



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO
2019

O CASO TRIPLEX DO GUARUJÁ: um estudo sobre o uso da prova ilícita em favor do réu

Alysson Doriguêto Pereira - alyssondoriguetto01@gmail.com

Galvão Rabelo – galvaorabelo@yahoo.com.br

RESUMO

A partir de estudo de caso com grande repercussão midiática, o presente artigo discute a possibilidade de utilização da prova ilícita para provar a suspeição do juiz. Visto que a doutrina não possui um pensamento unânime sobre o assunto, o artigo visa resolver a seguinte problemática: a prova obtida de forma ilícita possuiria o condão de ser aceita como se lícita fosse para provar a suspeição do juiz no caso concreto? Partiu-se da hipótese de que a prova obtida de forma originariamente ilícita pode ser utilizada quando for para beneficiar o réu, inclusive com a anulação do processo e a realização de novo julgamento por um juiz imparcial. Portanto, o objetivo geral do artigo é compreender, de acordo com o princípio da proporcionalidade, em quais casos a prova originariamente ilícita pode ser utilizada no processo.

Palavras-chave: Luis Inácio Lula da Silva; Suspeição; Prova ilícita; Sérgio Moro; Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

Based on a case study with great media repercussion, this article discusses the possibility of using unlawful evidence to prove the judge's suspicion. Considering that the doctrine does not have a unanimous perspective on this subject, the article aims to answer the following question: would the evidence obtained illegally be able to be accepted as if it were lawful to prove the judge's suspicion in the specific case? It was assumed that evidence originally obtained could be used when it is to the benefit of the defendant, including the annulment of the lawsuit and the holding of a new trial by an impartial judge. Therefore, the general objective of the article is to understand, in accordance with the principle of proportionality, in which cases the originally unlawful evidence may be used in the lawsuit.

Keywords: Luis Inácio Lula da Silva; Suspicion; evidence illegally; Sérgio Moro; principle of proportionality.

INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988 é o alicerce de nosso ordenamento jurídico, visando essa resguardar os assuntos de maior importância para a organização e funcionamento do nosso país.

Dentre os diversos assuntos por ela abordados, deve-se dar destaque à regulação da produção da prova. Sob esse aspecto, ela proíbe que as provas ilícitas, sendo entendidas como aquelas que não podem ser utilizadas no processo devido ao fato de terem sido produzidas por meios ilegais, adentrem no processo.

A Constituição Federal também assegura a todos o direito a um julgamento por um juiz imparcial, ou seja, aquele que não possui nenhuma relação de interesse com as partes, ou que se mostre favorável a qualquer uma delas, caso isso ocorra, deverá este ser considerado suspeito.

Porém, quando por meio ilícito surgem-se provas de tal imparcialidade, a Constituição vê dois de seus institutos em combate. Assim, a doutrina visa trazer entendimentos para que tal embate seja elucidado, tratando das exceções à regra da proibição do uso das provas ilícitas. Dentre elas, traz a possibilidade de utilização da prova ilícita quando esta se der em benefício do réu, fazendo-se surgir a seguinte problemática: a prova obtida originariamente de forma ilícita, possuiria o condão para ser aceita como se lícita fosse e provar a suspeição do juiz no caso concreto?

Como o referido assunto tem uma considerável extensão, para que ele seja melhor entendido e a fim de que seja facilitada a sua compreensão, o presente artigo foi desenvolvido em forma de estudo de caso. O caso aqui escolhido foi o do processo relativo ao triplex do Guarujá, envolvendo o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sendo ele selecionado devido à sua grande repercussão midiática tanto na época em que este ocorreu, como nas consequências que nele podem ser geradas devido a novos desdobramentos que ocorreram recentemente com o vazamento de conversas de autoridades responsáveis pela Operação Lava Jato.

O tema abordado no presente artigo é de grande importância devido ao fato de que a doutrina, embora tenha o entendimento de que a prova ilícita pode ser utilizada de forma *pro reo*, não traz de forma clara os casos em que se permite tal utilização, deixando dúvidas a respeito de como tal exceção pode ser aplicada, se é somente nos casos de absolvição do réu ou se é para qualquer benefício a ele. Desse modo, visa-se aqui tentar aclarar, da melhor forma, como deve ser aplicada tal exceção à proibição da prova ilícita, especialmente se essa aplicabilidade deve ser estendida a todos os casos que permitam ao réu um benefício, buscando demonstrar tal entendimento através de conceitos doutrinários e estudos sobre o assunto.

O objetivo geral do presente artigo é possibilitar a compreensão, de acordo com o princípio da proporcionalidade, como a prova originariamente ilícita pode ser utilizada no processo. Assim, para a construção dessa compreensão, o texto foi dividido em três capítulos:

o primeiro traz informações essenciais do caso, para que na construção dos capítulos posteriores se torne mais fácil a assimilação dos conceitos com o caso. O segundo e terceiro capítulos abordam os conceitos a respeito da suspeição e das provas ilícitas, e para propiciar um melhor entendimento da resolução da problemática, durante o desenvolvimento de tais capítulos, o caso é frequentemente correlacionado com os conceitos trazidos.

1. ENTENDENDO O CASO TRIPLEX A PARTIR DE UMA RECONSTRUÇÃO ARQUEOLÓGICA

Dentre os processos envolvendo o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o que mais obteve destaque e repercussão foi o caso do triplex, localizado no Guarujá, litoral paulista. A denúncia no caso supramencionado ocorreu em 14 de setembro de 2016, em que o Ministério Público Federal, denunciou Lula, sua esposa Marisa Letícia (falecida no ano de 2017), Paulo Tarciso Okamoto, José Adelmário Pinheiro Filho, Agenor Franklin Magalhães Medeiros, Paulo Roberto Valente Gordilho, Fábio Hori Yonamine e Roberto Moreira Ferreira. A denúncia foi aceita em 20 de setembro de 2016 pelo ex-juiz Sérgio Moro, tornando-se assim Lula réu na Operação Lava Jato.

De acordo com a Ministério Público, o ex-presidente Luiz Inácio, havia recebido propina da empreiteira OAS. Tal vantagem totalizaria o montante de R\$ 2,2 milhões e seria oriunda de uma conta de propina dirigida ao Partido dos Trabalhadores (PT), em compensação a benefícios para a empresa em contratos da Petrobras. Ainda conforme o referido órgão, tal vantagem foi satisfeita na forma de reserva e reforma do apartamento acima citado. Conforme os desembargadores, ainda que não tenha havido a transferência do imóvel para Lula, este foi reservado para ele, sendo para os desembargadores tentativa de ocultação de patrimônio, caracterizando-se assim lavagem de dinheiro.

De tal modo sendo o ex-presidente denunciado por corrupção passiva qualificada, conforme trecho da denúncia (BRASIL, 2016):

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL oferece denúncia em face de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA [LULA] da prática do delito de corrupção passiva qualificada, por 3 vezes, em concurso material, previsto no art. 317, caput e §1º, c/c art. 327, §2º, todos do Código Penal. [...] (páginas 3 e 4 da denúncia)

O Ministério Público Federal do mesmo modo denunciou Luiz Inácio pela prática do crime de lavagem de dinheiro por 3 vezes, em concurso material, em sua forma majorada, de

acordo com o previsto no artigo 1º c/c o artigo 1º § 4º da Lei 9.613/98, o montante do dinheiro lavado, totalizaria a quantia de R\$ 2.424.990,83. O ex-chefe do Executivo fora igualmente denunciado pela prática, por 61 vezes, em continuidade delitiva, em sua forma majorada do crime de lavagem de dinheiro, conforme previsto no artigo 1º c/c o artigo 1º §4º, da Lei nº 9.613/98. O montante de dinheiro ilícito lavado mediante tais condutas totalizando o montante de R\$ 1.313.747,24 reais.¹

Após a denúncia pela prática delitiva dos crimes acima mencionados, em 12 de julho de 2017 o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado em 1ª instância pelo ex-juiz e atual ministro da justiça Sergio Moro, por um crime de corrupção passiva pelo recebimento de vantagem indevida do grupo OAS e por um crime de lavagem de dinheiro envolvendo a ocultação e dissimulação da titularidade do apartamento triplex, conforme consta no trecho da sentença abaixo transcrita (BRASIL, 2017):

944. Condeno Luiz Inácio Lula da Silva: a) por um crime de corrupção passiva do art. 317 do CP, com a causa de aumento na forma do §1º do mesmo artigo, pelo recebimento de vantagem indevida do Grupo OAS em decorrência do contrato do Consórcio CONEST/RNEST com a Petrobrás; e b) por um crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, caput, inciso V, da Lei n.º 9.613/1998, envolvendo a ocultação e dissimulação da titularidade do apartamento 164-A, triplex, e do beneficiário das reformas realizadas. (página 226 da sentença)

No que diz a respeito ao armazenamento do acervo presidencial, Sergio Moro entendeu que não havia provas que o ex-presidente tenha se envolvido em corrupção, sendo quanto a isso absolvido, conforme consta na sentença (BRASIL, 2017):

937. Assim, apesar das irregularidades no custeio do armazenamento do acervo presidencial, não há prova de que ele envolveu um crime de corrupção ou de lavagem, motivo pelo qual devem ser absolvidos desta imputação o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, Paulo Tarciso Okamoto e José Adelmário Pinheiro Filho.
939. Absolvo Luiz Inácio Lula da Silva e José Adelmário Pinheiro Filho das imputações de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo o armazenamento do acervo presidencial, por falta de prova suficiente da materialidade (art. 386, VII, do CPP). (página 225 da sentença)

Ao final, Lula foi condenado ao total de nove anos e seis meses de reclusão, conforme abaixo aduzido: “Entre os crimes de corrupção e de lavagem, há concurso material, motivo pelo

¹ “2. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL também denuncia LULA, MARISA LETÍCIA LULA DA SILVA [MARISA LETÍCIA], LÉO PINHEIRO, PAULO ROBERTO VALENTE GORDILHO [PAULO GORDILHO], FÁBIO HORI YONAMINE [FÁBIO YONAMINE] e ROBERTO MOREIRA FERREIRA [ROBERTO MOREIRA], pela prática, por 3 vezes, em concurso material, do crime de lavagem de dinheiro, em sua forma majorada, conforme previsto no art. 1º c/c o art. 1º §4º, da Lei nº 9.613/98. O montante de dinheiro lavado mediante tais condutas totalizou R\$ 2.424.990,83, conforme adiante narrado.[...]”

“3. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL também denuncia LULA, LÉO PINHEIRO e PAULO TARCISO OKAMOTTO [PAULO OKAMOTTO] pela prática, por 61 vezes, em continuidade delitiva, do crime de lavagem de dinheiro, em sua forma majorada, conforme previsto no art. 1º c/c o art. 1º §4º, da Lei nº 9.613/98. O montante de dinheiro ilícito lavado mediante tais condutas totalizou R\$ 1.313.747,24, conforme descrito a seguir.[...]”

qual as penas somadas chegam a nove anos e seis meses de reclusão, que reputo definitivas para o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.”(BRASIL,2017)

No dia vinte e quatro de janeiro de dois mil e dezoito, os desembargadores Victor Luiz dos Santos Laus, Leandro Pausem e João Pedro Gebran Neto, por meio de uma decisão unânime decidiram manter a condenação determinada a Luiz Inácio em 1ª instância, decidindo também o Tribunal em aumentar a pena anteriormente imposta para 12 anos e 1 mês. De tal modo, no dia cinco de abril de dois mil e dezoito o ex-Juiz Federal Sérgio Moro determinou a prisão do ex-presidente, conforme abaixo elencado (BRASIL, 2018):

Na presente ação penal proposta pelo MPF, foi prolatada sentença condenatória contra Luiz Inácio Lula da Silva, Agenor Franklin Magalhães Medeiros e José Adelmário Pinheiro Filho, por crimes de corrupção e lavagem de dinheiro (evento 948). Houve apelação ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região e que, em sessão de 24/01/2018, por unanimidade dos votos dos eminentes Desembargadores Federais João Pedro Gebran Neto, Leandro Paulsen e Victor Luiz dos Santos Laus, manteve as condenações, alterando as penas da seguinte forma (eventos 71, 89, 90, 101 e 102): Luiz Inácio Lula da Silva, doze anos e um mês de reclusão, em regime inicial fechado, e duzentos e oitenta dias multa; [...]
Expeçam-se, portanto, como determinado ou autorizado por todas essas Cortes de Justiça, inclusive a Suprema, os mandados de prisão para execução das penas contra José Adelmário Pinheiro Filho, Agenor Franklin Magalhães Medeiros e Luiz Inácio Lula da Silva.

Portanto, após improvido o recurso de apelação interposto pela defesa do ex-presidente, a condenação foi mantida sendo expedido o mandado de prisão para a execução provisória da pena. Além disso cabe ressaltar que o recurso interposto pela acusação foi provido, acarretando em um aumento na pena anteriormente imposta.

2. A SUSPEIÇÃO VIA TELEGRAM

Recentemente o caso triplex abriu mais um capítulo em sua narrativa, devido à invasão dos celulares de algumas autoridades, dentre essas autoridades temos Sergio Moro, o juiz responsável pela atuação no processo de Luiz Inácio Lula da Silva. Com a invasão desses celulares, foram obtidas conversas efetuadas no aplicativo Telegram, que revelam que o ex-juiz mantinha conversas com os procuradores responsáveis pela Operação Lava Jato.

Conforme leciona Renato Brasileiro de Lima, entende-se que para que o juiz possa atuar no caso concreto, não pode haver qualquer causa que prejudique a imparcialidade dele. Assim, ele aduz da seguinte forma:

Para que um juiz possa funcionar em determinado caso concreto, é necessário que não haja qualquer causa capaz de prejudicar o exercício imparcial de sua função judicante. Como órgão que proclama o Direito, não se considera justa uma decisão proferida por um juiz que não seja imparcial (LIMA, 2017, p. 1.213).

Para compreender melhor o caso narrado, Lima também doutrina da seguinte maneira:

Em regra, as causas de suspeição são circunstâncias subjetivas relacionadas a fatos externos ao processo capazes de prejudicar a imparcialidade do magistrado. Por isso, são rotuladas como causas de incapacidade subjetiva do juiz. Grosso modo, o juiz é suspeito quando se interessa por qualquer das partes (LIMA, 2017, p. 1217).

Assim, após uma breve elucidação através dos conceitos acima trazidos, ao fazer uma análise do caso concreto e colocá-lo em conflito com tais conceitos, percebe-se que as conversas vazadas no aplicativo Telegram, entre alguns procuradores da Operação Lava Jato e o ex-juiz Sérgio Moro, mostram que houve uma parcialidade por parte de Moro. Isso devido ao fato de sua interferência e atuação no trabalho do Ministério Público Federal, conforme trecho de tais conversas que foram publicadas pelo site The Intecept Brasil, abaixo expostas (LEIA..., 2019).

Em 16 de outubro de 2015, houve a troca de mensagens entre Deltan e Moro, em que é possível ver um pedido de Deltan para Moro para que ele aprecie uma denúncia antes que ela seja formalmente realizada, do mesmo modo consegue-se ver um pedido de reunião com Moro por parte de Deltan com o objetivo de discutir as fases de uma investigação em andamento.

Deltan – 11:46:32 – Caro, STF soltou Alexandrino. Estamos com outra denúncia a ponto de sair, e pediremos prisão com base em fundamentos adicionais na cota. Se Vc puder decidir isso hoje, antes do plantão e de eventual extensão, mandamos hoje. Se não, enviamos segunda-feira. Seria possível apreciar hoje?

Moro – 11:51:08 – Não creio que conseguiria ver hj. Mas pensem bem se é uma boa ideia.

Moro – 12:00:00 – Teriam que ser fatos graves

Moro – 13:32:04 – Na segunda acho que vou levantar o sigilo de todos os depoimentos do FB. Nao vieram com sigilo, nao vejo facilmente risco a investigação e ja estao vazando mesmo. Devo segurar apenas um que é sobre negocio da argentina e que é novo. Algum problema para vcs?

Deltan – 13:38:26 – Já respondo

Deltan – 14:35:00 – O pessoal até agora pediu pra manter o sigilo do caso de Pasadena, pois pediremos BA. Se quiser abrir vista, nós nos manifestamos.

Moro – 16:03:35 – Ja foi aberto vista ontem.

Deltan – 20:30:33 – Pessoal ta fazendo análise criteriosa e vai pedir de mais alguns depoimentos

Moro – 20:59:04 – Os deletados ja sabem que sao delarados ha tempo.

Deltan – 21:48:12 – Mas a divulgação dificulta BA e especialmente prisão. Eles virão explicar, peticionar, entrarão com HC etc. Falo sem estudar o caso e repassarei sua consideração

Deltan – 23:53:00 – Caro Juiz, seria possível reunião no final da segunda para tratarmos de novas fases, inclusive capacidade operacional e data considerando recesso? Incluiria PF também.

Nas conversas efetuadas, no dia 7 de dezembro de 2015, o ex-juiz repassa informações ao procurador, de uma possível pessoa que estaria disposta a prestar informações a respeito de

transferências de propriedade de imóveis de um dos filhos de Lula (LEIA..., 2019). Devido ao fato de a testemunha ter-se recusado a manifestar sobre o assunto, o Procurador parece indicar ao juiz que formulará uma narrativa para que dê a entender que a informação provém de uma fonte anônima, com o que o juiz parece aquiescer.

Moro – 17:42:56 – Entao. 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

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 SUPRIMIDOSUPRIMIDOSUPRIMIDO 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.

Nos diálogos do dia 21 de fevereiro de 2016, Moro sugere que haja uma alteração da ordem dos procedimentos, devido aos últimos desdobramentos ocorridos (LEIA..., 2019). De tal modo, percebe-se que o então juiz acaba se excedendo no seu papel como julgador.

Deltan – 01:07:44 – Caro, sugiro um mês e meio mais cauteloso com segurança a partir da outra semana. Um dos destinos do dinheiro é provável advogado do José Rainha. Tem muito fanático que não teria muito a perder e poderia querer se tornar herói.

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 ai. Sugeri por conta do recente acompanhamento

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

Em 31 de agosto de 2016, o atual Ministro da Justiça questiona se não há muito tempo sem a operação, e Deltan alega que tal motivo se dá devido ao fato de que as operações estão com as mesmas pessoas que encontram-se com a denúncia do ex-presidente, ou seja, dando a entender que o referido caso, em virtude do maior apreço que recebeu da força tarefa, ocasionou a paralização dos demais servidores. E, por fim, alerta a data em que estão pretendendo realizar a denúncia (LEIA..., 2019).

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.

O nosso Código de Processo Penal tratou de elencar, em seu artigo 254, as hipóteses em que o juiz dar-se-á por suspeito, aduzindo da seguinte maneira: “Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:[...] **IV** - se tiver aconselhado qualquer das partes;”

Para melhor exemplificar o inciso IV contido no artigo 254 supracitado, Renato Brasileiro de Lima nos traz a seguinte explicação:

[...] de modo a não levantar quaisquer suspeitas acerca de um julgamento justo e imparcial, deve o magistrado manter-se equidistante das partes. Logo, se aconselhar juridicamente uma delas, essa posição de neutralidade estará comprometida, pois terá antecipado sua possível decisão, daí por que deve se afastar do processo. Segundo a doutrina, não há comprometimento dessa isenção caso o magistrado se limite a dizer à parte que ela deve procurar um advogado, ou se a ela prestar esclarecimentos de cunho processual, sem revelar sua posição acerca do objeto da demanda. (LIMA, 2017, p. 1.219)

Destarte, ao explorar essas conversas e verificar os dispositivos na lei, percebe-se que há um embasamento para que o referido assunto acarrete a suspeição do atual Ministro da Justiça e ex-juiz federal Sergio Moro. Havendo, desse modo, o comprometimento da imparcialidade por parte do ex-juiz, uma vez que aconselhou e trocou informações com alguns procuradores da Operação Lava Jato, conforme vislumbrado nas conversas acima expostas.

Conforme dito por Lima (2017, p. 1.217) e vislumbrado no artigo 564 do Código de Processo Penal, em seu inciso I, “a suspeição é causa de nulidade do processo, a contar do primeiro ato em que houve intervenção do juiz suspeito”. Assim, os atos até o momento praticados pelo ex-juiz federal estariam nulos.

Porém, o assunto não traz uma possibilidade tão simples para sua resolução, em razão de tais mensagens divulgadas terem sido expostas ao conhecimento público de forma ilícita, pela razão de terem sido rackeadas dos celulares de algumas autoridades, o que a Carta Magna não permite, como utilização de provas ilícitas no processo. No entanto, existem casos em que são aplicadas exceções à prova ilícita, e a doutrina tem demonstrado o entendimento de que esta pode ser aproveitada quando se dá em benefício do réu. Indagando-se, assim, se a prova obtida originariamente de forma ilícita possui o condão para ser aceita como se lícita fosse, provando a suspeição do juiz, no caso concreto.

3. EXCEÇÃO A REGRA: O USO DA PROVA ILÍCITA EM FAVOR DO RÉU

Para que a temática até agora trabalhada se torne ainda mais clara, faz-se necessário adentrar no que concerne as provas vedadas, especificamente às provas ilícitas. Melhor exemplificando, o jurista Fernando Capez nos elucida a respeito das provas vedadas da seguinte maneira:

Prova vedada é aquela produzida em contrariedade a uma norma legal específica. A vedação pode ser imposta por norma de direito material ou processual. Conforme a natureza desta, a prova poderá ser catalogada como ilícita ou ilegítima, respectivamente (CAPEZ, 2018).

Renato Brasileiro também nos traz sua definição de prova ilegal, de uma forma bem similar à de Capez, aduzindo que:

[...] a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual. Prova obtida por meios ilegais deve funcionar como o gênero, do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos. (LIMA, 2017, p. 621)

Dessa forma, vale referir que tal conteúdo veio positivado pela nossa Carta Constitucional, que alude como inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (Constituição Federal, art.5º, LVI). O Código de Processo Penal tratou com a mesma importância dada pela Constituição Federal a referida matéria, reservando um espaço para ela em seu corpo de artigos.

Dessa maneira, o CPP em seu artigo 157 dispõe que: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Com a finalidade de melhor aclarar a definição dada pelo dispositivo legal supramencionado, Capez salienta o assunto do seguinte modo:

Provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo. Podemos citar como exemplos: a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite; a confissão obtida mediante tortura; a interceptação telefônica sem autorização judicial; o emprego do detector de mentiras; as cartas particulares interceptadas por meios criminosos (cf. art. 233 do CPP) etc. (CAPEZ, 2018).

Renato Brasileiro de Lima traz um importante posicionamento sobre o assunto, que serve como uma forma de complementar o conceito acima vislumbrado, definindo que:

Outra característica da prova ilícita é que esta, em regra, pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este. Daí se dizer que a prova ilícita é aquela obtida fora do processo com violação de norma de direito material. (LIMA, 2017, p. 621)

Conforme fora anteriormente mencionado no segundo capítulo, tais provas foram obtidas de forma ilícita, pois, foram angariadas através de um rackeamento dos celulares de algumas autoridades. Assim, a partir do momento em que tais mensagens foram apresentadas ao público, provindas de uma fonte não permitida, elas passam a ter sua utilização vedada no processo, em virtude do que é preconizado no artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna.

Consoante ao disposto nos dizeres do artigo supramencionado, pode-se extrair, como regra geral, que a prova proibida é aquela que não pode ser usada no processo, não possuindo valor probatório algum, devido ao fato de que sua produção se dá por meios ilícitos. Embora existam duas espécies dentro de prova vedada, a que nos interessa é a chamada prova ilícita. E tal prova deve ser entendida como aquela que é vedada,

[...] em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal (CAPEZ, 2017).

Superado esse primeiro momento em que se conceitua a prova ilícita, percebemos que a matéria ao seu respeito não se cessa aqui, conforme brevemente proferido no capítulo 2, devido ao fato de que a maioria das regras comporta uma exceção, algo que também ocorre com as provas obtidas de maneira ilícita. Dessa maneira, conforme clarifica Renato Brasileiro de Lima (2017, p.642): “a rigor, doutrina e jurisprudência têm admitido a possibilidade de utilização de prova ilícita no processo quando ela for produzida em benefício do acusado. E isso por conta do princípio da proporcionalidade”.

Dessa forma, voltando à problemática trazida, qual seja, se a prova obtida originariamente de forma ilícita, possui o condão para ser aceita como se lícita fosse e provar a suspeição do juiz no caso concreto. A doutrina não é totalmente esclarecedora quanto à questão da admissibilidade da prova ilícita em benefício do acusado, pois, ora se fala que tal prova pode ser aceita para beneficiar o réu e ora se fala apenas em absolvição. A exemplo disso, em um outro trecho lecionado por Renato, podemos perceber a falta de esclarecimento sobre o assunto, pois, como visto em um primeiro momento, ele nos fala apenas em benefício ao acusado, ou seja, tem como ser entendido que se aplica a qualquer tipo de benefício, porém, em outra passagem, ele já nos traz o seguinte:

Tendo em conta que a norma constitucional da inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI) representa uma limitação ao direito de punir do Estado, depreende-se que o juiz pode, com base em uma prova ilícita, proferir uma sentença absolutória. (LIMA, 2017, p. 642)

Percebe-se, então, que nesse segundo momento, é adotado um caráter mais restritivo, autorizando o uso de tais provas, apenas para provar a inocência do réu. Torna-se, desse modo, perceptível que tal assunto está em um limbo, ao mesmo tempo em que se permite uma interpretação mais extensiva, ou seja, o uso da prova ilícita em qualquer tipo de benefício ao réu, também se tem uma interpretação restritiva, em que essa apenas seria cabível nos casos de inocência do réu.

Assim, ao se realizar uma interpretação mais extensiva do que é trazido pelos doutrinadores, pode-se entender que tais diálogos podem ser usados para beneficiar o réu, desde que seja provada a veracidade destes, pois, embora neste caso, mesmo que não haja uma absolvição pelo fato de o réu ser inocente, caso tais provas ilícitas possam ser utilizadas para gerar algum benefício ao réu, elas devem ser aceitas.

Conforme observado nos capítulos anteriores, é vedado ao juiz aconselhar qualquer das partes, porém, verifica-se que o teor das conversas entre Moro e Deltan são relacionadas ao caso do ex-presidente e segundo o que já foi certificado, tais diálogos demonstram que ambos trocavam informações e dicas a respeito do caso do triplex do Guarujá. Configurando-se, assim, a parcialidade do julgador, que deveria se manter neutro sobre o processo, pois, é direito do acusado ser julgado por um juiz imparcial. Desse modo, percebe-se que, embora tais provas tenham sido vazadas por um meio não permitido no ordenamento jurídico, caso seja possível a sua utilização, haverá um grande benefício para o réu, pois, este terá sua situação reanalisada por um julgador imparcial, fazendo com que este tenha um julgamento justo, conforme preconiza nossa Carta Magna.

Para que melhor se entenda tal interpretação extensiva, torna-se de grande importância dizer a respeito do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. De acordo com este princípio, não há que se falar em um conflito entre as garantias fundamentais². Dessa maneira, para que se tenha um melhor entendimento sobre o referido princípio, nada mais justo do que trazer as palavras do constitucionalista Luís Roberto Barroso, quando em um primeiro momento, introduz a respeito do surgimento deste, que se dá pela união das ideias provindas

² O princípio da proporcionalidade, segundo o qual não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social. (BRASILEIRO, 2017, p. 642)

do direito norte-americano e do direito alemão³, posteriormente após essa fase introdutória, ele edifica sobre o princípio supracitado da seguinte forma:

Explore-se um pouco mais além o conteúdo jurídico do princípio da razoabilidade. Como delineado acima, consiste ele em um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Trata-se de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Mais fácil de ser sentido que conceituado, o princípio habitualmente se dilui num conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão bastante subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores que recorrem até mesmo ao direito natural como fundamento para a aplicação da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.

Ao produzir normas jurídicas, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará à realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de dados meios. Assim, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, não se deve levar também em conta os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre tais elementos (BARROSO, 2017).

Deste modo, a proibição das provas ilícitas não é dotada de caráter absoluto, podendo então ser transgredido quando se estiver diante de garantias fundamentais conflitantes, buscando a sua harmonização e fazendo com que aquela com maior significância prevaleça⁴. Para reforçar o que é dito por Barroso, tem-se um ensinamento de Fernando Capez, que se encaixa perfeitamente, conforme abaixo pode ser visto:

Nos Estados Unidos, tal princípio foi chamado de “razoabilidade”, expressão equivalente à proporcionalidade do Direito alemão. Se uma prova ilícita ou ilegítima for necessária para evitar uma condenação injusta, certamente deverá ser aceita, flexibilizando-se a proibição dos incisos X e XII do art. 5º da CF (CAPEZ, 2018).

Embora no caso do Triplex não seja possível comprovar a inocência do ex-presidente e sua consequente absolvição, não se pode privá-lo de ter um julgamento realizado por um juiz imparcial, garantindo de tal maneira que se haja um julgamento justo e sem parcialidade.

Desse modo, embora as provas obtidas sejam indubitavelmente ilícitas, estas devem ser utilizadas para o benefício do réu, para que lhe seja assegurado o devido processo legal,

³ O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão (BARROSO, 2017).

⁴ O princípio da proporcionalidade é utilizado, também, com frequência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos. Nos Estados Unidos, mesmo sem referência expressa ao termo “razoabilidade”, é comum a realização de testes de constitucionalidade dos atos do Poder Público nos quais juízes e tribunais levam em conta os mesmos elementos aqui considerados: adequação, necessidade e proporcionalidade (CAPEZ, 2018).

conduzido por um magistrado imparcial, pois, esse direito é uma garantia constitucional de qualquer cidadão, devendo todos ser tratados de forma isonômica.

Deste modo, caso seja comprovada a veracidade de tais conversas expostas ao público, caberá ao Supremo Tribunal Federal, decidir sobre o futuro de tal questionamento, devido ao fato de que sua função é proteger e zelar pela Constituição Federal.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou um aprofundamento a respeito das exceções comportadas pelo princípio da proibição das provas ilícitas, no que tange a sua utilização *pro reo*, permitindo uma melhor compreensão da matéria tratada através de um estudo de caso que teve grande repercussão na mídia.

Ao analisar o caso do triplex e colocá-lo em comparação com o conteúdo das mensagens racketeadas dos envolvidos na Operação Lava Jato, entra-se em um momento bastante delicado devido ao fato de tais mensagens evidenciarem a parcialidade do juiz atuante no caso. Porém, o que dificulta a fácil resolução de tal situação é a origem de tais provas, que se dão por meio ilegal, conforme supramencionado. Embora seja admitida, como exceção, a utilização de tais provas em benefício do réu, a doutrina não possui um posicionamento tão esclarecedor quanto ao significado de benefício, havendo divergências de entendimento, em que alguns ampliam tal conceito e admitem qualquer benefício ao réu e outros o restringem e só admitem a sua aplicação quando for para absolvição do réu.

Desse modo, torna-se importante frisar que, como a doutrina não possui um posicionamento certo sobre o assunto, pode-se entender que tal exceção *pro reo* deve ser utilizada diante de qualquer situação que possa beneficiar o acusado. E, de acordo com o caso concreto, embora não haja como comprovar a inocência do réu, nada impede que ele seja julgado por um juiz justo e imparcial, devendo tal exceção ser estendida mesmo que não se trate de absolvição.

Porém, para que haja solução para tais questionamentos, deve-se primeiramente analisar a veracidade de tais diálogos e, se comprovada sua veracidade, deve o Supremo Tribunal Federal apreciar tal questão e elucidar sobre qual entendimento deve ser seguido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. **Despacho da Ação Penal Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**. JFPR, 2018. Disponível em: <http://estaticog1.globo.com/2018/04/05/mandado-lula.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. **Sentença da Ação Penal Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**. JFPR, 2017. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Denúncia em face de Luiz Inácio Lula da Silva da prática do delito de corrupção passiva qualificada [...]**. MPF, 2016. Disponível em: <http://estaticog1.globo.com/2016/09/14/Denuncia-MPF-Lula-Triplex-14-09-2016.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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: 28 ago. 2019.

LIMA, R. B. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.