: < <https://www.portaljustica.com.br/acordao/40772>> Acesso em: 05/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 294573 / PR 2014/0112308-5**, Relator: Min. Leolpodo de Arruda Raposo, Data de julgamento: 18/06/2015, T5- QUINTA TURMA, Data da Publicação: 03/08/2015. Disponível em: <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/40772>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 64657 PR 2006/0177927-3**, Rel: Min. Laurita Vaz, Data de Julgamento: 20/11/2007, T5 – Quinta turma, Data de publicação: 17/12/2007. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8785385/habeas-corpus-hc-64657-pr-2006-0177927-3/inteiro-teor-13861846>>. Acesso em: 25 de jan. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 3982 RJ 1995/ 0053161-5**, Rel: Min. Adhermar Maciel, data de julgamento: 05/12/1996, T6 – Sexta turma, Data de publicação: 26/02/1996. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982>>. Acesso em: 25 de jan. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TJ - **HC 161053/ SP 2010/0017511-6**, relator o Ministro Jorge Mussi, Data de julgamento: 27/11/2012, T5 – Quinta Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22841694/habeas-corpus-hc-161053-sp-2010-0017511-6-stj/inteiro-teor-22841695?ref=juris-tabs>> . Acesso em: 26 de fev.. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 91.691/SP**, Rel: Min Menezes Direito, Data de julgamento : 19/02/2008, T1 – Primeira turma, Data de publicação: 25/04/2008. Disponível em: < <http://redir.SupremoTribunalFederal.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523349>> Acesso em: 25 de jan. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. Disponível em: < <http://redir.SupremoTribunalFederal.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75355>>. Acesso em: 25 de jan. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 69912/ RS**, Rel.: Sepúlveda Pertence, Data de julgamento: 30/06/1993, Plenário, Data de publicação: 26/11/1993. Disponível em: <

<https://Supremo Tribunal Federal .jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749530/habeas-corpus-hc-69912-rs>> Acesso em: 25 de jan. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 74.599/SP**, Rel. Min. Ilmar Galvão, Data do julgado: 03/12/1996, T1º - Primeira Turma, Data da publicação: 07/02/1997. Disponível em: < <http://redir.Supremo Tribunal Federal .jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75355>>. Acesso em: 25 de jan. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 87341 / PR**, Relator(a): Min. Eros Grau, Julgamento: 07/02/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJ: 03/03/2006 PP-00073.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 73.351-SP**, Rel: Min. Ilmar Galvão, Data de julgamento: 10/05/96, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19/03/1999. Disponível em: < <https://Supremo Tribunal Federal .jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744091/habeas-corpus-hc-73351-sp>> . Acesso em: 26 de fev. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 74.116/SP, Rel.:** Néri da Silveira, Data de julgamento: 05/11/1996, T2º - Segunda Turma, Data de publicação: 14/03/1997. Disponível em: < <https://Supremo Tribunal Federal .jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14701147/habeas-corpus-hc-74116-sp>>. Acesso em: 25 de jan. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 76.231/RJ** - Relator Ministro Nelson Jobim Segunda Turma. Decisão 16/06/1998 - Informativo Supremo Tribunal Federal - n. 115 - junho de 1998. Disponível em: < <https://www.Supremo Tribunal Federal .jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo115.htm>>. Acesso em: 25 de jan. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 76.641/SP Rel.:** Sepúlveda Pertence, Data de julgamento: 02/02/1999, Segunda Turma, Data de publicação: 05/02/1999. Disponível em: < <http://www.Supremo Tribunal Federal .jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo137.htm#ADIn:%20Cabimento>>. Acesso em: 25 de jan. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 80949 RJ**, Rel.: Sepúlveda Pertence, Data de julgamento: 30/10/2001, Primeira Turma, Data de publicação: 14/02/2001. Disponível em: < <https://Supremo Tribunal Federal .jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776137/habeas-corpus-hc-80949-rj>>. Acesso em: 25 de jan. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 23.452/RJ**, Plenário, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 16/09/1999. Data de publicação: DJ 12/05/2000. Disponível em: <<https://Supremo Tribunal Federal .jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 7 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 23.452/RJ**, Rel. Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 16/09/199, Plenário, Data de publicação: 12/05/2000. Disponível em: <

<https://supremotribunalfederal.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>> Acesso em: 25 de jan. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 21.729/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator: Min. Néri da Silveira Tribunal Pleno, j. 05/10/1995, DJ 19/10/2001. Disponível em: <<http://redir.SupremoTribunalFederal.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>> . Acesso em: 26 de fev. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial: 374981 RS**, Rel. Min Celso de Mello, Data de julgamento: 28/03/2005, Data de publicação: DJ 08/04/2005. Disponível em: <<http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm>> Acesso em: 05/12/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: 1104731/PR**, 5013026-96.2013.4.04.7009, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 16/05/2018, Data de Publicação: DJe-098 21/05/2018. Disponível em: <<https://SupremoTribunalFederal.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/582947182/recurso-extraordinario-re-1104731-pr-parana-5013026-9620134047009>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo- 4ª VARA CRIMINAL- **Autos nº 0017018-25.2016.8.26.0050** - Juiz(a) de Direito: Dr(a).Maria Priscilla Ernandes Veiga Oliveira- Data da publicação: 14/03/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0017018-25.2016.8.26.0050&cdProcesso=1E001UIZP0000&cdForo=50&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5BFDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=qRrezB3POO3KX1w9%2BoFMPso7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv%2FHNpXUcrAa4AbjwXt1bB%2B301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoS2BjSj0K0VypRZ2U8mMbMGbD3foAhTHceu1v%2FsiY9JWBCZ%2B1u8mP%2Fhp%2BeUYxhEtFA%3D%3D>>. Acesso em: 27 de fev. de 2020

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Relatório nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI. Porto Alegre/RS, 23/09/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação Telefônica**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171558/cfi/17!/4/4@0.00:55.9.>>> Acesso em: 11 de jan. de 2020.

CABRAL, Camilla Cavalcanti Rodrigues. **Interceptação telefônica: Análise da Lei nº 9.296/96 segundo o entendimento dos Tribunais Superiores**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 fev. 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46430/interceptacao-telefonica-analise-da-lei-no-9-296-96-segundo-o-entendimento-dos-tribunais-superiores>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; Ferreira, Alex Daniel Barreto. **Um café entre Moro e Ferrajoli: a operação lava-jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 421 - 442, jul./dez. 2017

CARVALHO, Luiz Maklouf. **Sentença que condenou Lula vai entrar para a história', diz presidente do TRF-4**. Jornal Estado de São Paulo. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,sentenca-que-condenou-lula-vaientrar-para-a-historia-diz-presidente-do-trf-4,70001925383>>. Acesso em: 27 de fev. de 2020

CASTRO, Matheus Felipe. **O martelo Moro: a “Operação Lava Jato” e o surgimento dos juízes partisans no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol.136. ano 25. p. 293 – 319. São Paulo: Ed. RT, 2017.

COGAN, Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado. **Processo penal constitucional: uma análise principiológica**. Revista da Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: [s.n], n. 1, p. 91-114, jan./jun. 2009.

COGAN, Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado. **Processo penal constitucional: uma Cooperação e Assistência Técnica da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal**. Brasília. 2002.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **A autonomia e a imparcialidade de juízes, promotores e advogados** in: Direitos Humanos na Administração da Justiça: Manual de Direitos Humanos para Juízes, Promotores e Advogados. Cap. 4. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/manual-de-direitos-humanos/>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

CRUZ, Ingrid Patrícia Félix da. **Princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3810, 6 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26044>>. Acesso em: 12 dez. 2019

DELGADO, Malu. **As reações de Moro sobre as mensagens reveladas pelo The Intercept**. Valor, São Paulo, 19 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/politica/6313405/reacoes-de-moro-sobre-mensagens-reveladas-pelo-intercept>>. Acesso em: 27 de fev. de 2020

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/cfi/6/44!/4/102@0.00:37.2>> Acesso em: 17 de nov de 2019.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões**. 2. ed. rev. e atual - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Quando o devido processo legal não é seguido, a democracia perde**. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (org.). **Comentários a uma sentença anunciada: O processo Lula**. 1. ed. Bauru, SP: Praxis, 2017

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 207: 21-38, jan./mar. 1997. p. 26

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1(18) - jan./jul.2005. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/RevistadoConselhoNacionaldePoliticaCriminalPenitenciaria2005.pdf#page=15>>. Acesso em: 11 de jan. de 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O princípio do juiz natural e sua dupla garantia**. V. 29. 11 jan.. 1983. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/352846763/9-A1-Juiz-Natural-e-Dupla-Garantia-ADA-P-GRINOVER>. Acesso em: 21 nov. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. rev., ampl. e atual., 2. t., com nova jurisprudência e em face da Lei 9.099/95 e das leis de 1996. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HAMILTON, Sergio Demoro. **As Provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito**. RDP Nº 6, Fev./Mar, 2001.

Interceptar. Dicionário Aurélio Online. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/interceptar>>. Acesso em: 26 fev.. 2020.

LACHI, Rômulo. **Exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, v. 11, n. 22, p. 85-98, dez. 2009.

LAWFARE. **La judicialización de la política en América Latina**. Site do CELAG. Disponível em: <<https://www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf>> Acesso em: 24 de fev. de 2020.

Leia os diálogos de Sérgio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept. The Intercept Brasil. Brasil, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev .. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LINS, C.K.G. **Da (In) admissibilidade das provas ilícitas no processo penal ante o princípio da proporcionalidade**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, p. 224- 252, jul/dez 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600687/cfi/4!/4/4@0.00:6.73>>.

Acesso em: 21 de nov. de 2019.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626805/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>>

Acesso em: 26 nov. 2019.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz cidadão**. Revista ANAMATRA. Órgão Oficial da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Ano VI, nº 21, p. 30-50. Brasília: ANAMATRA, outubro a dezembro de 1994.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Quando o inconsciente do juiz se revela na sentença**. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (org.). **Comentários a uma sentença anunciada: O processo Lula**. 1. ed. Bauru, SP: Praxis, 2017. p. 24-29.

MARTINS, Rafael Moro et al. **Sergio Moro, enquanto julgava Lula, sugeriu à Lava Jato emitir uma nota oficial contra a defesa. Eles acataram e pautaram a imprensa**. The Intercept Brasil. Brasil, p. 11-15. 14 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>. Acesso em: 09 fev. 2020.

MARTINS, Rafael; SANTI, Alexandre; GREENWALD, Glenn. **Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato**. The Intercept. Brasil, 09 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Acesso em: 19 set. 2019.

MATTOSO, Camila. **Foi descuido meu, diz Moro sobre mensagem à Lava Jato com pistas contra Lula**. Folha de S.Paulo, Brasília, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/foi-descuido-meu-diz-moro-sobre-mensagem-a-lava-jato-com-pistas-contra-lula.shtml>. Acesso em: 19 set. 2019.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias** / André Machado Maya. – – 2. ed. rev. e ampl. – – São Paulo: Atlas, 2014.

MELO, Fernanda Cristina Ferreira de. **O instituto da prova ilícita no processo brasileiro**. 2010. Tese (Pós-Graduação em Direito) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

Ministra Cármen Lúcia assegura que “clamor por justiça” não será ignorado pelo Supremo. Notícias Supremo Tribunal Federal. 30 de junho de 2017. Disponível em:

<<http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348346>>. Acesso em: 25 de fev. de 2020

MINUZZI, Débora. **Prova ilícita: admissível ou inadmissível?**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume X. pg. 91- 112. Disponível em:

<https://app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction:BR,XM,EA+content_type:4+categorias:14/admissibilidade+de+provas+il%C3%ADCitas+no+processo+penal/p4/BR/vid/773360749/graphical_version>. Acesso em: 25 de fev. de 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em : <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011302/cfi/6/10!/4/8/2/2@0:5.00>> Acesso em: 17 de nov de 2019

NEVES, Luiz Gabriel Batista. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da teoria dos direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios**. 2013. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2838>>. Acesso em: 25 de fev. de 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**: Guilherme de Souza Nucci. – 15 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978488/cfi/6/10!/4/6/2@0:66.8>> Acesso em: 21 de nov de 2019.

ONU (Organização das Nações Unidas). **Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial** / Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2008.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>> Acesso em: 17 de nov de 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014556/cfi/6/10!/4/8/2@0:30.1>>.
 Acesso em: 17 de nov de 2019.

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

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. **Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 249-273, jul./set. 2011. Disponível em:
 <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/27042>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **A novíssima lei nº 13.964, de 2019 e o pacote anticrime: Modelo jurídico inédito de combate ao crime. Bondade Social?**. Revista Jus Navigandi, [S. l.], 1 jan. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78728/a-novissima-lei-n-13-964-de-2019-e-o-pacote-anticrime>. Acesso em: 15 fev. 2020.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesse em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal** / Paulo Rangel – 26. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015225/cfi/6/10!/4/20/2@0:17.7>>.
 Acesso em: 16 de nov de 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal** / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado** / Alexandre Cebrian Araújo Reis, Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ROQUE, Andre vasconcelos. **O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas**. Disponível em: <<http://www.andreroque.adv.br/wp-content/uploads/2015/01/Provas-ilicitas-in-RePro-online.pdf>> Acesso em: 25 de fev. de 2020

SALLA, Thomas Mio. **As provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade**. 2007. 145 f. Tese (Bacharelado em direito) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, [s. l.], 2007.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANTOS, Heidy Vieira Rodrigues dos; JURADO, Josimeire Salmi; FREITAS, Daniela Borges. **O uso de provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Rev. Direito e Sociedade, Três Lagoas, MS, Volume 3, Número 1, 2015.

SCHMITT, Carl. **O conceito de político: Teoria do Partisan**. Coordenação e supervisão Luiz Moreira; tradução e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Disponível

em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/21467885/o-conceito-de-politico-teoria-do-partisan-carl-schmitt>>. Acesso em: 21 de fev. de 2020

SÉRGIO Moro fala sobre divulgação dos áudios de Dilma e Lula. [s.l.]: Globoplay, 2019. (6 min.), son., color. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/7528162/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Moro criou novo tipo de extinção de punibilidade: pedido de desculpas.** Revista Consultor Jurídico, 31 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-31/senso-incomum-moro-criou-tipo-extincao-punibilidade-pedido-desculpas>> . Acesso em: 26 de fev. de 2020

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. **O sentido filosófico das regras e princípios de Robert Alexy aplicado nas provas ilícitas do processo penal.** Revista Acadêmica Direitos Fundamentais. Osasco/SP. n.5. 2011. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction:BR,EA+content_type:4/admissibilidade+de+provas+il%C3%ADCitas+no+processo+penal/p13/BR/vid/416756370/graphical_version>. Acesso em: 11 de fev. de 2020

TEIXEIRA, Martins Advogados. **Habeas Corpus com pedido liminar.** Autos Nº 5004195-95.2017.404.0000/PR. São Paulo, p. 1-102. ago. 2019. Disponível em: <https://lula.com.br/wp-content/uploads/2019/08/130.140-HC-Vers%C3%A3o-final-Assinado-1.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

TEIXEIRA, Martins Advogados; José Roberto Batochio Advogados Associados. **Alegações finais na forma de memoriais.** Ação Penal nº 5021365-32.2017.4.04.7000/PR. São Paulo, p. 1-1640. jan. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/alegacoes-finais.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 3º volume. 29 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.