

## 1 INTRODUÇÃO

Em 29 de março de 2016, o MPF realizou a cerimônia de entrega ao Congresso Nacional do PL 4.850/16 para fortalecer o combate à corrupção e acelerar o trâmite dos procedimentos e processos cujo objeto seja o processamento de tais crimes.

O dito projeto tem por escopo, basicamente, dez proposições que objetivam combater de forma mais incisiva os crimes contra a administração pública, sobretudo o de corrupção, ao qual se convencionou chamar de “as dez medidas anticorrupção”. Há no dito PL mais de 100 propostas de alterações legislativas, dentre elas a admissão da prova ilícita de boa-fé.

Trata-se de inovação com relação ao que tanto a legislação processual penal quanto a jurisprudência já, atualmente, consentem excepcionar relativamente à admissão dessa modalidade de obtenção de prova. Assim, é importante analisar esse projetivo, notadamente a proposição de admissibilidade de provas ilícitas, a fim de verificar sua juridicidade e constitucionalidade.

Por prova ilícita colhida de boa-fé, entende-se aquela em que o agente público obtém a prova mediante erro escusável, ou seja, acreditando estar legalmente amparado<sup>1</sup>. A hipótese do inciso III tem ligação direta com a *teoria do fruto da árvore envenenada* e a hipótese do inciso X guarda relação com a *teoria da serendipidade* também chamada de *teoria do encontro fortuito de provas*.

Em tal ou qual caso, admitir-se-á ou não no processo as provas obtidas por tais meios. Não obstante, o que o PL 4.850/16 pretende é, basicamente, admitir as provas obtidas por tais meios nas hipóteses em que nem a Lei, nem a Constituição, nem os princípios processuais penais o admitem.

Nessa ordem de ideias, é importantíssima a análise mais aprofundada a respeito da temática, haja vista que, ao contrário do que se afirma, essa alteração no art. 157 do CPP se estende a todo o processo penal, e não apenas aos feitos que versem sobre crimes contra a administração pública, sobretudo porque importa em supressão inadvertida de direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

---

<sup>1</sup> Art. 16 do PL 4.850/16 que altera o Art. 157 do CPP, inserindo no referido dispositivo o §2º, incisos III e X assim emendados: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.

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

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

X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados.”. (BRASIL, 2016).

## 2 DO PROJETO DE LEI 4.850, DE 2016

Como dito, trata-se de projeto de lei de iniciativa popular, cunhado pelo MPF, o qual, diante da grande repercussão nacional e internacional dos casos investigados na denominada “Operação Lava-Jato”, da Polícia Federal, viu oportunidade de fortificar a legislação penal no que tange ao combate aos crimes contra a administração pública.

Aproximadamente em oito meses, o MPF conseguiu atingir seu objetivo, arrecadando mais de 2 milhões de assinaturas, o que foi suficiente para formalizar a apresentação do PL junto à Câmara dos Deputados (GOMES, 2016).

A redação do projeto, no que tange à admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, está assim disposta em seu art. 16 que altera o art. 157 do CPP, inserindo no referido dispositivo o §2º, incisos III e X que passaria a vigorar com os seguintes dizeres:

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

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

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

X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados. (BRASIL, 2016).

O Projeto de Lei vem tramitando como medida de urgência no Senado Federal, mas ao ser aprovado na Câmara dos Deputados, foram feitas mudanças (GOMES, 2016).

Os deputados aprovaram no texto do projeto várias propostas pleiteadas pelo MPF, lado outro, algumas medidas foram riscadas do texto original, tais como:

A redução do Habeas Corpus; Confisco de bens; Enriquecimento ilícito; Prêmio por delação; Teste de integridade; Dirigentes de partidos; Defesa prévia; Acordo de leniência; Acordo penal; Partidos políticos; Progressão de pena. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016, não paginado).

A admissibilidade das provas ilícitas obtidas de boa-fé ainda está sendo analisada pela Câmara dos Deputados, pois a própria comissão que aprovou as "Dez Medidas" alega ser de extrema dificuldade definir o que é boa-fé mediante o reconhecimento das provas ilícitas, admitindo ainda que, *a priori*, a medida é inconstitucional (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

#### 4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO PL 4.850/16

A Constituição da República não abre exceção a toda e qualquer ilicitude probatória de qualquer espécie, tendo em vista que a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal é garantia fundamental, a qual se dispõe objetivamente no rol dos direitos e garantias fundamentais (GIACOMOLLI, 2015). Na doutrina norte-americana é admissível a exceção da ilicitude no caso de boa-fé dos policiais em busca de provas (GIACOMOLLI, 2015). Como se pode ver da própria exposição de motivos constante do PL 4.850/16, essa ideia de admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos funda-se exatamente no sistema de justiça norte-americano.

Decerto, a indicação de que a boa-fé seria quando o policial ou autoridade acreditava estar amparado por elementos de legalidade, também é expressão demasiadamente vaga, pelo que não deve subsistir com tal redação.

Nunca é demais lembrar que a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo se trata de garantia constitucional expressa, sendo que, pela dicção do art. 60, §4º da CR/1988 (BRASIL, 1988), não pode ser objeto de supressão ou abolição, nem mesmo por emenda à própria Carta Maior, que dirá por meio de simples Lei Ordinária.

Há como argumento para aprovação dessa medida alguns casos isolados, materializados em jurisprudências brasileiras e norte-americanas que admitem a utilização da prova ilícita. Casos estes quando sua objetividade é provar a inocência do réu (GOMES, 2016).

Entende-se que, quando o réu adquirir provas ilícitas, devemos observar o princípio da presunção da inocência e da ampla defesa, o qual deve prevalecer sobre o princípio da proibição da prova ilícita. Aqui, sim, há ponderação de *princípios* e de *princípios entre regras* e vice-versa, o que, por evidente, faz prevalecer aquilo que é mais razoável.

No caso, nunca poderá ser mais razoável a segregação com base em prova ilegal do que a prova cabal da inocência de um indivíduo, especialmente no caso norte-americano, em que alguns estados admitem a pena de morte.

Portanto, deverá ser valorada a prova ilícita, conforme previsto nas garantias constitucionais do art. 5º, inciso LVII da CR/1988, quando essa vier a se revelar em favor do réu, onde se observa o princípio da proporcionalidade, em que a liberdade do Réu prevalece sobre o direito que será desvalido a respeito da obtenção da prova ilícita (LOPES JUNIOR, 2015).

Diante do exposto, o poder de polícia em geral tem por finalidade a preservação do interesse público, sendo eles relacionados com bens, direitos ou atividades individuais que possam afetar a coletividade. Sendo esse um poder dever não absoluto o interesse público que fundamenta o exercício do poder de polícia deve ser analisado juntamente com os direitos fundamentais constitucionais do indivíduo (SANTA CRUZ, 2016).

É assim de se concluir que tal posição ameaça direitos constitucionalmente assegurados, pois apesar de buscar *efetividade* do processo, admitindo a utilização da prova ilícita, a exceção de sua utilização já é prevista em alguns casos como por exemplo no princípio *in dubio pro reo* ou mesmo pela teoria da causa independente, sendo notório que a boa-fé do agente investigativo é demais subjetiva para validar comportamentos que vão frontalmente de encontro a garantias fundamentais.

## 5 CONCLUSÃO

Sem dúvida, pelo presente monólogo é possível perceber o quão importante é a temática da prova. Não seria exagerado dizer que em torno dela órbita toda a sistemática processual, pois é através dela que a “verdade” dos fatos poderá ser aclarada, levando a juízo condenatório ou absolutório.

As provas são legais ou ilegais. As ilegais, segundo doutrina clássica, se dividem em provas ilícitas e ilegítimas, sendo aquelas as obtidas por meios que violam direitos materiais abstratamente constituídos e essas as produzidas com inobservância de normas processuais. Como visto, atualmente essa dicotomia perdeu espaço, de modo que provas obtidas mediante infringência de qualquer norma jurídica será tida por ilícita.

A CR/1988 inadmite, em absoluto, a utilização, no processo, de provas ilícitas (art. 5º, LVI). As provas podem ser ilícitas por derivação, em consonância com a teoria dos frutos da árvore envenenada, de modo que, qualquer prova que derive de uma outra prova originariamente ilícita, também o será.

O CPP, a seu turno, reproduz a norma constitucional no *caput* do art. 157, assentando ainda que serão também inadmissíveis as provas derivadas de provas de provas ilícitas. Contudo, o referido artigo traz exceções nos parágrafos 1º e 2º, consistentes em hipóteses nas quais a prova não é contaminada pela ilicitude originária, admitindo, assim, que as provas derivadas sem nexos com a prova ilícita ou de produção independente dessa sejam admitidas.

O PL 4.850/16 pretende alterar essa disposição normativa, tornando regra aquilo que atualmente, legislação, doutrina e jurisprudência convergem ser a exceção. Com efeito, a proposta é que as provas ilícitas obtidas de boa-fé sejam excluídas da regra de inadmissibilidade.

É notória a inconstitucionalidade do dito PL, pois a boa-fé será sempre subjetiva, da forma como a redação do projeto sugere. Nunca é demais lembrar que os direitos e garantias fundamentais representam uma espécie de broquel em favor dos indivíduos frente aos devaneios e excessos estatais, sobretudo quando da utilização da força bruta (verdadeiro sistema de freios e contrapesos)

## REFÊRENCIAS

ALESSI, Gil. **Entenda as mudanças polêmicas no pacote anticorrupção da Câmara.** Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/30/politica/1480532602\\_510430.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/30/politica/1480532602_510430.html)>. Acesso em 23 fev. 2017.

ARRUDA, Maximiliano Amaral de Souza. **A possibilidade de utilização de prova ilícita pro societate no âmbito do processo penal.** Disponível em: <<http://www.ubm.br/revistas/direito/pdf/f10141087d65be748ecfc12a9f91ee71.pdf>>. Acesso em 04 mar. 2017.

BARCELOS, Guilherme. **Suposto interesse público não permite admissão de prova ilícita.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/guilherme-barcelos-interesse-publico-nao-permite-admissao-prova-ilicita>>. Acesso em 01 jun 2017.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Entenda o projeto anticorrupção aprovado pela Câmara.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/520792-ENTENDA-O-PROJETO-ANTICORRUPCAO-APROVADO-PELA-CAMARA.html>>. Acesso em 15 maio 2017.

BRASIL. **Código penal.** Decreto-Lei nº 2.448, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 27 jun. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.html)>. Acesso em 04 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso 04 mar. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 10 Medidas: MPF conclui primeira fase da campanha com a entrega de mais de dois milhões de assinaturas à sociedade. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-conclui-primeira-fase-da-campanha-10-medidas-com-entrega-de-mais-de-dois-milhoes-de-assinaturas-a-sociedade-1>>. Acesso em 25 fev. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **As 10 Medidas autorizam o uso de prova ilícita?** <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/perguntas-frequentes/as-10-medidas-autorizam-o-uso-de-prova-ilicita>>. Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL. **Projeto De Lei 4.850/2016**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016)>. Acesso em 25 fev. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal 341. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 01/10/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9507318>>. Acesso em 28 mar. de 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 106152. Relatora: Min. ROSA WEBER, data do julgamento 20/04/2017, DJE: 25/04/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000333152&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 28 fev. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação n. 23457/PR. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, data do julgamento 23/03/2017, DJE: 17/04/2017. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/teori-audio-dilma-lula.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário: 597752 DF. Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/04/2013, Primeira Turma, DJE 14-05-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+597752%2ENUMER%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+597752%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cl7vdy2>>. Acesso em 21 abr. 2017.

BUENO Tânia Ribeiro; MAIA, Regina Elisemar Custódio; GERUNTHO, Kelly Cristina dos Santos; SANTOS, Josiane Cristina Pereira dos. Poder de Polícia. Disponível em: <<http://santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/1924>> Acesso em 21 abr. de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial - Simplificado**, 8ª edição. Saraiva, 2012.

DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. **Prova Ilícita**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30823-33132-1-PB.pdf>>. Acesso em 06 abr. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Marcus Alan De Melo. **Crítica à cobertura midiática da operação lava jato**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Marcio Steillo. **Teoria da Serendipidade no Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2014/trabalhos\\_12014/MarcioSteilloMendes.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/MarcioSteilloMendes.pdf)>. Acesso em 15 mai. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

SALES, Leandro Antônio de; FRIAS, Andrea. **Encontro Fortuito de Provas**. Disponível em: <<http://www.fag.edu.br/upload/ecci/anais/5595386cd881d.pdf>>. Acesso em 21 abr. 2017.