

COLEÇÃO

CARREIRAS
POLICIAIS

Coordenadores
Eduardo Fontes
Henrique Hoffmann

Eduardo Fontes | Henrique Hoffmann | Jeferson Di Schiavi

PROVA DISSERTATIVA QUESTÕES

6ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Sumário



CAPÍTULO 3

DIREITO PROCESSUAL PENAL

QUESTÃO 1

Princípios Processuais Penais (Delegado de Polícia Civil/RJ – FUNCAB – 2012) *Adaptada*

A Autoridade Policial está investigando um crime de homicídio. Foram encontradas amostras biológicas no local do crime. Gala, a principal suspeita do delito, recusa-se a fornecer padrões biológicos para confronto de DNA. Não obstante, sabendo que Gala estava gestante, o Delegado, no dia do parto, dirigiu-se ao Hospital onde ela dera à luz, com equipe técnica de legistas, e apreendeu a placenta que havia sido jogada no lixo, realizando, então, o confronto de DNA com o material apreendido no local do crime, concluindo pela autoria da indiciada. Proceda a análise jurídica do caso.

QUESTÃO 1

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	
24	
25	
26	
27	
28	
29	
30	

SUGESTÃO DE RESPOSTA (30 LINHAS)

O Delegado de Polícia tem o dever legal de colher quaisquer elementos de convicção a fim de apurar as circunstâncias, a materialidade e a autoria das infrações penais, sem, contudo, olvidar dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana inerentes, também, a essa fase pré-processual.

Nesse contexto, a recusa da indiciada encontra escora no princípio da inexigibilidade de autoincriminação ou “*nemo tenetur se detegere*”, segundo o qual ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo. Tal princípio decorre da interpretação do dispositivo constitucional que assegura ao preso o direito de permanecer calado e do previsto no Pacto de San José da Costa Rica, o qual prevê que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado. Não obstante, esse direito abrange a ação de mentir defensivamente (ressalvada a mentira agressiva, aquela que incrimina falsamente outrem), de não adotar conduta ativa incriminadora e de não se submeter a prova invasiva (que imponha penetração em seu organismo). A jurisprudência dos Tribunais Superiores é firme nesse sentido, ou seja, rechaça a possibilidade de obrigar alguém a realizar procedimentos ou se submeter a intervenções invasivas de maneira compulsória, como o teste do “*bafômetro*”, o exame grafotécnico, dentre outras.

Por outro lado, é perfeitamente possível e válido que o Delegado de Polícia proceda à colheita de elementos descartados do corpo voluntária ou involuntariamente, como um fio de cabelo, saliva ou suor achados no chão ou no lixo. Sendo assim, a placenta e o posterior exame de confronto de DNA são aptos ao indiciamento de Gala, visto se tratar de um elemento descartado do corpo e coletado sem qualquer medida invasiva e que, portanto, dispensa o seu consentimento.

► **Gabarito Oficial**

Inexistente (não divulgado pela banca examinadora).

► **Aprofundamento**

Jurisprudência

Caso semelhante e que, provavelmente, inspirou a Banca examinadora, foi o da cantora mexicana conhecida como “Gloria Trevi”, a qual fugiu do México ao ser acusada de abuso sexual. No mês de janeiro do ano de 2000, foi presa no Brasil e mantida sob custódia na carceragem da Polícia Federal em Brasília a fim de aguardar o trâmite do processo de extradição. Neste ínterim, ficou grávida se dizendo vítima de contínuos estupros, supostamente perpetrados por mais de sessenta pessoas (servidores da Polícia Federal e detentos) que, desejando elucidar o fato, forneceram de maneira espontânea o material genético para a realização do exame de DNA. Contudo, a cantora se opôs à coleta do material biológico que seria retirado da sua placenta para o confronto e ajuizou a Reclamação 2040/DF no STF, ocasião em que a Corte decidiu pela realização do exame diante da **ponderação de interesses**: [...] “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.[...] (STF. RCL 2040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 21/02/02, DJe 27/06/03).

Observa-se que, diferentemente da problemática apresentada na questão, a placenta ainda não havia sido descartada.

Coleta compulsória de material genético

É nula, para fins de identificação criminal, a coleta compulsória de material orgânico não descartado de pessoas definitivamente não condenadas (STJ. 6ª Turma. RHC 162.703-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/09/2022 - Info. 750).

Prova com material genético descartado é legal mesmo sem consentimento do investigado

“A produção de prova por meio de exame de DNA sem o consentimento do investigado é permitida se o material biológico já está fora de seu corpo e foi abandonado. Ou seja, o que não se permite é o recolhimento do material genético à força, mediante constrangimento moral ou físico. O entendimento é da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e definiu julgamento de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública de Minas Gerais que buscava o desentranhamento de prova pericial colhida a partir de copo e colher de plástico utilizados por um homem denunciado por homicídio triplamente qualificado, estupro e extorsão.

Os utensílios foram usados pelo investigado quando ele já estava preso e recolhidos pela polícia para o exame de DNA. De acordo com o processo, a comparação do resultado desse exame com o material genético que havia sido encontrado na calcinha da vítima permitiu o esclarecimento de um crime ocorrido dez anos antes.” (O número deste processo não é divulgado em razão de sigilo judicial - Sítio eletrônico do STJ, mar. 18. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-03-17_06-55_Para-Quinta-Turma-prova-com-material-genetico-descartado-e-legal-mesmo-sem-consentimento-do-investigado.aspx> Acesso em: 27/11/2020.

STF. HC 96.982/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25/11/08, DJe 01/12/08. No mesmo sentido: STJ. HC 354.068.

Observação: o STF reconheceu a repercussão geral da arguição de inconstitucionalidade do art. 9º-A, da Lei 7.210/84 (LEP), que prevê a inclusão e a manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou hediondos em banco estatal (Tema 905 - pendente de julgamento).

Legislação

CRFB/88, Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Decreto 6.078/92 (Promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), Art. 8º, 2, alínea “g”. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

CPP, Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a Autoridade Policial deverá: [...] II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

Identificação criminal pelo perfil genético (DNA)

Lei 12.037/09, Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: [...] IV - a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da Autoridade Policial, do Ministério Público ou da defesa; **Art. 5º, Parágrafo único**. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. **Art. 5º-A**. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. **§ 1º** As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. **§ 2º** Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. **§ 3º** As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. [...] **Art. 7º-A**. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) I - no caso de absolvição do acusado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019); II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) **Art. 7º-B**. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

Identificação do perfil genético na execução penal (DNA)

Lei 7.210/84, Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) **§ 1º** A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. **§ 1º-A**. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) **§ 2º** A Autoridade Policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. **§ 3º** Deve ser viabilizado

ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) **§ 4º** O condenado pelos crimes previstos no *caput* deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) **§ 5º** A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) **§ 6º** Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do *caput* deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) **§ 7º** A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) **§ 8º** Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Doutrina

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal - 13ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018.

QUESTÃO CORRELATA

Delegado de Polícia Civil/DF (NCE - 2007)

Qual é o conceito e âmbito de incidência do princípio da necessidade do processo penal? Este princípio produz algum efeito no campo pré-processual?

QUESTÃO 2

Princípios Processuais Penais (Delegado de Polícia Civil/GO – UEG – 2018)

Discorra sobre qual é o entendimento dos Tribunais Superiores acerca do uso de algemas, suas hipóteses autorizadoras, formalidades e consequências para o agente ou autoridade em caso de inobservância e, ainda, as possíveis consequências processuais.



CAPÍTULO 5

DIREITO CONSTITUCIONAL

QUESTÃO 1

Direitos e Garantias Fundamentais (Delegado de Polícia Civil/SP – VUNESP – 2018)

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, edital para ingresso em cargo público de segurança pública pode conter restrição relativamente a tatuagens? Justifique e fundamente. (15 pontos)

QUESTÃO 1

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	
24	
25	
26	
27	
28	
29	
30	

 **SUGESTÃO DE RESPOSTA (30 LINHAS)**

Em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal assentou a tese de que os editais de Concurso Público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais, em razão de conteúdo que viole valores constitucionais. Não obstante o edital é o ato normativo que disciplina os certames públicos, a jurisprudência da Suprema Corte é firme em face da inconstitucionalidade de cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargos públicos sem que haja previsão legal expressa para tanto. A criação dessas barreiras arbitrárias viola os princípios da razoabilidade e da isonomia, não podendo existir inibições, senão em virtude de especificidade(s). Assim, a tatuagem, por si só, não pode ser confundida como uma transgressão ou conduta atentatória aos bons costumes, pois representa uma autêntica forma de liberdade de manifestação do indivíduo, pela qual não pode ser punido.

Dessa forma, diante de situações previstas em lei, baseadas em caráter objetivo, tatuagens que não façam apologia a ideias discriminatórias ou ofensivas aos valores constitucionais, não expressem ideologias terroristas, extremistas, não incitem a violência e a criminalidade e não incentivem a discriminação de raça e sexo ou qualquer outra forma de preconceito, mormente porque evocam ideais e representações diretamente contrárias à Constituição, às leis e às atividades e valores das Instituições, não irão obstar o acesso a cargo na segurança pública.

► **Gabarito Oficial**

Inexistente (não divulgado pela banca examinadora).

► **Aprofundamento**

Eficácias das normas constitucionais relacionadas aos cargos, empregos e funções públicas

O art. 37, I, da CRFB/88, prevê expressamente que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. Quanto à aplicabilidade desse dispositivo em relação aos **brasileiros**, possui **eficácia contida**, ou seja, restringe o direito ao estabelecer requisitos para o seu exercício. Já no caso dos **estrangeiros**, possui **eficácia limitada**, pois depende de regulamentação para produzir efeitos.

Jurisprudência

STF. RE 898450/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17/08/16 (repercussão geral) - Info. 835.

STF. AgRg RE 593.198/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 06/08/13, DJe 01/10/13.

Legislação

CRFB/88, Art. 37, I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; **II** - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...]

QUESTÃO 2

Direitos e Garantias Fundamentais (Delegado de Polícia Civil/RR – VUNESP – 2022)

Considerando o disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, mencione sete princípios de direito penal ou processual penal ali contemplados e esclareça o que vem a ser a teoria dos frutos da árvore envenenada, explicando em qual dispositivo constitucional específico ela se fundamenta no direito brasileiro.

QUESTÃO 2

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	

 **SUGESTÃO DE RESPOSTA (20 LINHAS)**

O direito de punir estatal (o “jus puniendi”) deve estar lastreado no princípio do devido processo legal, ou seja, não é possível privar ninguém de sua liberdade ou de seus bens sem que se observe o procedimento previsto em lei. Para tanto, o delito e a respectiva pena devem estar previamente definidos em lei ao fato cuja punição se pretende, em atenção aos princípios da reserva legal (ou da estrita legalidade), da anterioridade e o da taxatividade.

A pessoa acusada também tem o direito de saber previamente qual a autoridade que irá processá-la e julgá-la, em face do princípio do juiz natural. Nesse sentido, a Constituição prevê que não haverá juízo ou tribunal de exceção e que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente.

Os julgamentos serão públicos e a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, devendo-se assegurar aos acusados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, uma vez que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, até lá vigorar a presunção de inocência.

No processo são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, princípio constitucional que serve de fundamento para a teoria dos frutos da árvore envenenada. Essa teoria prescreve que a prova ilícita produzida (árvore) tem o condão de contaminar todas as outras dela decorrente (frutos), devendo, portanto, ser desentranhada dos autos, nos termos do que dispõe o Código de Processo Penal.

► **Gabarito Oficial**

Inexistente (não divulgado pela banca examinadora).

► **Aprofundamento**

Principiologia criminal

A aplicação do Direito Penal, instrumentalizada pelo Direito Processual Penal, deve ser norteadada pelos princípios constitucionais, principalmente nos que dizem respeito aos direitos e deveres individuais e coletivos previstos na Constituição Federal. Abaixo, estudaremos alguns deles.

Princípio do devido processo legal

- a) É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita -se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.
- b) O devido processo legal é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral em relação às demais garantias. Assim, em muitos casos, tem -se limitado o Tribunal a referir-se diretamente ao devido processo legal em lugar de fazer referências às garantias específicas ou decorrentes. Há outras situações em que o devido processo legal assume características autônomas ou complementares. Assim, eventual dúvida sobre a liceidade da prestação jurisdicional pode afetar não só o juiz, o que comprometeria o princípio do juiz natural, mas também os demais sujeitos processuais, aí considerados os advogados ou os serventuários da justiça.

Princípio da reserva legal ou da estrita legalidade

Encontra-se previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, bem como no art. 1º do Código Penal. Trata-se de *cláusula pétrea*. Portanto, ainda que seja extirpado do Código Penal, o princípio da reserva legal continuará atuando como vetor do sistema, por força do mandamento constitucional.

Preceitua, basicamente, a *exclusividade da lei* para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível *dimensão democrática*, pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (“*nullum crimen nulla poena sine lege*”).

No Brasil, os crimes (e as contravenções penais) são instituídos por leis ordinárias. Em tese, nada impede o desempenho dessa função pela lei complementar. Mas, como se sabe, a Constituição Federal indica expressamente as hipóteses de cabimento de tal espécie legislativa, entre as quais não se encaixam a criação de crimes e a cominação de penas.

É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal (art. 62, § 1º, I, alínea ‘b’, da CRFB/88), seja ela prejudicial ou mesmo favorável ao réu. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal historicamente firmou jurisprudência no sentido de que as medidas provisórias podem ser utilizadas na esfera penal, desde que benéficas ao agente.

Aplica-se não somente ao crime, mas também às *contravenções penais*.

- a) O princípio da reserva legal possui dois fundamentos, um de natureza jurídica e outro de cunho político.
- b) O fundamento *jurídico* é a *taxatividade, certeza ou determinação*, pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que mínima, do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais.
- c) Como desdobramento lógico da taxatividade, o Direito Penal não tolera a analogia “*in malam partem*”. Se os crimes e as penas devem estar expressamente previstos em lei, é vedada a utilização de regra análoga, em prejuízo do ser humano, nas situações de vácuo legislativo.
- d) O fundamento *político* é a *proteção do ser humano* em face do arbítrio do Estado no exercício do seu poder punitivo. Enquadra-se, destarte, entre os *direitos fundamentais de 1ª geração* (ou *dimensão*).

Princípio do juiz natural

- a) Um dos princípios essenciais do direito constitucional diz respeito ao postulado do juiz natural, que traz ínsita a proibição das Cortes “*ad hoc*” ou dos tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CRFB/88).
- b) No sistema brasileiro, assegura-se, ainda, o direito a julgamento pelo Tribunal do Júri, nos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, da CRFB/88).
- c) Tal como observado pelo Ministro Celso de Mello, “o postulado do juiz natural reveste-se, em sua projeção político-jurídica, de dupla função instrumental, que conforma a atividade legislativa do Estado e condiciona o desempenho pelo Poder Público das funções de caráter persecutório em juízo.”
- d) Entende-se que o juiz natural é aquele regular e legitimamente investido de poderes da jurisdição, dotado de todas as garantias inerentes ao exercício de seu cargo (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos – art. 95, I, II, III, da CRFB/88), que decide segundo regras de competência fixadas com base em critérios gerais vigentes ao tempo do fato.
- e) Na lição de Jorge de Figueiredo Dias, a ideia de juiz natural assenta-se em três postulados básicos: “(a) somente são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; (b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; (c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.”
- f) A garantia do juiz natural não se limita ao processo penal e revela-se, por isso, abrangente de toda atividade jurisdicional. É certo, por outro lado, que tal garantia não impede as substituições previstas em lei, os desaforamentos, a prorrogação de competência devidamente contempladas na legislação.

Princípio da publicidade

- a) A publicidade dos atos processuais é corolário do princípio da proteção judicial efetiva. As garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal apenas são eficazes se o processo pode desenvolver-se sob o controle das partes e da opinião pública. Nesse sentido, Ferrajoli afirma tratar-se de *uma garantia de segundo grau* ou *garantia de garantias*.
- b) Assim, ao lado da motivação, a publicidade é fonte de legitimidade e garantia de controle, pelas partes e pela sociedade, das decisões judiciais.
- c) O texto constitucional consagra a publicidade dos atos processuais, estabelecendo que a lei só poderá restringi-la quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX, da CRFB/88). Essa regra

encontra correspondência no art. 93, IX, da CRFB/88, que consagra a publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes.

- d) Como se vê, estabelece a Constituição tanto a regra da “publicidade plena ou popular” como a regra da “publicidade restrita ou especial”. Assim, a regra da publicidade comporta exceções, tendo em vista o interesse público ou a defesa da intimidade. A questão torna-se melhor posta como mais um quadro de colisão de direitos fundamentais, em que de um lado se apresentam o direito constitucional à informação e ao conhecimento dos processos existentes em razão da publicidade, e de outro a intimidade, a privacidade e, em diversas ocasiões, o direito à segurança e à realização da justiça criminal.
- e) No processo penal, a regra é a publicidade da ação penal, mas o juiz deve decretar o segredo de justiça, se necessário à proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem da vítima.
- f) Se a publicidade prevalece no procedimento acusatório, na fase inquisitória, o sigilo dos atos deve ser preservado, em prol da própria eficácia das investigações que visam à elucidação dos fatos que, posteriormente, poderão ser objeto de eventual tipificação penal.

Princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade)

- a) A Constituição estabelece no art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando, de forma explícita, no direito positivo constitucional, o princípio da não culpabilidade.
- b) Apesar de certa oscilação jurisprudencial, o STF firmou o entendimento de que não é possível a execução provisória da pena. Dessa forma, não é possível determinar que o réu inicie o cumprimento provisório da pena se não houve o trânsito em julgado, mesmo que os recursos pendentes possuam efeito meramente devolutivo (sem efeito suspensivo).
- c) Nesse sentido, o art. 283, do CPP, que exige o trânsito em julgado da condenação para que se inicie o cumprimento da pena, é constitucional, sendo compatível com o princípio da presunção de inocência, previsto na CRFB/88 (STF. Plenário. ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 07/11/19 - Info. 958).

Da inadmissibilidade da prova ilícita no processo

- a) A Constituição veda, expressamente, o uso da prova obtida ilicitamente nos processos judiciais (art. 5º, LVI), positivando uma das ideias básicas que integram o amplo conceito de devido processo legal.
- b) A discussão sobre as provas, no campo do direito material, pode receber inúmeros subsídios do direito constitucional, especialmente dos direitos fundamentais. Com efeito, as regras que regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas são direcionadas ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal.
- c) Assume relevo ímpar, nesse contexto, a aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo menos como regra de ponderação para superação de eventuais colisões concretas entre interesses constitucionalmente previstos.
- d) O âmbito de proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (art. 5º, XIII e XIV, “in fine”), ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e à proteção judicial efetiva, entre outros.
- e) A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal.
- f) Aspecto relevante diz respeito à prova ilícita por derivação. É o caso de prova obtida a partir de uma prova ilícita. Exemplo notório é o caso de confissão de crime mediante tortura que permite a apreensão do produto mediante ordem judicial.

Teoria dos frutos da árvore envenenada

Essa teoria reza que a prova ilícita produzida (árvore) tem o condão de contaminar todas as outras dela decorrente (frutos), devendo, portanto, ser desentranhada do processo, nos termos do que dispõe o Código de Processo Penal.

Ocorre que a incidência dessa teoria não é absoluta e encontra limitações, como na *teoria da fonte independente*, a qual prevê que se existirem provas outras no processo, independentes de uma determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, essa prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais.

De modo semelhante, a *teoria da descoberta inevitável*, preconiza que se a prova, que circunstancialmente decorre da ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real, com a violação legal. A prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la.

Provas vedadas

A doutrina leciona que a prova é vedada toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual, que é o gênero, do qual são espécies:

a. provas ilícitas: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex. confissão obtida mediante tortura.

efeitos: prova ilícita em sentido estrito, que feriu regra de direito material, deverá ser desentranhada dos autos; e

b. provas ilegítimas: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex.: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial.

efeitos: prova ilegítima, que maculou regra de direito processual, a consequência estará afeta ao plano do reconhecimento de nulidade absoluta, nulidade relativa ou mera irregularidade, conforme o caso.

Jurisprudência

Adequação do ato administrativo ao princípio da publicidade

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido para reconhecer a nulidade do ato formalizado pelo Ofício n.º 10/2021 CNS/CGAD/DLOG/PF, que estabeleceu que todos os processos do Sistema Eletrônico de Informações da Polícia Federal sejam cadastrados com nível de acesso restrito, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros André Mendonça e Nunes Marques. Foi fixada a seguinte tese: “O ato de qualquer dos poderes públicos restritivo de publicidade deve ser motivado objetiva, específica e formalmente, sendo nulos os atos públicos que imponham, genericamente e sem fundamentação válida e específica, impeditivo do direito fundamental à informação”. Plenário, Sessão Virtual de 4.8.2023 a 14.8.2023.

Teoria da descoberta inevitável

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. [...] À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º (STF. HC 91.687/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 24/04/12, DJe 20/09/12).

Teoria da fonte independente

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. DENÚNCIA ANULADA. INÉPCIA. NOVA DENÚNCIA. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. INOCORRÊNCIA. ACUSAÇÃO LASTREADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. ART. 157, § 1º. DO CPP. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP PREENCHIDOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] Administração Previdenciária no âmbito de processo administrativo, prova esta obtida através de fonte sem qualquer vinculação causal com os interrogatórios judiciais produzidos no curso da ação anulada, ou seja, de fonte independente, e, portanto, autorizada nos termos do art. 157, § 2º. do CPP. VIII - A teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) e a doutrina da fonte independente (*independent source doctrine*) são provenientes do mesmo berço, o direito norte-americano. Enquanto a primeira estabelece a contaminação das provas que sejam derivadas de evidências ilícitas, a segunda institui uma limitação à primeira, nos casos em que não há uma relação de subordinação causal ou temporal. (v. *Silverthorne Lumber Co v. United States*, 251 US 385, 40 S Ct 182, 64 L.Ed. 319, 1920 e *Bynum v. United States*, 274, F.2d. 767, 107 U.S. App D.C 109, D.C.Cir.1960). IX - Nesse sentido, têm decidido o Supremo Tribunal Federal: “1. A prova tida como ilícita não contaminou os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos, não havendo motivo para a anulação da sentença. [...] 5. Habeas corpus denegado e liminar cassada (STJ. HC 222.652/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 23/09/14, DJe 03/10/14).

Peças processuais que fazem referência à prova declarada ilícita não devem ser desentranhadas dos autos

Se determinada prova é considerada ilícita, ela deverá ser desentranhada do processo. Por outro lado, as peças do processo que fazem referência a essa prova (por exemplo, denúncia, pronúncia etc.) não devem ser desentranhadas e substituídas. A denúncia, a sentença de pronúncia e as demais peças judiciais não são “provas” do crime e, por essa razão, estão fora da regra que determina a exclusão das provas obtidas por meios ilícitos prevista art. 157 do CPP. Assim, a legislação, ao tratar das provas ilícitas e derivadas, não determina a exclusão de “peças processuais” que a elas façam referência (STF. 2ª Turma. RHC 137368/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 29/11/16 – Info. 849).

Legislação

CRFB/88, Art. 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; **XXXVIII** - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; **XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...] **LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] **LVI** - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; **LVII** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...] **LX** - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; [...]

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. **§ 1º** É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: [...] b) direito penal, processual penal e processual civil; [...]

Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

CPP, Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. **§ 1º** São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. **§ 2º** Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. **§ 3º** Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. **§ 4º (VETADO)** **§ 5º** O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Observação: o disposto no § 5º, do art. 157, CPP, foi declarado inconstitucional pelo STF no dia 23/08/2023 (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305).

Lei 13.869/19 (Abuso de autoridade), Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito: **Pena** - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

Doutrina

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) - vol. 1 - 13.ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Curso de direito constitucional - 16ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal - 13ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018.

QUESTÃO 3**Direitos e Garantias Fundamentais (Delegado de Polícia Civil/GO – UEG – 2018)**

O STF afastou a vedação legal às penas restritivas de direitos, a vedação legal à liberdade provisória e a imposição de regime inicial fechado, previstas quanto ao tráfico de drogas, nas Leis 8.072/90 e 11.343/06. Quais foram os fundamentos?

QUESTÃO 3

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	
24	
25	
26	
27	
28	
29	
30	