



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIEGO BRITO DE SÁ

**A (IM)POSSIBILIDADE DO USO DE PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Salvador
2016

DIEGO BRITO DE SÁ

**A (IM)POSSIBILIDADE DO USO DE PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Roberto de Almeida Borges Gomes

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

DIEGO BRITO DE SÁ

**A (IM)POSSIBILIDADE DO USO DE PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

AGRADECIMENTOS

Ao professor Roberto Gomes, pela paciência na orientação e pelas sugestões que permitiram tornar esta monografia mais completa.

Aos meus pais que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

Ao meu tio Américo, pelo incentivo e auxílio na revisão gramatical deste trabalho.

RESUMO

Diante de um país assolado pela criminalidade e pela corrupção é necessário discutir os limites e meios de punir. O presente trabalho visou tratar da possibilidade do uso de provas ilícitas no Processo Penal brasileiro. Trata-se de um tema instigante, sobretudo por expor um situação de conflitos principiológicos que autorizariam o uso de provas ilicitamente obtidas, mediante o exercício de proporcionalidade, em detrimento de vedação legal, constante no art. 157 do Código de Processo Penal, ao uso de tais provas no Brasil. Dessa forma, o que se buscou neste trabalho foi demonstrar se provas obtidas mediante violações a direitos constitucionais e legais podem ser aproveitadas no Processo Penal e em quais hipóteses. Inicialmente fez-se necessário estabelecer o conceito de prova, delimitar seu objeto e analisar os princípios que exercem influências sobre a atividade probatória no Processo Penal. A partir dessas premissas iniciais, se adentrou no estudo das provas ilícitas, buscando demonstrar que, apesar de haver vedação expressa do uso da prova ilícita, as hipóteses legais de exceção contidas nos parágrafos do art. 157, na prática, podem abrir margem para que tais provas sejam utilizadas no Processo Penal. Também foram abordados o Projeto do Novo Código de Processo Penal e o recente Projeto das Dez Medidas de Combate à Corrupção, de autoria do MPF, que trazem novidades acerca do tratamento dispensado às provas ilícitas no Processo Penal. Também foi tratado sobre as implicações acerca do veto do §4º do art. 157 do Código de Processo Penal e se tal dispositivo pode ter representado a possibilidade da admissão da prova ilícita no Processo Penal brasileiro. Também se discorreu sobre a responsabilidade pelo uso da prova ilicitamente obtida. Por derradeiro, foram abordadas as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade do uso de provas ilícitas no Processo Penal brasileiro, se tratando da teoria da vedação absoluta e, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, também das teorias permissionárias do uso das provas ilícitas em benefício do réu e em benefício da sociedade. Ao final do trabalho buscou-se uma abordagem do Direito estrangeiro, perante o qual cuidou-se extrair algumas alternativas para uma melhor tutela do tema dentro do Direito pátrio.

Palavras-chave: prova ilícita; admissibilidade; proporcionalidade; processo penal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
des.	desembargador
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. PROVA: CONCEITO E OBJETO	12
2.1. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E A AVALIAÇÃO DAS PROVAS	19
2.2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ATIVIDADE PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL	26
2.2.1. Presunção de inocência	27
2.2.2. Ônus da prova e <i>in dubio pro reo</i>	31
2.2.3. Contraditório	35
2.2.4. Ampla defesa	39
2.2.5. Comunhão da prova	41
2.2.6. Identidade física do juiz	43
2.2.7. Livre convencimento motivado	44
3. A PROVA ILÍCITA	52
3.1. POSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	55
3.2. POSIÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	61
3.3. PROVAS ILEGÍTIMAS, ILEGAIS E IRREGULARES	64
3.4. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	66
3.4.1. Teoria da fonte independente	73
3.4.2. Descoberta inevitável	76
3.5. O VETO DO §4º DO ART. 157 DO CPP	79
3.6. RESPONSABILIDADE PELO USO DE PROVAS ILÍCITAS	83
4. A (IM)POSSIBILIDADE DO USO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	87
4.1. INADMISSIBILIDADE ABSOLUTA	87
4.2. A ADMISSIBILIDADE EM NOME DA PROPORCIONALIDADE	92
4.2.1. Admissibilidade em benefício do réu	96
4.2.2. Admissibilidade em benefício da sociedade	103
4.3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DA ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO	112

5. CONCLUSÃO

122

REFERÊNCIAS

125

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia, requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito, tem como objetivo tratar sobre a possibilidade do uso de provas ilícitas dentro do Processo Penal brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LIV, deu à prova o caráter de direito fundamental. Tal elemento representa um dos instrumentos processuais mais importantes, pois tem a função de influenciar no convencimento do magistrado, podendo determinar a vitória ou a derrota de uma parte dentro do processo. Na seara Penal, a importância da prova é ainda maior, haja vista que o que está em jogo são direitos indisponíveis e uma sentença condenatória pode vir a cercear a liberdade de um acusado.

Contudo, na conjuntura atual, consubstanciada pelo Estado Democrático de Direito, não se falam mais em direitos absolutos. A partir daí, permite-se a discussão acerca da possibilidade do aproveitamento processual de provas decorrentes de violações sobre outros direitos fundamentais. Esse tema se mostra relevante, pois a questão é bastante polêmica perante a sociedade, dividindo opiniões acerca da possibilidade, ou não, do uso de tais provas, especialmente perante a realidade de alta criminalidade e corrupção que predomina no Brasil.

O que se vê, hodiernamente, é que há uma grande celeuma social acerca da situação envolvendo a aversão à impunidade e os possíveis limites a serem respeitados no combate ao crime. Desse modo, Parte da sociedade acredita que vale a pena punir a qualquer custo, enquanto outra parcela acredita que algumas restrições devem ser impostas. A partir disso, o que se pretenderá discutir no presente trabalho serão justamente os limites relativos à licitude probatória e se haverá hipóteses em que provas produzidas por meio de lesões a direitos fundamentais poderão ser aproveitadas no processo.

Os recursos a serem utilizados no presente trabalho serão doutrinas, artigos científicos, notícias, dados estatísticos, jurisprudências, sendo também realizada uma análise sobre o direito comparado (codificações, jurisprudências e doutrina).

O presente trabalho será dividido em cinco capítulos.

No segundo capítulo buscar-se-á conceituar prova e delimitar o seu objeto. A seguir, se fará uma análise do sistema processual penal brasileiro, bem como dos sistemas de avaliação da prova, isto é, como a prova pode ser interpretada dentro do processo. A diante, serão elencados sete princípios que mais intimamente se relacionam com a atividade probatória dentro do Processo Penal. Nesse ponto, a intenção não será a de promover o esgotamento dos princípios relacionáveis, mas tão somente a de não se estender em demasia, haja vista que o tema central do presente trabalho não será a de exposição de princípios penais, mas sim a relação destes com a produção da prova.

No terceiro capítulo, o objetivo será o de adentrar o universo das provas ilícitas. Inicialmente, se estabelecerá o conceito do que é a prova ilícita, identificando as acepções do conceito trazidas pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal. Também serão expostas as classificações doutrinárias que dividem a prova ilícita em subespécies. Posteriormente, serão abordadas as exceções à ilicitude das provas e se fará uma abordagem sobre o Projeto de Lei do Ministério Público Federal denominado de Dez Medidas de Combate à Corrupção, que pretende trazer inovações ao tema. A seguir, se analisarão as implicações do veto do §4º do artigo 157 do CPP, trazido pela Lei 11.690 de 2008. Arrematando, será abordada a questão da responsabilidade pelo uso de provas ilícitas, buscando identificar se ela existe e em quais hipóteses ocorrerá.

No quarto capítulo, será tratada a possibilidade do uso das provas ilícitas no Processo Penal brasileiro. Neste ponto, a partir da regulação trazida pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal, inicialmente, será abordada a teoria da inadmissibilidade absoluta e, em seguida, serão examinadas duas teorias de admissibilidade da prova ilícita mediante o uso do princípio da proporcionalidade, que são as de admissibilidade *pro reo* e a de admissibilidade *pro societate*. Encerrando, far-se-á uma análise de soluções possíveis de serem importadas para o direito brasileiro a partir do direito comparado, bem como a possibilidade de compatibilização de tais soluções com os recentes projetos de criação do Novo Código de Processo Penal e das Dez Medidas de Combate à Corrupção.

Dessa forma, tratar-se-á no presente trabalho, da disciplina dispensada às provas ilícitas no Direito Processual Penal brasileiro, da sua possibilidade de uso e dos casos em que ocorrem.

2. PROVA: CONCEITO E OBJETO

Não é exagero afirmar que as provas correspondem a um dos elementos mais importantes não só no âmbito do Processo Penal, mas em todos os ramos do Direito. Historicamente, a atividade probatória tem origem no Direito romano.

Naquele período, o processo se iniciava com uma alegação inicial por parte do autor, a chamada *libellus conventionis*, correspondente à petição inicial atual, e, contraposta a ela, tinha-se a *libellus contradictionis*, que corresponde atualmente à contestação, apresentada pelo réu. Postas ambas as alegações, criava-se a *litis contestatio*, o que se pode entender por fato controvertido, ou seja, os fatos alegados pelas partes eram incompatíveis entre si, criando uma controvérsia que precisaria ser resolvida por meio de prova.¹

A nomenclatura “prova” origina-se do latim, *probatio*, que corresponde a ensaio, inspeção, verificação, exame, razão, argumento, aprovação ou confirmação. Daí surge o verbo provar (ou *probare*), que significa verificar, examinar, experimentar. No plano jurídico, a prova visa demonstrar a veracidade ou autenticidade de algo. Trata-se de um elemento de formação de convicção nos seres humanos se algo aconteceu ou é verdadeiro.²

As provas, dentro do processo penal, são instrumentos de reconstrução de um fato histórico de modo a convencer o juiz da sua ocorrência. Por conta disso, as provas sempre recaem sobre fatos passados e projetam efeitos para fatos presentes e futuros, quais sejam a sentença e, em caso de condenação, o cumprimento da pena.³

Hodiernamente, ao movimentar o judiciário, a parte autora se vale de alegações sobre a existência de fatos que justifiquem a sua pretensão. No entanto, essas alegações não serão imparciais, pois quando a máquina judiciária é movimentada, a finalidade é a de satisfazer a pretensão daquele que a acionou, logo, os argumentos empregados para tanto serão tendenciosos e nem sempre corresponderão ao que, de fato, ocorreu. Do outro lado da relação jurídica processual figura o sujeito contra o qual a pretensão é deduzida, o réu, que atua no processo em sentido contrário ao

¹ FIUZA, César. Algumas Linhas de Processo Civil Romano. In: FIUZA, César (Coord.). **Direito**

² NUCCI, Guilherme. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 17-18.

³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 351.

autor, agindo também de forma parcial. O objetivo do réu é desconstruir os argumentos trazidos pelo demandante para obter um resultado favorável (ou menos desfavorável) para si, impedindo que o autor obtenha aquilo que propôs. A prova funcionaria como o instrumento pelo qual as partes convenceriam o juiz de que o fato ocorreu conforme as alegações formuladas, de modo a encerrar a controvérsia decorrente das alegações de autor e réu.⁴

O objetivo da prova é buscar a verdade dos fatos. Contudo, tal tarefa revela-se árdua porque o que se tem disponível para apreciação do judiciário são recortes fáticos contrapostos pelas partes litigantes que serão apresentados ao juiz, para que, após um exercício de subsunção, aplique o direito de acordo com a versão que julgar mais verossímil, mediante a emissão de um juízo de valor. No caso do Processo Penal, existe a peculiaridade de que todos os fatos, controvertidos ou não, precisam ser provados, graças ao princípio da verdade processual e do devido processo legal, já que o Processo Penal cuida sobretudo de direitos indisponíveis, como a liberdade de locomoção.⁵

Disso nasce a discussão acerca da existência (ou não) de lide no Processo Penal. Os que defendem a existência se amparam no fato de que no processo penal a lide surge no embate entre a pretensão punitiva estatal e o direito à liberdade. Contudo, a lide pode desaparecer durante o processo, de modo que o órgão acusador pode pedir a absolvição ou recorrer em benefício do acusado, mas o processo penal continua até a decisão judicial.⁶

Os que defendem que não existe lide no Processo Penal afirmam que o que existe é a busca pela verdade dos fatos e não a busca pela condenação do acusado. Tal corrente afirma que só existiria conflito de interesses, diga-se, lide, no caso de Ações Penais Privadas.⁷

Como se verá detalhadamente no capítulo referente ao Ônus da prova, pode se dizer que existe lide no Processo Penal, até mesmos nos casos de Ações Penais

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 377.

⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 452.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2011, p. 152.

⁷ VALENTE, Yuri de Oliveira Pinheiro. **A lide, na concepção carnelutiana, no Processo Penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.dryurivalente.com.br/artigos/artigo01.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

Públicas Incondicionadas ou Condicionadas à Representação, pois em ambos os casos o Ministério Público atuará buscando a condenação do acusado e não somente visando a elucidação dos fatos. Logicamente, ao contrário das Ações Penais Privadas, nas Ações Penais Públicas verificada a inocência do acusado, por não atuar movido por paixões, o MP pode perfeitamente requerer a absolvição ou até mesmo recorrer em favor do acusado.

Daí surge a importância de examinar a diferença entre verdade material e formal. A verdade material ou absoluta é aquela que reflete o fato exatamente como ele ocorreu, ou seja, é uma verdade incontestável. Por outro lado, a verdade formal é aquela formada a partir das provas juntadas aos autos, ou seja, tudo aquilo que integresse o processo e fosse provado seria considerado como verdade.⁸

Aury Lopes Jr.⁹, adverte que no Processo Penal a verdade material acabou por ser um grande instrumento de efetivação do sistema inquisitório, no qual a busca pela verdade tinha poucos limites. Dessa forma, esse modelo permitiu uma série de abusos e violações à direitos fundamentais. Por outro lado, a verdade formal seria aquela obtida por meio do respeito aos procedimentos e garantias de defesa, tal modelo tinha como vantagem o freio nos abusos decorrentes sobretudo da máquina estatal na busca pela verdade.

Critica-se o dualismo estabelecido entre a verdade material e a verdade formal dentro do processo moderno pelo fato de que uma busca pela verdade material irrestrita poderia acabar lesando direitos fundamentais dos envolvidos e prejudicando a segurança jurídica. De outro lado, permitir o uso exclusivo da verdade formal traria a possibilidade de serem considerados como verdadeiros, fatos falsos, bastando, para isso, que exista prova sobre eles. Ou seja, a prova acabaria se convertendo no próprio fim do processo.¹⁰

Diante disso, não há como estabelecer qual tipo de verdade prevalece, mas o que deve se levar em conta é que uma verdade plena é inalcançável. O mais adequado seria afastar a busca pela verdade absoluta no processo, haja vista que a verdade se trata de uma interpretação pessoal sobre fatos. O processo penal é um instrumento de convencimento, no qual as partes tentam convencer o juiz de que um

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v.2, p. 245.

⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 381-382.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, 2015, p. 246.

fato ocorreu de uma maneira ou de outra. A verdade, seja ela formal ou material, não se revela um objeto adequado de ser almejado. Por outro lado, o convencimento do juiz se expõe como um objetivo mais adequado a ser buscado, desde que seja oportunizado às partes o exercício do contraditório e da ampla defesa. O que se busca é um afastamento tanto da idolatria absoluta da verdade, quanto da sua total rejeição. A forma ideal de se encarar o objeto do processo é visualizando-o como um instrumento de convencimento, que deve ter suas regras respeitadas.¹¹

Na visão de Fredie Didier Jr.¹², “cada uma das partes conta sua versão sobre o que aconteceu e a versão mais bem provada, aquela que vier a convencer o julgador, tem tudo para ser a vencedora”. A prova seria um direito fundamental ao contraditório, possuindo, por essa razão, um conteúdo complexo, que pode ser dividido em quatro características marcantes: a amplitude probatória (desde que lícitamente produzidas); o direito de participação na produção da prova; o direito de se manifestar sobre a prova produzida e o direito de submeter a prova a apreciação de um órgão julgador.

No processo penal existem restrições para três dessas quatro características. Quanto a amplitude probatória condicionada à licitude discute-se se a sua excepcionalidade na possibilidade de admissão de provas ilícitas dentro do processo penal em determinadas situações; sobre o direito de participação na produção das provas, existe exceção a essa regra nas situações de produção antecipada de provas; quanto ao direito à manifestação sobre a prova, sabe-se que na fase de inquérito policial, não existe o direito à manifestação sobre as provas produzidas, esse direito fica postergado à fase judicial. Essas restrições serão exploradas detalhadamente no decorrer do presente trabalho.

Por conta disso, revela-se adequado o conceito trazido por Alexandre Câmara¹³, ao definir prova como “todo elemento que contribui para a convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato”. A convicção consistiria num exercício subjetivo, ou seja, numa valoração dos elementos disponíveis à apreciação do magistrado para a definição sobre a ocorrência do fato.

¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 384-386.

¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v.2, p. 18-20.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 429-430.

A necessidade da busca pela verdade material no processo penal ocorre porque não se trata de uma relação envolvendo direitos disponíveis, por isso não pode o juiz se contentar somente com os argumentos e provas trazidos pelas partes aos autos, já que, fatalmente, esses argumentos estarão distorcidos pelo cunho parcial que é dado pela parte, o que dificulta o alcance da verdade real.¹⁴

Contudo, na visão moderna do processo, já se entende que a verdade não é um fim, mas um meio. Sabe-se que a verdade material nem sempre pode ser reconstruída exatamente como ocorreu porque é um fato pretérito. A busca por essa verdade material deve servir de parâmetro para o julgador desenvolver a atividade probatória. O modelo inquisitório dá ao juiz poderes instrutórios que permitem que ele determine a produção de uma determinada prova por entender ser relevante para a descoberta da verdade material. Todavia, deve o magistrado sempre manter-se afastado do interesse do julgamento da causa, sem que isso implique numa inércia do magistrado perante o procedimento probatório, mas tão somente num afastamento da relação controvertida travada pelas partes.¹⁵

A interpretação da realidade varia conforme o sujeito que a interpreta. Cada pessoa, ao apreciar um fato, coloca o seu ponto de vista sobre ele. Por essa razão, entende-se que o processo hermenêutico é sempre criativo e ilimitado, mas que, no caso concreto, se limita à cognoscência do examinador. Chega-se novamente à conclusão de ser impossível alcançar uma verdade absoluta, mas que, existem elementos objetivos, que são aqueles que guardam resquícios de universalidade, que devem ser eleitos como o norte interpretativo na busca pela verdade. As provas teriam sua razão de ser justificada a partir do momento em que elas pudessem influenciar no ângulo de visão do juiz sobre a realidade, contribuindo na formação da sua convicção, já que, findo o processo, a visão do juiz sobre o fato é que vai determinar quais alegações se aproximaram mais da verdade, sob o seu ponto de vista.¹⁶

¹⁴ VAZ, Denise Provasi. Estudo sobre a verdade no processo penal. **Revista Brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.83, mar./abr. 2010, a.18, p.172.

¹⁵ *Ibidem*, p. 176-177.

¹⁶ KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. **Revista Brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.80, set./out. 2009, a.17, p. 139-141.

No mesmo sentido, na lição de Roberto Gomes¹⁷, sob a feição atual do princípio da verdade real não é prudente esperar que uma verdade absoluta seja atingida. Diante disso, o juiz deve selecionar as provas juridicamente relevantes obtidas na instrução para formar o seu convencimento e decidir.

Além disso, as alegações que são objeto de prova, dentro do processo penal, podem se referir a aspectos endo-processuais ou extra-processuais, possuindo não só a serventia de serem aplicadas a um processo já em curso, como também a de se evitar que uma ação seja iniciada.¹⁸

Isso decorre de uma visão moderna, pós-inquisitória do processo penal, onde percebe-se que a atividade probatória não mais se mantém em poder exclusivo dos órgãos estatais, passando a cabendo também aos envolvidos o direito de provar. Com efeito, na mudança de paradigma para o modelo acusatorial, percebe-se que essa garantia de participação probatória passou a ser assegurada sobretudo pela aplicação do princípio do contraditório, possibilitando a influência das partes sobre a decisão do magistrado.¹⁹

Ante o exposto, revela-se adequado o conceito de de prova como sendo um direito fundamental ao contraditório pelo fato de possibilitar a ambas as partes que participem do processo e influenciarem na convicção do magistrado. Tratam-se de amplo universo de elementos que servem de base para as alegações formuladas pelas partes ao ingressarem no judiciário. As provas também são um fator limitador da atividade do juiz, haja vista que, em que pese exista o dever da busca pela verdade material, sobretudo no processo penal, esta deve respeitar os direitos básicos dos cidadãos, não podendo o judiciário extrapolar os limites constitucionais e legais para o seu alcance. Dessa forma, é razoável permitir a busca pela aproximação da verdade material, mas esta deve ser limitada pelas provas que constam nos autos, ou seja, pela verdade formal.

Quanto ao objeto da prova não se trata do fato em si, mas sim das alegações das partes no processo. Nem todos os fatos que cercam a causa serão alegados na relação processual. O objeto da prova recairia sobre o fato principal, que seria o

¹⁷ GOMES, Roberto de Almeida Borges. O princípio da verdade real e a sua conformação com a Constituição Federal de 1988. *In*: SCHMIDT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios Penais Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 238-239.

¹⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 85-86.

¹⁹ *Ibidem*, p. 88-89.

núcleo do pedido do autor e aquilo que é contestado pelo réu, o que corresponde à controvérsia da questão. Os demais fatos, chamados de fatos secundários e não compõem a controvérsia, mas podem ser objeto de prova para auxiliar a formação do convencimento do juiz. Diante disso, cumpre aos integrantes da relação processual selecionar os fatos que realmente tenham relevância para o caso para serem submetidos à atividade probatória. Fica dispensado de prova o direito, pois este é de conhecimento obrigatório do magistrado, conforme o princípio *iura novit curia*. As exceções, diga-se, onde é necessário provar a existência do direito, consistem no direito municipal, estadual, estrangeiro, ou consuetudinário.²⁰

Nesse mesmo sentido, no âmbito penal, como ensina Paulo Rangel²¹, se o sujeito tem contra si imputado a prática do crime de homicídio por motivo fútil, o objeto da prova é a morte da vítima e também o motivo do crime. De outro lado, os fatos notórios, como feriados, por exemplo, não necessitam de prova. Também, em nome do princípio *iura novit curia*, não se faz necessário provar que um fato é atípico, haja vista que é dever do juiz conhecer o direito.

Diante disso, no que tange ao objeto da prova, conclui-se que se tratam de alegações e não de fatos, haja vista a problemática discutida sobre a dificuldade do alcance da verdade material e dos perigos de uma busca ilimitada na reconstrução dos fatos a serem provados. Ou seja, os fatos são fixos, estáticos e imutáveis, mas são passíveis de interpretações diversas por cada pessoa, dessa forma, torna-se mais conveniente compreender como objeto das provas as alegações formuladas pelas partes, já que elas serão o instrumento capaz de convencer o juiz da existência ou não do fato. Ademais, tais alegações necessitam ter alguma relevância jurídica para que se possa admitir prova acerca da sua procedência, por conta disso, o objeto da prova funciona como uma espécie de filtro que deve eliminar aquilo que não for relevante para a causa.

2.1. O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E A AVALIAÇÃO DAS PROVAS

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v.2, p. 252.

²¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 452

Quando a prova é admitida no processo, ela deve ser avaliada para que possa, de alguma forma, influenciar no convencimento do magistrado. Para que se possa entender como as provas podem proporcionar essa influência é necessário examinar como funciona o sistema processual penal brasileiro.

O Código de Processo Penal vigente é de 1941. Sua base é fascista, inspirada na legislação processual italiana, possuindo caráter autoritário, no qual prevalecia o princípio da presunção da culpabilidade, que se justificava no primor pela proteção da segurança pública. A busca da verdade real não tinha limites, o que acabava levando a uma série de abusos. Em alguns casos, nem mesmo uma sentença absolutória seria capaz de restituir a liberdade do réu. Da mesma forma, seria possível decretar a prisão preventiva do acusado a partir do momento em que a denúncia fosse recebida, a depender da pena abstratamente cominada ao crime em voga.²²

Tal realidade só veio a se modificar com o advento da Constituição Federal de 1988. A Carta trouxe uma série de direitos e garantias individuais totalmente contrárias ao modelo autoritário do CPP. A mais marcante delas foi positivação da presunção de inocência, explícita no art. 5º, LVII da Carta Magna. A partir desse momento, passa-se a falar num processo penal constitucional, no qual o processo deixava de ser um instrumento de punição e passava a se tornar um mecanismo de garantia para o indivíduo. A razão para essa mudança consiste no reconhecimento de que o acusado se encontra numa posição desfavorável no processo penal e precisa de garantias que amenizem essa desigualdade material.²³

Fica clara a mudança de postura também por parte do Estado, que deixa de lado o objetivo exclusivamente condenatório. Exemplo claro disso se revela na figura do Ministério Público, que deixa de figurar como um órgão exclusivamente acusatório e passa a ser defensor da ordem jurídica.²⁴

Existem três sistemas processuais penais considerados atualmente, são eles: o Inquisitório, o Acusatório e o misto. A maior parte da doutrina entende ser o sistema brasileiro misto, contudo, não faltam críticas para essa classificação.

²² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5-7.

²³ *Ibidem*, p.8.

²⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9.

O Sistema Penal Inquisitório tem como características marcantes: a de iniciativa probatória por parte do juiz; a sigilosidade; a forma escrita; a concentração de funções num único órgão; a atuação de ofício do juiz; a parcialidade do julgador; a inexistência de contraditório e desigualdade de armas entre acusação e defesa. Ademais, vigorava o princípio da prova tarifada, a prisão era regra geral e não havia a formação de coisa julgada.²⁵

O Sistema Penal Acusatório, por sua vez, distingue o órgão julgador do órgão acusatório; a iniciativa probatória cabe às partes e não ao juiz; conserva-se a imparcialidade do juiz; o procedimento é, em regra, oral; existe publicidade e presença de contraditório.²⁶

O Sistema Misto é um sistema processual penal dotado de duas fases: uma fase pré-processual inquisitória e uma fase processual acusatória. Na primeira fase, a chamada fase pré-processual, não existiria a exigência de obediência do contraditório, como ocorre no inquérito policial. Já na segunda fase, a fase processual, o contraditório seria obrigatório.²⁷

A precipitação na classificação do sistema como misto leva a uma generalização desnecessária, de modo que, em última instância, todos os sistemas acabam sendo mistos. É necessário que se observe a essência do sistema para classificá-lo adequadamente. Por essa razão, em que pese a maior parte da doutrina tenda a considerar o sistema adotado pelo Brasil como sendo o Misto, nota-se que, o modelo trazido pelo CPP ao Brasil é o do Sistema Inquisitório, sobretudo pela gestão probatória que cabe ao juiz, o que acaba levando a uma concentração de funções nas mãos do julgador.²⁸

Contudo, apesar da predominância inquisitória do CPP, a CF/88 trouxe para o Processo Penal brasileiro uma grande influência do modelo acusatório, especialmente pela concretização do direito fundamental ao contraditório, que passou a servir de norte para a interpretação e aplicação do Processo Penal. Tem-

²⁵ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.132.

²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

²⁷ *Ibidem*, p. 41.

²⁸ *Ibidem*, p. 47.

se então dois diplomas diferentes trazendo dois sistemas diferentes. A CF traz uma concepção acusatória de processo e o CPP um viés inquisitório.²⁹

Parte da doutrina defende que o sistema adotado no Brasil é o acusatório pela possibilidade da participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, estando, por essa qualidade, de acordo com a ordem constitucional atual.³⁰

Tal tese pode ser sustentada na medida em que o inquérito, em que pese não seja, ainda, efetivamente um processo penal, funciona como um instrumento de ciência ao eventual indiciado de que existem fatos a ele imputados e que tais fatos podem originar uma demanda judicial. A participação do acusado no interrogatório permite que ele seja cientificado da possibilidade de vir a ser réu num processo, além de contar sua versão sobre os fatos que lhe são imputados.³¹

Já para os defensores da adoção do sistema misto, não é possível aplicar nem o diploma Constitucional, tampouco o CPP isoladamente. A CF trouxe princípios norteadores, mas o CPP é que determina as regras a serem aplicadas. O que se tem hoje é um hibridismo, especialmente pela atenuação do cunho inquisitivo do CPP mediante as recentes reformas. Se o sistema fosse acusatório, nenhum valor teria a fase pré-processual, o que faria do art. 155 do CPP letra morta, bem como inviabilizaria a produção antecipada de provas.³²

Notoriamente, existem dois diplomas legais que, em essência, são contrários. O CPP possui um viés inquisitório que garante poderes instrutórios ao juiz, enquanto que a CF consiste num dispositivo garantidor, que preza pelos direitos e garantias individuais do indivíduo, sobretudo pela obediência ao contraditório. A classificação do sistema como misto não se revela adequada pelo seu caráter genérico, apto a dificultar a especificação do sistema.

A forma mais coerente de se classificar o sistema processual penal brasileiro seria a de identificá-lo como inquisitório, uma vez que o CPP possui uma série de regras nesse sentido que não podem ser ignoradas. Por outro lado, apesar da essência ser inquisitória, se faz necessário uma adequação do CPP aos preceitos trazidos pela

²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49.

³⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14-16.

³¹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jackobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 467.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 71-74.

CF. Trata-se de uma interpretação constitucional a um dispositivo inquisitorial. A possibilidade do contraditório no interrogatório, alegada pelos defensores da adoção do sistema acusatório, não tira a essência do sistema inquisitivo, mas somente reflete essa nova forma de interpretação coadunada com a Constituição Federal, haja vista que a participação do acusado é ínfima na fase pré-processual se comparada aos órgãos de investigação.

Uma vez caracterizado o sistema processual brasileiro, necessário partir a análise dos sistemas de avaliação das provas, ou seja, de que maneira elas podem influenciar na formação do convencimento do julgador dentro do processo.

Conforme visto, no processo penal, ao contrário do processo civil, não se busca tão somente a “verdade formal”, mas sim a “verdade material”. Para que seja possível se aproximar dessa “verdade material” são necessários elementos que possam influenciar no convencimento do juiz, que são as provas.³³

A busca pela verdade material é uma característica marcante do sistema inquisitório. Esse modelo se caracteriza por um comprometimento com o interesse público e com a paz social. Isso concede grande liberdade tanto ao julgador quanto às formas de investigação desenvolvida. No processo penal não pode haver o contentamento exclusivo com a chamada verdade formal, sob o risco de submeter o procedimento às consequências do modelo adversarial, no qual cabe somente às partes trazer as provas à tona e o juiz, permanecendo inerte durante todo o processo, deve julgar a causa somente com base naquilo que lhe é apresentado.³⁴

O sistema de avaliação das provas consiste num conjunto de critérios que o juiz vai se utilizar para decidir a causa. O objetivo primordial é a aproximação à verdade material dos fatos. O magistrado deve manter-se afastado dos interesses em jogo na causa e apreciar os elementos postos de modo imparcial. O CPP garante poderes instrutórios ao julgador como forma de robustecer o seu convencimento sobre a causa e ampliar os fundamentos de suas decisões. A partir disso, é relevante expor uma breve diferenciação entre os três sistemas de apreciação de provas, quais sejam: livre convicção, prova legal e persuasão racional.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 337.

³⁴ VAZ, Denise Provasi. Estudo sobre a verdade no processo penal. **Revista Brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.83, mar./abr. 2010, a.18, p. 166-167.

O sistema da livre convicção consiste numa ampla liberdade concedida ao juiz para julgar. Não existiria uma limitação imposta ao julgador sobre aquilo que lhe é apresentado dentro do processo. O juiz poderia decidir livremente, conforme o seu entendimento sobre o caso.³⁵

No sistema da livre convicção não existe necessidade de o magistrado motivar as decisões. Estas se baseiam exclusivamente nas suas convicções íntimas. O exemplo clássico de aplicação desse sistema seria o Tribunal do Júri, no qual os jurados não precisam fundamentar suas decisões. Seria o chamado livre convencimento imotivado. Trata-se, portanto, de um sistema excepcional, pois é marcado por uma imprevisibilidade nas suas decisões.³⁶

No caso do Tribunal do Júri, o próprio CPP respalda a ausência de fundamentação da sentença pelo que consta no art. 492,II. Dessa forma, como a decisão é tomada com base na convicção dos jurados, a inclusão de uma fundamentação pelo juiz poderia desnaturar a base do sistema, que é a do livre convencimento não fundamentado por parte dos jurados.³⁷

A doutrina critica esse sistema de avaliação justamente pelo risco da falta de motivação das decisões. De acordo com o autor, a livre convicção enseja um julgamento arbitrário pela extrema discricionariedade que é dada ao julgador, seja ao juiz ou ao Tribunal do Júri. Dessa forma, graves injustiças poderiam ocorrer, como julgamentos decididos com base em cor, sexo, religião, entre outros aspectos íntimos dos julgadores, sem qualquer relação direta com o caso em si.³⁸

Percebe-se então que se trata de um sistema excepcional. As críticas a esse sistema se revelam coerentes, não somente por conta da possibilidade de decisões injustas, mas também pela insegurança jurídica que se cria, haja vista que casos semelhantes podem ser julgados de formas diversas sem um parâmetro mínimo estabelecido. A Constituição Federal contém vedação expressa à possibilidade do uso do livre convencimento pelos juízes, quando em seu art. 93, IX, determina que:

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 381.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 345.

³⁷ CANO, Leandro Jorge Bittencourt. ANTUNES, Rodrigo Merli. DOMINGUES, Alexandre de Sá. **O Tribunal do Júri na visão do juiz, do promotor e do advogado**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 330.

³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 377.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: 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; respeito de decisões não fundamentadas.

No sistema de avaliação de provas denominado de prova legal, existe uma avaliação prévia das provas pelo legislador. É o que se chamava de sistema das provas tarifadas, no qual cada prova valia um determinado número de pontos e o réu só poderia ser condenado quando atingida uma determinada pontuação. Quando não se alcançava essa pontuação partia-se para a tortura, que possibilitava a obtenção da prova plena.³⁹

Esse sistema surgiu como uma reação ao sistema da convicção íntima, como uma forma de evitar o arbítrio exclusivo do juiz, passando ao legislador definir previamente os valores de cada prova. A título de histórico, no sistema da prova legal, a confissão já teve valor absoluto, enquanto que um só testemunho não possuía qualquer valor.⁴⁰

Buscando jurisprudência acerca do tema, encontra-se julgamento de apelação criminal proveniente do TJDF⁴¹. Trata-se de uma situação em que ocorreu um suposto roubo qualificado decorrente do arrombamento das portas de um veículo para a subtração de objetos em seu interior. Discutia-se a necessidade de laudo pericial para que ficasse comprovado o arrombamento (rompimento de obstáculo), que seria apto a assegurar a presença da qualificadora. O relator acabou sendo voto vencido neste julgamento, pois foi de encontro ao entendimento fixado no STJ no sentido de que o laudo seria indispensável para a configuração da qualificadora. Até então, o que havia nos autos eram somente provas testemunhais. Nota-se, nesse caso que, apesar da licitude da prova testemunhal, existe uma valoração prévia que determina que, nesses tipos de situação, o laudo pericial possui valor superior. Por conta disso, a prova acabou sendo afastada, já que pendente o laudo pericial.

³⁹ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 340.

⁴⁰ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 629.

⁴¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação criminal nº 20140110099470APR. 2ª Turma Criminal. Recorrente: Isac Nilton dos Santos Silva. Recorridos: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Roberval Casemiro Belinati. DJ 11 set. 2014. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&numeroDoDocumento=819236&comando=abrirDadosDoAcordao&quantidadeDeRegistros=20&numeroDaUltimaPagina=1&internet=1>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

Uma diferença que acentua o antagonismo entre a prova legal e a livre convicção é que enquanto neste a discricionariedade era amplíssima, naquele a discricionariedade praticamente deixou de existir em detrimento da valoração antecipada pelo legislador. Por essa razão, tanto o sistema da prova legal quanto o da livre convicção são, hoje, sistemas excepcionais.

A persuasão racional, também chamada de livre convencimento motivado, é o sistema adotado no ordenamento pátrio. Tal sistema de avaliação concede ampla liberdade ao magistrado na apreciação e na valoração das provas, sendo obrigatória a motivação das decisões. Ou seja, trata-se de um sistema onde o juiz deve se ater, quando fundamentar suas decisões, às provas constantes nos autos, demonstrando como tais provas levaram-no àquela forma de decidir.⁴²

Ante o exposto, se vê que no Brasil, especialmente após o advento da CF/88, que trouxe a obrigatoriedade da fundamentação nas decisões judiciais, os sistemas do livre convencimento e da prova legal tornaram-se limitados. Isso porque era necessário manter uma segurança jurídica, afastando o livre arbítrio do juiz, mas, ao mesmo tempo não era adequado acabar completamente com a sua atividade cognitiva dentro do processo, por meio da imposição de tarifação das provas. O que houve com a prevalência do modelo da persuasão racional é que o juiz tinha o seu arbítrio limitado ao que estava posto no processo, devendo fundamentar suas decisões com base nos elementos contidos nos autos. A análise pormenorizada sobre a persuasão racional, bem como o impacto do Novo Código de Processo Civil sobre ela será retomada posteriormente, ao se tratar do princípio do livre convencimento motivado, já que ambos possuem uma relação de identidade.

2.2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ATIVIDADE PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 590.

A atividade probatória também é limitada por princípios. Não basta que uma decisão seja tomada por base em convicção íntima, prova legal ou persuasão racional. Os princípios nutrem a chamada norma fundamental. Essa norma é criada em decorrência de um conjunto factual que revela valores relevantes para todo o sistema jurídico. O atendimento à norma fundamental é condição de validade sobre todas as normas que compartilham do mesmo sistema jurídico.

Humberto Ávila⁴³, em estudo sobre o tema, trata de diferenciar texto de norma, de modo que “texto” seria o dispositivo, o objeto a ser interpretado, enquanto norma seria o resultado dessa interpretação. Daí a razão de se afirmar que pode existir texto sem norma e norma sem texto⁴⁴.

Também existe a possibilidade de um único dispositivo levar à diversas normas graças a sua amplitude interpretativa. Os princípios indicam uma diretriz a ser seguida. A finalidade dos princípios não é a elaboração de dispositivos normativos, mas sim conceder um leque interpretativo para as normas. Essa múltipla possibilidade interpretativa se dá com base em conexões valorativas e teleológicas que tenham o objetivo de revelar a finalidade do princípio. Diante do caso concreto, é possível que um princípio se revele como regra, graças à interpretação que lhe for dispensada.⁴⁵

Os princípios devem ser encarados sob a ótica da realidade social e jurídica à qual eles estão ligados. No que diz respeito à realidade brasileira, foram incorporados à Constituição de 1967 os Atos Institucionais e a Lei de Imprensa, que instituiu a censura e o controle dos meios de comunicação pelo governo. Tais características se justificam pela vigência do regime militar, um contexto de grande instabilidade social. Dessa forma, por conta de escolha política, a segurança pública prevalecia em detrimento de outros direitos.⁴⁶

Com o advento da Constituição Federal de 1988 uma nova ordem foi inaugurada. A Carta trazia uma série de princípios e direitos fundamentais em seu art. 5º que vieram a representar uma grande barreira contra o arbítrio estatal que reinava no

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30-42.

⁴⁴ Cita como exemplo de texto sem norma o enunciado constitucional que evoca a “proteção de Deus” e como norma sem texto o princípio da segurança jurídica e da certeza do direito.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, 2009, *loc. cit.*

⁴⁶ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 544.

regime militar. Por conta disso, a CF/88 veio a ser apelidada de “Constituição Cidadã”.⁴⁷

Pelo exposto, verifica-se que os princípios, diferente das normas, possuem caráter volátil, modificando-se mais facilmente. Os princípios refletem os valores da sociedade dentro do ordenamento jurídico. A CF/88 trouxe uma nova forma de interpretação para o direito no Brasil, atingindo outros diplomas normativos como o CPP.

Dentro do processo penal isso pode ser vislumbrado na divergência doutrinária existente acerca do sistema processual penal adotado pelo Brasil. Dessa forma, partindo-se de um CPP composto de normas inquisitivas, a CF funcionaria como um vetor interpretativo na aplicação das normas processuais penais, haja vista que a realidade e os valores da atualidade não são mais compatíveis com aqueles de influência fascista trazidos na redação original do CPP. A partir dessa nova ordem constitucional alguns princípios passaram a influenciar diretamente o CPP e por isso se faz necessário analisar especificamente os principais princípios relacionados à atividade probatória no processo penal.

2.2.1. Presunção de inocência

O primeiro princípio a que se faz necessário tratar é o da presunção de inocência. Trata-se de um dos princípios mais importantes dentre os ligados à atividade probatória. O núcleo desse princípio consiste na preservação da condição de inocente do indivíduo até que hajam provas suficientes para alterar essa condição.

O surgimento do princípio da presunção de inocência, remonta ao período iluminista, servindo como forma de frear o modelo de processo penal inquisitório. Nesse período, o acusado não possuía garantias e o arbítrio estatal era intenso, graças à presunção de culpa que recaía sobre acusado. O panorama só veio a se alterar com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando,

⁴⁷ *Ibidem*, p. 564.

por definição do seu art. 9º⁴⁸, a regra passa a ser a presunção de inocência e não mais a da culpabilidade. Isso deixa claro que, a partir desse momento, o Processo Penal começou a ser influenciado pelo sistema acusatório. No Brasil, a primeira positivação do princípio da presunção de inocência se deu em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁴⁹

O princípio é objeto de crítica quanto à terminologia empregada, pelo entendimento de que não se pode presumir a inocência do acusado, assim como não se pode presumir a sua culpabilidade, conforme interpretação exegética do art. 5º, LVII da CF, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ou seja, da mesma forma que a CF diz que o réu não pode ser considerado culpado, em nenhum momento se estabelece que o réu seja presumidamente inocente. O juiz, ao se debruçar sobre as provas, é que realizará a verdadeira presunção de culpabilidade ou de inocência, esta que seria uma presunção *juris tantum*, passível de ser derrubada em sede recursal.⁵⁰

A presunção de inocência possuiria três limites: a reserva da jurisdição penal, onde o acusado só passaria a ter um tratamento mais gravoso após o trânsito em julgado; a existência de prova segura e indubitosa capaz de gerar uma certeza no juiz para a condenação e, por fim, uma forma de tratamento que garanta ao acusado não sofrer nenhuma medida que possa leva-lo a uma condição equiparada de culpado. Somente após o devido processo é que essa condição poderia ser alterada.⁵¹

O princípio da presunção de inocência deve ser encarado como um dever de tratamento dentro de uma ótica processual interna e externa. No caráter interno, o juiz deveria tratar o réu como inocente até que o acusador se desincumbisse do ônus probante e derrubasse a presunção de inocência. Para agir neste sentido o juiz deveria utilizar as medidas cautelares de uma forma razoável, sem cometer excessos. Já sob a ótica externa, o que se deve ter em mente é evitar a abusividade

⁴⁸ Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

⁴⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23-24.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 24-25.

⁵¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência: princípio e garantias. *In: Estudos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 131.

de publicidade sobre o processo de modo a estigmatizar o acusado perante a sociedade.⁵²

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho⁵³, o princípio da presunção de inocência deve ser encarado do ponto de vista ideológico como uma resposta ao modelo inquisitorial vigente na Constituição de 1967. A razão desse princípio é a de proteger a liberdade dos sujeitos em face do risco de arbitrariedade do Estado. Dessa forma, para que um indivíduo passasse a ser considerado culpado, seria necessária a instauração de um processo jurisdicional que tivesse como ato final a sua condenação. Até que isso ocorresse o tratamento dispensado ao acusado não poderia ser outro diverso do de inocente.

Atento à necessidade dessas limitações, Nestor Távora⁵⁴ relata que a Lei 12.403/2011, ao reformar o art. 283 do CPP, restringiu o campo de alcance das medidas cautelares, estabelecendo o seguinte:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

O referido dispositivo veio a ser objeto de recente crítica doutrinária com o julgamento do HC 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, que alterou o seu entendimento sobre a matéria, possibilitando que o réu inicie a execução da pena antes do trânsito em julgado.

As razões sustentadas pelo Ministro Relator Teori Zavascki⁵⁵, basearam-se numa constatação estatística visualizada dentro dos tribunais brasileiros, onde raríssimos recursos eram providos ao serem apreciados pelo STF. Por essa razão, passou-se a entender que a partir da decisão em segunda instância, não seria absurdo dispensar ao acusado um tratamento mais gravoso, tendo em vista a alta probabilidade de condenação e a necessidade de assegurar a efetividade da justiça.

⁵² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 363-364.

⁵³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência: princípio e garantias. *In: Estudos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 142.

⁵⁴ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, p. 71-72.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC 313.021 do STJ. Relator: Min. Teori Zavascki. DJ 17 mai. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

A crítica da doutrina, em especial de Lênio Luiz Streck⁵⁶ e Aury Lopes Jr.⁵⁷, indica que resultado do referido julgado promove clara violação ao princípio da presunção de inocência ao permitir que a execução da pena se inicie antes da condenação definitiva. Somente o trânsito em julgado, com a conseqüente imutabilidade da decisão, seria apto para a alteração da condição do réu de inocente para culpado e isso necessitaria de tempo, não podendo o Estado suprimir direitos e garantias individuais para evitar o sentimento de impunidade na sociedade. Além disso, em nenhum momento foi examinada a constitucionalidade do art. 283 do CPP no voto, o que, entendem os autores, se tratar de uma decisão ativista por parte do STF.

O plenário do STF decidiu, em 5 de outubro de 2016, por seis votos a cinco, a manutenção da execução provisória da pena.⁵⁸

O princípio da presunção de inocência reflete um estado natural das pessoas que só pode ser modificado mediante devido processo. Permitir a flexibilização dessa regra de imediato poderia abrir a porta para uma série de abusos por se tratar de uma questão que envolve grande subjetivismo por parte do juiz.

Por essa razão, revela-se mais adequado o enfoque do princípio como um dever de tratamento. O sujeito deve continuar sendo tratado como inocente até que a acusação se desincumba do ônus de provar a existência de elementos que ensejem um tratamento diverso. Somente depois disso é que o juiz poderia dispensar tratamento mais gravoso ao acusado.

2.2.2. O ônus da prova e o *in dubio pro reo*

⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em 22 abr. 2016.

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754&caixaBusca=N>>. Acesso em: 15 out. 2016.

No processo penal é importante se determinar a incumbência do ônus de provar e os efeitos do seu cumprimento e as consequências do descumprimento. Nesse sentido, Gustavo Badaró⁵⁹ ensina que tanto nas relações de direito material quanto nas relações de direito processual o sujeito pode se encontrar em posições ativas, onde existe uma vantagem para o seu titular ou negativas, onde existe sujeição ao direito de outrem. O conceito ônus se aproxima da ideia de faculdade, que engloba o poder e a liberdade. Dessa forma, o ônus traz consigo uma chance de aquele que o detém colocar-se em posição de vantagem no processo. Para tanto, deve ser exercitada uma faculdade. Essa faculdade seria o poder de escolha do titular do ônus entre se colocar ou não nessa posição de vantagem. O ônus seria, portanto, uma posição ativa, porque não há como se exigir o cumprimento da faculdade pelo seu titular: cabe a ele decidir.

O ônus da prova também é aplicado como regra de julgamento. No curso do processo, autor, réu e juiz têm iniciativa probatória. As provas produzidas servirão para formar a convicção do magistrado, contudo, é possível que mesmo após toda a dilação probatória o julgador não chegue a uma conclusão precisa a respeito dos fatos. Nesse caso, o ônus da prova é utilizado como uma forma de decidir de acordo com aquilo que se tem disponível, o que fatalmente leva a uma decisão desfavorável à parte que não se desincumbiu do ônus de provar suas alegações.⁶⁰

Cabe à acusação (Ministério Público ou querelante) o ônus da prova da existência do fato delituoso. Contudo, nem sempre será possível, nas alegações da acusação, indicar elementos suficientes para comprovar a tipicidade, ilicitude e culpabilidade, o que enseja, em alguns casos, o exercício de presunções legais (absolutas ou relativas).⁶¹

O primeiro requisito a se observar é que a ilicitude e a tipicidade não são matérias de prova. Tanto a ilicitude quanto a tipicidade são questões valorativas, onde as provas não devem versar sobre a materialidade desses requisitos, ou seja, se eles existiram ou não, mas sim indicar ao juiz, que é o destinatário da prova, para que se promova uma valoração no sentido da sua existência. Por essa razão é que o dolo, o

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 167-173.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 178-181.

⁶¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 334-335.

elemento subjetivo do tipo penal só pode ser caracterizado por uma análise global de todas as circunstâncias que circundam o caso. O CPP chama isso de indício, por ser uma circunstância que se relaciona diretamente com o fato e, se provada, autoriza a dedução da ocorrência do fato correlato. Por essa razão, em suma, caberia à acusação o ônus da demonstração da materialidade do fato e da autoria, conforme preceitua o art. 156 do CPP, ao dispor que “ prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.⁶²

Na lição de Nestor Távora⁶³, o ônus da prova deve ser interpretado com base no princípio da presunção de inocência. Desse modo, uma vez que a acusação, que tem o ônus de provar, não se desincumbe, não há outra solução senão a absolvição do acusado pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

O princípio do *in dubio pro reo* decorre do princípio do *favor rei*, que consiste na opção, diante de conflitos normativos, pela solução que atenda ao *jus libertatis* do acusado. Logo, dentro da atividade probatória, se não existirem provas suficientes para obter a condenação, não poderá ser outra a decisão do juiz senão a de absolvição, que é uma decisão favorável ao acusado, ainda que isso represente o risco de se colocar um culpado nas ruas. É isso que consta no art. 386, VI, do CPP.⁶⁴

Discute-se ainda a parcialidade do Ministério Público no bojo do processo penal. Parte da doutrina entende que o órgão não desempenha parcialidade no processo penal, uma vez que age tão somente em busca da verdade material. Por outro lado, diante da necessidade do contraditório para que se chegue a uma decisão mais justa no processo, outra parcela da doutrina entende que o MP atua com parcialidade, reunindo elementos que levem à condenação do acusado pela valoração do juiz na prolação da sentença. Somente essa triangulação garantiria a dialética processual. O ônus da prova evidencia a parcialidade da parte. Logo, se o MP possui ônus probatório, ele é parte no processo.⁶⁵

Ainda a respeito da parcialidade do Ministério Público no Processo Penal, discute-se se o órgão teria um ônus ou dever de provar. Para os que defendem a

⁶² PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 335-336.

⁶³ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, p. 642-643.

⁶⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 35.

⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 207-224.

imparcialidade do MP no processo penal, não haveria que se falar em ônus, mas sim num dever processual. Logo, sendo a atuação do Ministério Público imparcial, as provas a serem juntadas pelo órgão não se limitariam àquelas condenatórias, mas também àquelas que poderiam levar a absolvição do acusado. Na prática, esse dever seria um dever fictício, haja vista que, atuando de forma imparcial, o MP acabaria numa posição de conforto, onde não haveria como imputar-lhe qualquer sanção processual ou administrativa, já que não estaria representando qualquer dos polos da relação processual. Contudo, por outro lado, caso se considere que o MP atua de modo parcial, entende-se que o *parquet* possui um ônus e não um dever de provar, de modo a atuar exclusivamente na intenção condenatória do acusado. Se o Ministério Público atua de forma parcial e não consegue se desincumbir do ônus probatório sofrerá a consequência da sucumbência processual.⁶⁶

Em relação ao acusado, não há que se falar em ônus probatório, em que pese o ato de se defender possa coloca-lo numa posição mais favorável no processo, é a acusação que deve trazer os elementos para a condenação, haja vista que a dúvida tem por efeito a absolvição.⁶⁷

Uma ressalva sobre o ônus da prova merece ser feita no tocante à questão da alegação de excludente de ilicitude pelo acusado. Nesse caso, conforme entendimento jurisprudencial, pode ser aplicada a primeira parte do art. 156 do CPP (“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”), já que, por a excludente de ilicitude ser uma alegação do acusado, a ele caberá a prova.⁶⁸

Tal entendimento pode ser visualizado na jurisprudência do STJ, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Especial 871739/PE⁶⁹, quando, em trecho da ementa, decide que “De igual modo, cabe à defesa provar sua tese de excludente de ilicitude e/ou de culpabilidade”.

No caso do querelante, que atua no processo penal nos caso de ação penal privada, logo, por meio de conveniência e oportunidade, não existe um comprometimento

⁶⁶ *Ibidem*, p. 226-227.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 230-235.

⁶⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 336.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 871.739/PE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Amaury da Silva Pinto e Artur Montenegro da Silva Rego. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 9 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4440000&num_registro=200601535332&data=20081209&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 23 abr. 2016.

com a busca da verdade, mas sim na busca por provas que condenem o acusado. O ônus probatório é do querelante. Ao ofendido nas ações penais privadas também é facultada a desistência da ação, o que leva o réu à absolvição automática. Nas ações em que figura o MP, mesmo sendo requerida a absolvição, esse ato terá caráter meramente opinativo, podendo o juiz condenar o réu, conforme dispõe o art. 385 do CPP.⁷⁰

Muito se questiona a respeito da constitucionalidade desse dispositivo, sobretudo por conta de que se o juiz passasse a condenar um acusado sem uma lide no processo, isto é, quando o próprio MP, que é o titular da ação, decide opinar pela absolvição do acusado, haveria o retrocesso ao juiz inquisidor, que atuaria de ofício, condenando sem acusação.⁷¹

Quanto ao juiz, este não tem ônus probatório, mas sim poderes instrutórios. É completamente aceitável que numa situação complexa ou então pela própria ausência de provas no processo, o juiz não chegue a uma conclusão concreta sobre o caso. Diante disso, é garantida ao magistrado a determinação da produção de prova, haja vista que a decisão do juiz se limita à apreciação daquilo que foi produzido no processo na prolação da sentença. A produção de prova pelo magistrado serviria também como uma forma de suprir a omissão probatória das partes.⁷²

A acusação possui a obrigação de se desincumbir do ônus da prova para que possa ser colocada numa posição de vantagem no processo. A parcialidade do Ministério Público deve ser reconhecida na medida em que, quando atua no processo, existe uma pretensão acusatória por parte do órgão, que é a de juntar elementos que se revelem aptos a levar o acusado à condenação. Com efeito, não parece adequado dizer que o MP atua visando somente a defesa da lei e a busca da verdade material, mas sim que atua de forma parcial, pois existe um ônus probatório do qual é necessário se desincumbir para obter um resultado favorável no processo, sob pena de sucumbência caso não consiga fazê-lo.

⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 235-236.

⁷¹ LOPES JR., Aury. **Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?** Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvição>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. cit.*, 2003, p. 195-199.

É importante ressaltar que essa parcialidade do MP é diferente da parcialidade do querelante. O querelante atua movido por paixões, o que leva a crer que ele vai permanecer litigando no processo até o fim. A parcialidade do MP é institucional, ou seja, se limita a cumprir com a sua obrigação de definida no art. 127 da CF. Atuar movido por paixões extrapolaria essa atribuição. Diante disso, uma vez verificado que, no caso concreto, a inocência se mostre iminente, o MP pode pugnar pela absolvição do réu.

O ônus da prova funciona como regra de julgamento quando determina uma decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu de provar. Revela-se adequada a adoção desse método por conta do princípio da presunção de inocência. Logo, no estado natural, todos os sujeitos são inocentes e assim devem ser tratados, salvo se a parte que alegar a culpabilidade do imputado prová-la. O princípio do *in dubio pro reo* é um exemplo claro dessa regra de julgamento do ônus da prova, uma vez que, havendo dúvida, não há razão para que se reconheça a culpabilidade do indivíduo, devendo este permanecer no seu estado natural de inocente. Dessa forma, se não for possível provar a culpa do sujeito dentro do processo de nada valerá a opinião pública, por pior que seja, sobre o acusado, devendo prevalecer o seu tratamento como de inocente. Tal princípio se relaciona com o tema do presente trabalho, conforme se verá adiante, na medida em que a presunção de inocência é um dos argumentos autorizativos à possibilidade do uso de provas ilícitas em favor do réu.

2.2.3. Contraditório

O contraditório corresponde à dialética processual que possibilita que todas as partes ouçam e sejam ouvidas no processo. Trata-se de um direito de informação e de manifestação. Segundo José Souto Maior Borges⁷³, trata-se de um processo de argumentação retórica que possibilita o diálogo *audiatur et altera pars*, evitando o monólogo processual.

O princípio concede a ambas as partes o direito de se manifestar sobre todos os atos do processo, dentre eles a apresentação de provas. A exceção ao contraditório

⁷³ BORGES, José Souto Maior. **O Contraditório no processo judicial**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 49-50.

ocorre nos casos de alegação de questão de direito (abolitio criminis, por exemplo), onde o juiz não tem a necessidade de ouvir a parte contrária, bastando que passe a aplicar a lei ao caso concreto.⁷⁴

Não se trata somente do direito de se manifestar, mas também de influir nas decisões. Ocorre a relativização do princípio do contraditório no que se chama contraditório diferido (ou postergado), que consiste na manifestação das partes posteriormente à produção da prova. O contraditório diferido ou postergado tem o fito de evitar que a prova específica se perca.⁷⁵

O art. 5º, LV da CF assegura que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Essa disposição é objeto de divergência na doutrina.

Paulo Rangel⁷⁶ afirma que essa previsão constitucional reflete o sistema acusatório, onde as partes estão em posição de igualdade na relação processual, desse modo, não haveria problema em se utilizar das provas obtidas na investigação na formação do convencimento do magistrado.

Parte da doutrina defende que tais atos não poderão ser utilizados na formação do convencimento do juiz, pois possuem caráter inquisitivo, o que é rechaçado pela CF. Por conta da não obrigatoriedade na observância do contraditório, os atos investigativos possuem somente o cunho informativo. Para que as provas obtidas decorrentes dos atos investigativos possam ser valoradas na sentença elas devem ser repetidas, isto é, devem ser renovadas com o atendimento do contraditório.⁷⁷

Em alguns casos, entretanto, é possível que a prova tenha que ser produzida imediatamente, pois há o risco da impossibilidade de repetição. É o que se chama de prova antecipada. Esse tipo de prova está previsto no art. 156, I do CPP quando dispõe que é facultado ao juiz “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”. Também há previsão

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 37-38.

⁷⁵ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, p. 75-76.

⁷⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

⁷⁷ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jackobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 322-326.

parcial no art. 225 do Código de Processo Penal, quando permite a tomada antecipada de testemunho se houver receio de que, ao tempo da instrução, essa prova não possa mais ser obtida e também no art. 366 do CPP, ao permitir, quando o acusado for citado e não comparecer, que o magistrado antecipe a produção de provas consideradas urgentes. Trata-se então de uma medida excepcional, que só pode ser valorada em sentença se houver exercício do contraditório na sua produção.⁷⁸

A constitucionalidade de tal dispositivo também vem sendo contestada em razão da permissão concedida para que o juiz adote uma postura acusatória no processo, isto é, o próprio magistrado antecipa a produção das provas que vai usar para fundamentar uma condenação, sendo que tais provas sequer passam pelo contraditório em razão da produção antecipada. Tais características revelam-se incompatíveis com o sistema acusatório e com a impessoalidade do juiz.⁷⁹

Atenta-se para mais duas situações de efetivação do princípio do contraditório. A primeira delas está regulada pelo STF na Súmula 707, que determina que “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo”.

Trata-se da indispensabilidade da citação do acusado, justificada pelo fato de que a existência de um processo justo só é possível com a ciência de seus integrantes da existência da demanda. A segunda situação é a necessidade de uma manifestação eficaz de ambas as partes no processo. Para tanto, é obrigatória a assistência do acusado por advogado, conforme a letra do legislador no art. 261 do CPP.⁸⁰

Por derradeiro, vale expor a crítica de Bruno Tadeu Buonicore e Yuri Felix⁸¹ numa correlação entre contraditório e velocidade. O contraditório é um princípio que necessita de tempo para se maturar, haja vista o seu caráter dialético. A pressa excessiva compromete a formação da dialética processual, sujeitando o processo a maus julgamentos decorrentes de más convicções.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 326-328.

⁷⁹ ARAÚJO, William Fernandes. **A Inconstitucionalidade do Artigo 156 do Código de Processo Penal: uma Ferida Aberta no Sistema Acusatório**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16992>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 13-15.

⁸¹ BUONICORE, Bruno Tadeu; FELIX, Yuri. Contraditório e velocidade: Desafios do Processo Penal democrático na sociedade complexa. **Revista dos Tribunais**. Ano 103. vol.945. jul., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 267-272.

O contraditório seria então um princípio que tem por objeto a promoção da dialética em detrimento do monólogo. A dialética resta consubstanciada pela participação de ambas as partes, não somente tomando ciência dos atos do processo, mas também participando ativamente e influenciando na convicção do magistrado.

O que se não se pode confundir é a duração razoável do processo com impunidade. São coisas distintas. O contraditório necessita de tempo para se maturar, as provas precisam ser apresentadas, analisadas pela parte contrária e pelo juiz, para somente depois disso ser possível se estabelecer qualquer juízo de valor sobre elas. Isso leva tempo e, a depender da complexidade da prova, esse tempo pode ser longo, mas não deve ser confundido com impunidade. É necessário que o juiz aprecie corretamente a prova para que promova decisões mais justas. A pressa no julgamento pode levar a decisões errôneas e a supressões de direitos. Logicamente, também não se pode confundir duração razoável com leviandade, não sendo possível que a prova venha a demorar mais tempo do que o necessário para a sua apreciação e maturação.

O contraditório diferido é algo necessário para o bom andamento do processo e para um melhor julgamento. Em que pese o contraditório seja mitigado num primeiro momento quando se trata de prova antecipada, a perda da prova poderia significar algo muito mais gravoso para o processo. Desse modo, revela-se adequado que, quando possível, o juiz autorize esse tipo de mitigação ao contraditório, sobretudo pelo fato de estar ele engajado com o melhor julgamento para o processo e não com o interesse das partes.

O princípio do contraditório tem o fito de possibilitar que ambas as partes participem ativamente do processo, tal participação implica também na produção de provas. Às partes não pode ser negado o direito à prova. Em regra, as partes devem se valer de provas lícitas, contudo, no decorrer do trabalho, se discutirá se, em determinados casos, a parte poderia se valer ou não de provas ilicitamente obtidas no exercício do contraditório.

2.2.4. Ampla defesa

A ampla defesa é uma obrigação estatal de proporcionar ao cidadão a mais ampla defesa (art. 5º, LV da CF). A doutrina divide a ampla defesa em defesa pessoal e técnica. Além disso, também é consequência da ampla defesa a prestação de assistência judiciária gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV da CF).

A defesa técnica seria a defesa realizada por um profissional de direito dotado de conhecimento técnico, trata-se de advogado ou defensor. A necessidade de garantir ao acusado essa defesa é a de igualar a participação das partes no processo, já que, sem a assistência do advogado, o acusado estaria numa situação de hipossuficiência processual, logo, não poderia se defender adequadamente por lhe faltar conhecimento jurídico. O próprio princípio do contraditório só estaria assegurado por meio da ampla defesa.⁸²

Seria obrigatória por representar um interesse coletivo na apuração do fato. Além disso, como forma de efetivação da ampla defesa, o Estado criou as Defensorias Públicas, previstas no art. 134 da CF, que são instituições estruturadas que proporcionam a assistência judiciária gratuita aos necessitados.⁸³

Ao lado da defesa técnica tem-se a defesa pessoal, que é aquela realizada pelo próprio imputado, sem assistência de advogado. A defesa pessoal, ao contrário da defesa técnica, fica sob critério de conveniência do imputado, que pode permanecer inerte ou silente. No caso de ausência de defesa técnica, conforme a súmula 523 do STF, haverá causa de nulidade do processo.⁸⁴

Existe também a chamada investigação defensiva, que consiste num complexo de atividades de natureza investigativa desenvolvidas em qualquer fase da persecução criminal. Pode funcionar tanto como defesa técnica quanto defesa pessoal. Trata-se de uma reação do acusado contra a investigação da qual é objeto, de modo que poderá ele, individualmente ou com o auxílio de advogados e profissionais de outras áreas que tenham conhecimento técnico aplicável ao caso, reunir elementos probatórios aptos a contestar as informações derivadas dos atos investigativos. Trata-se, portanto, de um direito que, em última instância, visa proteger a liberdade

⁸² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

⁸³ *Ibidem*, p. 97.

⁸⁴ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, p. 77.

individual do indivíduo, que, a depender do resultado da investigação, pode ser alvo de uma prisão cautelar, por exemplo.⁸⁵

Eugênio Pacelli⁸⁶ diferencia a ampla defesa do contraditório. Para o autor, o contraditório limita-se a garantir a manifestação do acusado no processo, enquanto que a ampla defesa garante uma participação efetiva. A não observância do princípio da ampla defesa é capaz de gerar a nulidade do processo.

Para que se concretize o princípio da ampla defesa é necessário que haja uma defesa minimamente eficaz e comprometida com o caso. Uma defesa grosseira, sem o devido zelo com a questão, possibilita a nulidade do processo, haja vista que, pela importância dos interesses que estão em jogo dentro do processo penal, tal ato pode ser considerado como ausência de defesa. Com efeito, o princípio da ampla defesa possui caráter tão amplo que, em casos extremos, até mesmo a prova ilícita pode ser utilizada em benefício do réu como forma de defesa.⁸⁷

A ampla defesa tem por função primordial possibilitar que o réu se defenda dos argumentos trazidos pela acusação que colocam em risco a sua inocência. Tendo em vista que a acusação, especialmente quando representada pelo MP, possui muito mais condição técnica para atuar no processo, nada mais adequado do que o Estado possibilitar que o imputado tenha a mesma oportunidade. Para isso oferece aos necessitados, sem condições de pagar advogado particular, um defensor público ou um advogado dativo. Esses profissionais vão equilibrar, pelo menos em termos técnicos, a relação processual. Trata-se também de uma forma de garantir uma igualdade material, dentro do processo, ao acusado.

O princípio da ampla defesa possui grande relevância para os defensores da possibilidade da prova ilícita, sobretudo em favor do réu, haja vista que é por meio dele que se sustenta-se a permissibilidade, ao acusado, do uso das provas ilicitamente obtidas como forma de exercício de defesa.

2.2.5. Comunhão da prova

⁸⁵ BALDAN, Edson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.64, jan./fev. 2007. a.15, p. 269-270.

⁸⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 45-46.

Na lição de Paulo Rangel⁸⁸, o princípio da comunhão da prova determina que a prova produzida, independente da iniciativa probatória, passa a pertencer ao processo. Toda a razão de ser do processo vislumbra uma aproximação da verdade. Para tanto, em que pese as partes atuem de forma parcial na iniciativa probatória, as provas produzidas destacam-se da esfera individual dos litigantes e passam a fazer parte do processo, ainda que isso imponha uma situação desfavorável àquele que produziu a prova. Cita-se, criticando, um exemplo onde mesmo que a parte desista de ouvir uma testemunha por entender que naquele depoimento há o risco de imposição de uma situação desfavorável, pode o juiz, que detém poderes instrutórios, requerer a oitiva, mesmo contra a vontade das partes.

Na visão de Daniel Amorim Assumpção Neves⁸⁹, trata-se de um princípio que retira a identidade subjetiva da prova, quando do seu deferimento e sua comunhão ao processo possibilita ao juiz se aproximar do ideal de verdade. Ressalta-se que, a partir da admissão da prova, a regra de julgamento do ônus perde o sentido, porque a prova passa a pertencer ao processo e não mais àquele que a produziu.

Para Nestor Távora⁹⁰, a aplicação prática do princípio da comunhão da prova recairia sobre a omissão legislativa do art. 401 §2º do CPP, que determina que “a parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código.” permitindo que não somente o magistrado tenha o poder de ouvir o depoimento da testemunha excluída como também a parte contrária.

Não se pode negar a importância do princípio da comunhão da prova para o melhor julgamento do processo, isento de vícios e subjetivismos. Todavia, isso precisa ser analisado no caso concreto. É preciso que se defina em que momento, de fato ocorreu a comunhão da prova ao processo, se com a mera petição ou com a efetiva concretização. Isso é relevante especialmente em relação à parte que requer a prova, pois pode ser que toda uma estratégia processual seja comprometida por uma má aplicação dessa regra ou por má-fé processual.

⁸⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 458.

⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da Comunhão da Prova. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2005, v.31, p. 20-33.

⁹⁰ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 651.

A título exemplificativo, essa situação pode ser visualizada num pedido de prova testemunhal pela defesa, onde, por um motivo relevante para suas estratégias no processo, desiste da oitiva e ainda assim o juiz ou a acusação exigem o depoimento. Parece razoável que nesse caso, em razão da prova ainda não ter sido produzida, dever ser exigida uma fundamentação tanto da acusação quanto do magistrado para que ocorra a oitiva da testemunha, sob pena de configuração de má-fé processual. O mesmo já não poderia se dizer dos casos em que a oitiva já foi realizada, quando a prova, de fato, perde o seu caráter subjetivo e passa a integrar ao processo como um todo.

A comunhão da prova é um princípio relevante na medida em que impede que a prova seja utilizada somente por quem dela poderia se beneficiar. Como o ideal do Processo Penal seria a aproximação da verdade material, condicionar as provas juntadas aos autos a serem utilizadas somente em benefício de uma parte ou de outra seria caminhar em sentido completamente oposto a esse objetivo de elucidação dos fatos e convencimento do juiz. Por conta disso, é adequado que aquele que junte a prova aos autos se sujeite a todos os ônus e bônus que dela decorram.

2.2.6. Identidade física do juiz

O princípio da identidade física do juiz positivou-se no ordenamento brasileiro a partir da reforma da Lei 11.719/08 sobre o CPP. Consiste na vinculação do magistrado que presidiu a instrução ao julgamento do caso, conforme art. 399, §2º do CPP.

Trata-se de uma ramificação do princípio do juiz natural. Trata-se de uma garantia de julgamento por um dos juízes que compõem um órgão jurisdicionalmente competente. O princípio da identidade física do juiz seria a especificação de um desses juízes que compõem o órgão jurisdicional competente para o julgamento do caso. Tanto o órgão quanto o juiz especificado devem ser isentos para que possam

julgar o caso. Contudo, diante da diversidade de ideologias, inerentes a própria condição humana, deve se ter alguns cuidados, sobretudo com a possibilidade de essas ideologias afetarem a imparcialidade do juiz fisicamente identificado com a causa. Por conta disso, para a determinação da identidade física do juiz deve existir uma determinação legal para o procedimento de designação e a garantia da imparcialidade e da independência do juiz.⁹¹

A vantagem do princípio é a de vincular ao caso aquele juiz que tem melhores condições de se aproximar do ideal de verdade, já que o magistrado que presidiu a instrução manteve contato mais próximo com as provas e conhece as peculiaridades do caso. O princípio pode ser mitigado no caso de oitiva por carta precatória, onde, devido às dimensões continentais do Brasil, possibilita-se à parte ser ouvida por outro juiz, sem que isso prejudique o andamento do processo.⁹²

A desvantagem fica por conta da possibilidade de contaminação do magistrado, que pode vir a obstar um julgamento isento. O juiz pode se contaminar por elementos externos ou internos ao processo. A contaminação do juiz será externa quando decorrer de suas próprias vivências pessoais e preconceitos. Já a contaminação interna é aquela que é fruto do próprio processo, especialmente quando é mantido o contato com provas ilícitas.⁹³

Em relação a essa chance de contaminação, a doutrina critica o veto da Lei 11.690/08 ao §4º do art. 157 do CPP que determinava o afastamento do juiz que tivesse contato com a prova ilícita. Dessa forma, deu-se margem para o ingresso das provas ilícitas no processos penal, uma vez que a manutenção do juiz pode acarretar na influência das provas ilícitas sobre o seu julgamento. Diante da realidade jurídica atual em torno da questão, o mais adequado seria manter a relativização do princípio da identidade física do juiz, como antes do veto, para garantir a isenção do julgamento. Essa questão será retomada no capítulo referente às provas ilícitas.⁹⁴

⁹¹ BADARÓ, Gustavo. A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador. *In*: ESTELLITA, Heloisa; ARAÚJO, Maria Pinhão Coelho (Coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.112. jan./fev. 2015, p. 172-180.

⁹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 622.

⁹³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 379.

⁹⁴ SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de

A identidade física do juiz é um princípio que permite que aquele que melhor conheça a causa a julgue. Todavia, em que pese seja esse juiz, idealmente, a pessoa mais preparada para o julgamento, pode ser que em alguns casos esse princípio precise ser relativizado. São os casos em que existe o contato com provas ilícitas. A crítica da doutrina nesse ponto se revela pertinente e o afastamento do magistrado que teve contato com tais provas é a medida mais adequada a ser tomada, haja vista que as provas ilícitas podem acabar sendo utilizadas na fundamentação das decisões ainda que indiretamente. Permitir a manutenção do juiz potencialmente contaminado em nome de uma celeridade processual pode colocar em risco o direito fundamental a um julgamento imparcial.

2.2.7. Livre convencimento motivado

Conforme visto no tópico referente aos sistemas de avaliação da prova, o livre convencimento motivado, ou persuasão racional, é o modelo adotado pelo Brasil para o exame das provas pelo magistrado, trata-se também de um princípio limitador da atividade do julgador sobre as provas. Convém, agora, aprofundá-lo.

O livre convencimento motivado ou persuasão racional consiste na concessão ao juiz de ampla liberdade de julgamento, mas essa liberdade fica condicionada a um exercício de racionalidade que se reflete na fundamentação da sentença, onde o juiz deve demonstrar que conheceu o caso e, com base nos elementos probatórios postos no processo, ficou convencido desta ou daquela maneira, e, com base nessa fundamentação, julgou o caso.

Nessa empreitada não se pode exigir que o juiz seja neutro. A neutralidade do julgador é um mito, uma utopia. No próprio ato de julgar o magistrado aplica suas vivências pessoais ao caso e decide conforme aquilo que acha ser justo. A missão do magistrado consiste em expor uma argumentação razoável na sentença,

justificando a plausibilidade do seu ponto de vista para o convencimento das partes.⁹⁵

No processo penal busca-se a verdade real e, por conta disso, o interesse do julgamento não fica adstrito somente às partes, mas também ao magistrado. Ressalte-se que o interesse do magistrado consiste em um julgamento justo, independente das consequências que a decisão traga para as partes. A sociedade também anseia pelo julgamento e, por conta do princípio da publicidade, tem o direito de saber de que forma o direito vem sendo aplicado, o que serve para avaliar se a decisão foi justa ou não, além de garantir o controle da segurança jurídica.

O juiz possui iniciativa probatória em qualquer momento do processo penal. Isso pode ser vislumbrado no caso das chamadas testemunhas de juízo, que seriam aquelas que, mesmo não arroladas pelas partes, seriam interrogadas por iniciativa do julgador. Seria uma forma de o juiz não ficar adstrito somente às provas produzidas pelas partes.⁹⁶

Questiona-se se essa iniciativa probatória do juiz não mitigaria o princípio do *in dubio pro reo*, uma vez que, a partir de uma postura ativa do juiz, as chances de dúvida no processo poderiam ser reduzidas. Neste caso, a resposta é negativa. O convencimento não possui um caráter maniqueísta, onde só haja a possibilidade de condenação ou absolvição. É possível também que o resultado da convicção seja a dúvida. A prova de iniciativa do juiz pode aflorar ainda mais essa dúvida, o que levaria, inevitavelmente à absolvição do réu. Por isso, não se pode falar que existe um prejuízo concreto criado pelo juiz em detrimento da parte quando da efetivação dos poderes instrutórios.⁹⁷

O que se deve ter em mente é que todo esse procedimento probatório capitaneado pelo juiz deve ser limitado pela imparcialidade. Conforme visto, não se pode exigir neutralidade por parte do juiz, mas quanto a imparcialidade não se pode dizer o mesmo. A imparcialidade deve ser exigida de modo a limitar que o juiz não tenha interesse na causa e não atue em benefício desta ou daquela parte, o tratamento de

⁹⁵ FLORES, Marcelo Marcante. POTTER, Raccius. A motivação da decisão judicial: O mito da neutralidade e a influência dos discursos punitivistas no modo de pensar dos magistrados brasileiros. *In: Revista de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: IOB. dez./jan. 2010, v.59, p. 61-64.

⁹⁶ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação dos juízes brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.126-127.

⁹⁷ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação dos juízes brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 129-130.

ambas deve ser igualitário. Por conta disso afirma, categoricamente, Rodrigo de Grandis⁹⁸, que “o juiz não tem – e jamais pode ter – compromisso com a luta contra o crime!”.

O livre convencimento motivado exige fundamentação e uma decisão não fundamentada está eivada de nulidade. A fundamentação deve levar em consideração a dialética, o contraditório e deve corresponder àquilo que consta nos autos. Todos os pontos controvertidos devem ser examinados, sob risco de configuração de decisão incompleta.⁹⁹

Diante disso, percebe-se que o livre convencimento é um princípio que atua sobre o procedimento probatório na medida em que adstringe o magistrado a julgar nos limites daquilo que foi provado. O juiz possui poderes instrutórios que poderão enriquecer o seu convencimento por meio de produção de novas provas, mas jamais poderá ter interesse no resultado do julgamento, devendo agir com imparcialidade, logo, as partes devem ser tratadas de modo igualitário.

O juiz não pode ter compromisso contra a luta o crime porque não é essa a sua função, isso cabe a outros órgãos. Ao magistrado cabe apenas julgar. Logo, se não houver elementos suficientes que possam incriminar um indivíduo, por pior que seja o juízo de valor do próprio juiz e da sociedade sobre aquele indivíduo, ele deverá ser absolvido, porque contra ele não existe nenhum substrato probatório suficiente para tirá-lo da condição de inocente.

Por fim, a fundamentação é onde estarão contidos os argumentos da condenação ou da absolvição do acusado. Trata-se de um elemento da sentença que comprova que o juiz, de fato, conheceu o caso e julgou nos limites daquilo que foi provado. Uma decisão sem fundamentação ou má fundamentada não pode ter outro efeito senão a nulidade, uma vez que cria a dialética que foi abordada no tópico referente ao contraditório. Sem que ela esteja estabelecida haveria o monólogo, ou seja, somente a opinião do juiz ou de uma das partes, isso acabaria acarretando no modelo da livre convicção de apreciação de provas, que se trata de uma hipótese restrita ao tribunal do júri. Logo, uma decisão nesse sentido não pode prosperar.

⁹⁸ GRANDIS, Rodrigo de. O juiz tem compromisso na luta contra o crime?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.71, p. 251.

⁹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 216-217.

O sistema da persuasão racional funciona como um limitador da discricionariedade do julgador porque vincula o juiz a decidir com base nas provas juntadas aos autos. Dessa forma, possibilita-se o controle do processo porque o juiz só poderá decidir com base nas provas presentes nos autos, o que representa segurança tanto para a acusação quanto para a defesa. A ausência de fundamentação levaria à nulidade da decisão, conforme determina expressamente o art. 93, IX da CF. O modelo persuasivo racional de avaliação das provas está positivado no art. 155 do CPP, que garante a livre apreciação das provas pelo magistrado, mas exige que a fundamentação se limite às provas que foram objeto de contraditório. Por essa razão veda-se a valoração exclusiva dos elementos extraídos da investigação criminal, no qual não há contraditório, ressalvadas as provas cautelares que têm a finalidade de evitar a perda da chance de obtenção da prova.¹⁰⁰

Da persuasão racional derivam-se três efeitos: a ausência de hierarquia de provas, o direito à fundamentação da decisão e a limitação da cognição do magistrado. A ausência de hierarquia de provas decorre da vedação, em regra, de uma tarifação probatória, ou seja, salvo disposição em contrário, todas as provas possuem o mesmo valor. O direito à fundamentação da decisão é a obrigação que o magistrado tem de expor os motivos que o levaram a acolher ou rejeitar uma determinada prova na tomada da decisão. Por fim, a limitação do âmbito de cognição do magistrado, consiste na vinculação do magistrado às provas juntadas aos autos.¹⁰¹

Aury Lopes Jr.¹⁰² faz importante crítica, aduzindo que tanto o sistema de convicção íntima quanto o da prova legal são sistemas extremistas. O sistema da persuasão racional seria então um sistema intermediário. No sistema da persuasão racional, ao contrário da convicção íntima, não haveria a submissão do juiz a interesses externos ao processo e o juiz agiria como um guardião das garantias constitucionais dentro do processo. De outra banda, ao contrário do que se vê no sistema da prova legal, não existe no sistema da persuasão racional uma tarifação de provas, ou seja, não existe uma hierarquia quanto à prevalência de uma prova sobre outras.

Alerta-se para que a valoração realizada pelo juiz e estampada na decisão esteja limitada por um critério de razoabilidade que garanta o seu reconhecimento como

¹⁰⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 591.

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 591.

¹⁰² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 377.

justa. Por essa razão, seria mais adequado se utilizar o termo “convencimento limitado”, haja vista que apesar de as valorações operadas pelo juiz gozarem de subjetivismos, estes devem estar sempre limitados pela própria prova, pelos sistemas jurídicos penal e processual penal e, sobretudo, pela Constituição.¹⁰³

A limitação ao convencimento residiria na obrigatoriedade da fundamentação. Ao juiz seria permitido escolher entre esta ou aquela prova, inclusive valorando uma de forma diferente da outra, mas a esse exercício deve preceder uma fundamentação no qual o juiz vai expor as razões que o levaram à preferência de uma prova em detrimento da outra.¹⁰⁴

Criticam-se os efeitos processuais das provas obtidas por via de inquéritos, ou seja, aquelas provas que não passam pelo contraditório, em decorrência da expressão “exclusivamente”, constante no art. 155 do CPP¹⁰⁵, dar azo para o uso das provas obtidas no inquérito quando em conjunto com outras provas. Isso acarretaria grave prejuízo para o acusado por conta de que, no momento em que são colhidas as provas, normalmente situações de grande pressão psicológica, as declarações do imputado não podem ser consideradas absolutamente idôneas, sendo necessário um apuramento prévio que as ratifiquem antes de servirem de elemento complementar na convicção do juiz.¹⁰⁶

Ainda sobre o tema, Antônio Gomes Filho e Gustavo Badaró¹⁰⁷ sustentam que a vedação da utilização das provas produzidas na fase investigativa não as torna ilícitas. As provas são lícitas e válidas, contudo, por carecerem de contraditório, a sentença que as tiver por fundamento será nula.

No sistema da persuasão racional o juiz possui papel importante para o deslinde do caso. O magistrado terá poderes discricionários, mas estes serão limitados. A limitação se revela nas provas trazidas aos autos. Dessa forma, em que pese exista liberdade decisória para o juiz, ela restará limitada pelas provas. Nesse sistema também não existe uma hierarquia sobre a valoração das provas previamente

¹⁰³ *Ibidem*, p. 378.

¹⁰⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 340.

¹⁰⁵ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

¹⁰⁶ PACELLI, Eugênio. *Op. cit.*, 2015, p. 341.

¹⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.65, mar./abr. 2007, a.15, p. 197.

estabelecida, cabendo ao juiz fazê-lo. Todavia, apesar de ter essa liberdade na fundamentação, o juiz deve fundamentar suas decisões dentro de um padrão de razoabilidade sobre a apreciação das provas. Tal procedimento possibilita o alcance do contraditório, possibilitando que ambas as partes participem do processo e tenham acesso às razões que levaram o magistrado a decidir daquela forma.

Por conta disso, o sistema de persuasão racional revela-se o mais adequado, já que une tanto características da convicção íntima quanto da prova legal, de modo que ambas acabam se limitando mutuamente.

Por fim, cumpre destacar a discussão doutrinária acerca da possibilidade do fim do livre convencimento motivado no processo penal com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

A primeira indagação a ser feita é se o princípio, ora designado para o Processo Civil, se aplicaria também no âmbito penal. Segundo Rômulo de Andrade Moreira¹⁰⁸, a resposta só pode ser positiva, haja vista que a fundamentação das decisões é uma exigência constitucional contida no seu art. 93, IX, logo, aplicável ao CPP por meio da concessão decorrente do seu art. 3º, que permite a aplicação no CPP dos princípios gerais de direito. Por conta disso, aplica-se também ao Processo Penal a seguinte disposição normativa constante no diploma processual cível:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

¹⁰⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo CPC, a fundamentação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro**. Jusbrasil. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/174778771/o-novo-cpc-a-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-e-o-processo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

A segunda questão relevante sobre o tema é se o livre convencimento, de fato, acabou com o advento do Novo CPC.

Na visão de Fernando da Fonseca Gajardoni¹⁰⁹ o livre convencimento motivado não acabou. Para o autor, o referido princípio jamais foi uma carta branca para o julgador, sendo este sempre obrigado a expor as razões que o levaram a solução adotada. O livre convencimento motivado seria uma resposta para os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro. Prossegue afirmando que o art. 489 do CPC de 2015 não tirou do juiz a possibilidade de valorar as provas, mas sim tornou obrigatória a exposição do modo como elas foram valoradas. O que houve foi uma mudança na forma de trabalho do juiz e não a extinção da autonomia de julgar.

Para Lênio Streck¹¹⁰, o livre convencimento acabou. Entende o doutrinador que não existe mais a possibilidade de o juiz decidir conforme a íntima convicção, de modo que a decisão, em face do novo CPC, deve se limitar ao que está posto no processo, ou seja, o direito discutido. Não interessa se o livre convencimento é motivado ou não. Cabe ao juiz abster-se de uma decisão discricionária, além do que deve examinar todas as questões suscitadas pelas partes no processo, fundamentando tanto a improcedência quanto a procedência.

Diante dessas teorias, considerando que tal princípio é aplicável ao Processo Penal, parece mais adequado a adoção daquela que defende que o livre convencimento motivado não acabou. A razão para isso é que, por mais que haja uma série de exigências para o juiz nos incisos do art. 489 do CPC, ainda assim, é necessário que o magistrado tenha autonomia para julgar, mas essa autonomia, logicamente, deverá ser limitada, devendo o julgador se debruçar sobre todos os argumentos levantados pelas partes, fundamentando suas decisões. Dessa forma, o julgador continuará possuindo a liberdade para decidir, contudo, tal liberdade não será

¹⁰⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. Jota. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

¹¹⁰ STRECK, Lênio. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-npc>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

ampla, tal qual ocorre no modelo do livre convencimento motivado, mas sim limitada aos elementos probatórios contidos no processo, não podendo o magistrado decidir além daquilo que foi posto e provado no processo. Por isso, o juiz continua tendo poderes decisórios, na medida em que decidirá com base na valoração que tenha realizado sobre as provas postas no processo.

3. A PROVA ILÍCITA

Para que se possa chegar ao conceito de prova ilícita é necessário delimitar, previamente, quais são as provas admitidas dentro do direito processual penal brasileiro. No Código de Processo Penal constam as provas típicas, quais sejam aquelas definidas pelo próprio diploma, como também se permite o uso de provas atípicas.

No rol das provas típicas, constante no Título II do CPP brasileiro, estão elencadas: Exame do Corpo de Delito e Perícias em geral (art. 158 a 184); Interrogatório do Acusado (art. 185 a 196); Confissão (art. 197 a 200); Ofendido (art. 201); Testemunhas (art. 202 a 225); Reconhecimento de Pessoas e Coisas (art. 226 a 228); Acareação (art. 229 a 230); Documentos (art. 231 a 238); Indícios (art. 239); Busca e apreensão (art. 240 a 250).

No que se refere às provas atípicas, o art. 369 do Código de Processo Civil de 2015 deixa clara a possibilidade do uso de outros meios de prova. No CPP, segundo lição de Antônio Magalhães Gomes Filho¹¹¹, embora não haja uma tipificação expressa da possibilidade do uso de provas atípicas, não segue o diploma processual penal uma rígida taxatividade e o CPC pode ser utilizado de modo análogo dentro do campo processual penal, por permissão concedida pelo art. 3º do CPP. Um exemplo de prova atípica utilizada no Processo Penal é a Inspeção Judicial, que possui previsão estrita no CPC.

É possível também que o CPP mencione a prova num dos seus dispositivos, mas que não defina um procedimento específico para tanto, como ocorre nos caso de reconstrução do crime.¹¹²

Considerando a possibilidade de surgimento de outras provas, sobretudo pelo desenvolvimento tecnológico, deve-se proceder pela aplicação analógica amoldada em uma das provas tipificadas no CPP, tal como ocorreu com as interceptações telefônicas, que, por analogia, tinham a função de busca e apreensão e de prova

¹¹¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.65, p. 180-181.

¹¹² *Ibidem*, p. 182.

documental. O procedimento consistia no aprisionamento de elementos fonéticos para posterior transformação em documentos e juntada aos autos.¹¹³

Não se pode confundir a ilicitude de uma prova com a sua atipicidade. Se houver ilicitude, não há razão para se discutir a tipicidade da prova. Contudo, uma vez afastada a ilicitude, a prova pode ser admitida em homenagem à liberdade da produção da prova. Caberá ao juiz julgar a admissibilidade da prova e indicar, por meio de interpretação analógica, qual o rito a ser aplicado à prova atípica admitida.¹¹⁴

Diante disso, percebe-se que a prova será aceita no processo desde que produzida de forma lícita, atendendo aos requisitos constantes no CPP e aos valores consagrados na Constituição. As provas, para serem lícitas, não se limitam à previsão expressa do CPP, por isso há licitude também nas provas atípicas, desde que respeitados os requisitos para a sua confecção. Restringir a admissibilidade das provas ao rol taxativo do CPP acabaria por limitar o âmbito probatório das partes, por isso tanto o cabimento da analogia quanto a admissibilidade de provas atípicas são boas alternativas para o Processo Penal.

Ultrapassada a definição sobre a licitude probatória, cumpre abordar o tema da prova ilícita. A prova, como visto no capítulo inaugural deste trabalho, são todos os elementos que podem servir de instrumento de convencimento para o juiz. Contudo, nem todo tipo de prova pode ser admitido, haja vista que isso traria o risco do retorno de um modelo inquisitório absoluto, onde o processo não teria limites e os fatos poderiam ser provados a todo custo. Isso é algo completamente incompatível com a realidade constitucional vivenciada pós 88.

Para entender o que seria uma prova ilícita, é necessário compreender o que é ilicitude. Paulo Queiroz¹¹⁵, ensina que ilicitude é tudo aquilo contrário ao ordenamento jurídico como um todo (não apenas no âmbito penal). A ilicitude ocorre quando qualquer ato é praticado de forma contrária ao direito sem uma causa excludente de ilicitude, isto é, sem uma razão que autorize a prática daquele ato,

¹¹³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.65, p. 183.

¹¹⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. Prova e sucedâneos de prova no processo penal. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.66, p. 227.

¹¹⁵ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 185.

como ocorre no caso de estado de necessidade. Em suma, a ilicitude é a ausência de uma justificativa para a prática de ato contrário ao ordenamento jurídico.

No direito civil, o ato ilícito está definido no art. 186, de forma que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O mesmo que vale para a ilicitude civil vale para a ilicitude penal. A separação dessas espécies consiste em uma escolha política que dá à seara civil a competência para apreciar lesões a bens jurídicos menos graves e à seara penal as mais graves. A diferença mais marcante entre os dois âmbitos revela-se na possibilidade jurídica de o transgressor de uma norma penal poder vir a perder a sua liberdade como forma de sanção à prática do ilícito.¹¹⁶

A partir dessas premissas iniciais, passa-se a examinar o conceito da prova ilícita e sua repercussão no processo penal.

A prova ilícita consiste naquela prova que é obtida mediante uma lesão a direito material, especialmente aos direitos constitucionais, que são aqueles concedidos aos cidadãos como forma de garantias de ordem pública contra o arbítrio estatal; como exemplo de tais garantias tem-se a preservação da liberdade individual, a dignidade humana e a intimidade. Além disso, a prova ilícita é sempre obtida de forma exterior ao processo, seja em momento concomitante ou anterior.¹¹⁷

Guilherme Nucci¹¹⁸ atenta que o conceito de ilicitude possui duas facetas: uma restritiva e outra ampliativa. O significado restrito corresponderia tão somente à contrariedade à lei, enquanto que no sentido amplo estariam abarcados também violações aos bons costumes, moral e princípios gerais do direito.

Afirma-se que a prova ilícita seria um grande gênero onde estariam englobadas outras espécies de prova, como a prova ilegítima, ilegal, irregular e as provas ilícitas por derivação.¹¹⁹

¹¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, v.1, p. 134-135.

¹¹⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 49-50.

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 43.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 44.

Feita a breve conceituação, cumpre examinar a forma como a CF e o CPP tratam da prova ilícita dentro do processo penal, bem como sua diferença em relação a outras espécies de nomenclaturas semelhantes.

3.1. POSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 expressa a vedação à prova ilícita no seu inciso LVI, *in verbis*: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Existem razões que justificam essa vedação trazida pela CF e se faz necessário examiná-las.

De início, cumpre retomar o raciocínio de Guilherme Nucci¹²⁰ no que diz respeito à conceituação da prova ilícita como um grande gênero, no qual estariam contidas as espécies de provas ilegais, ilegítimas, irregulares e ilícitas por derivação. A posição do autor revela-se coerente porque, a partir da análise do dispositivo constante na CF, caso não fosse dada à norma um caráter geral, as provas ilegais, ilegítimas, irregulares e ilícitas por derivação acabariam sendo permitidas pelo ordenamento, isso porque a vedação constitucional expressa foi exclusivamente sobre a prova ilícita, sem alcançar as outras espécies.

Superada essa conceituação, se faz necessário verificar quais as razões que levaram o legislador constituinte a vedar a prova obtida por meios ilícitos.

Sem dúvidas, diante do advento do Estado democrático de direito no Brasil, a principal finalidade da Constituição Federal ao vedar a prova ilícita foi a de assegurar a eficácia das garantias individuais dos cidadãos dando limites à atividade probatória dentro do processo. Não é outro o entendimento de Paulo Bonavides¹²¹ ao afirmar que “existe garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar”. Nesse caso as garantias individuais daqueles indivíduos submetidos a um processo deveriam ser protegidas em face de um perigo de arbitrariedade do Estado. Enfim, não se poderia chegar à condenação a qualquer custo e esses limites individuais deveriam ser respeitados.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 44.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 541.

Garantias e direitos são conceitos distintos. O direito é uma faculdade do cidadão, enquanto que a garantia é um dever de tratamento do Estado. Dessa forma, o direito estaria intimamente vinculado a uma idéia de liberdade e as garantias seriam a forma como o Estado mantém um tratamento com o cidadão, possuindo um caráter instrumental.¹²²

A CF/88 foi aquela que teve maior atenção quanto à proteção de direitos fundamentais. A razão disso foi a busca pela compatibilização do Estado social com o Estado de Direito, que se deu pelo aumento das garantias constitucionais e dos direitos objetivos e subjetivos.¹²³

Conforme visto, a Constituição de 1988 sucedeu a um período de regime ditatorial, em que os direitos fundamentais eram mínimos e a autoridade estatal imperava. No que se refere à vedação do uso de prova ilícita pela CF, trata-se de uma clara hipótese de vedação ao retrocesso que, na lição de Ingo Sarlet¹²⁴, corresponde a uma garantia constitucional de direitos adquiridos em face do Estado, de forma que se proíba a retroação de práticas contrárias à Constituição, sejam elas praticadas pelo poder executivo, legislativo ou judiciário. Trata-se de uma forma de garantir a segurança jurídica em última instância.

As provas ilícitas podem decorrer de uma ampla gama de violações, não se limitando exclusivamente aos casos de violação à honra ou ao sigilo telefônico. Contudo, para a melhor compreensão dos exemplos a seguir, necessário valer-se das lições de José Afonso da Silva¹²⁵, para expor algumas diferenças entre alguns direitos fundamentais ligados à honra e à intimidade. A primeira delas é que não se pode confundir o direito à intimidade com o direito à vida privada. A intimidade seria um espaço reservado do indivíduo, em que ele tem o poder de evitar o acesso dos demais. A intimidade protege o domicílio, o sigilo de correspondência e o sigilo profissional.

¹²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 544.

¹²³ *Ibidem*, p. 564.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 453-454.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 208-209.

No domicílio, o indivíduo mantém relação com seus familiares e pessoas íntimas, logo, ele possui o direito de limitar aquela relação ao conhecimento de terceiros. No sigilo de correspondência existe uma proteção aos correspondentes, que são aquelas pessoas que se comunicam através de um instrumento que pode conter uma série de informações (ou segredos) que digam respeito exclusivamente a destinatário e remetente, ou seja, trata-se de um direito a uma comunicação restrita que não pode ser aberto a terceiros. Por fim, o alcance do direito fundamental à intimidade também alberga a inviolabilidade do sigilo profissional, pois trata-se de uma situação em que um sujeito conhece de um segredo de outra pessoa em razão da profissão desempenhada, devendo proteger esses dados sob pena de incorrer em sanções civis e criminais.¹²⁶

A vida privada seria o direito de preservação da relação do sujeito com a sua família e amigos, além da possibilidade de o sujeito viver a vida da forma que lhe for mais conveniente. Por conta disso, haveria proteção constitucional à liberdade da vida privada e ao segredo da vida privada. A proteção à liberdade da vida privada consiste na ampla garantia de o sujeito se relacionar com amigos e familiares da forma como bem queira, já o segredo da vida privada seria a garantia da não divulgação ou publicização da vida privada do indivíduo para um número indeterminado de pessoas.¹²⁷

Atenta-se para o fato de que a vida privada é um direito bastante vulnerável às provas ilícitas nos tempos modernos, haja vista o grande desenvolvimento tecnológico atual, que culminou no aumento dos meios de investigação e também possibilitou o seu alcance a qualquer pessoa, sobretudo na era dos *smartphones*, *tablets* e derivados.¹²⁸

Por fim, visando não realizar grande aprofundamento neste momento, já que se pretende retomar essa discussão no tópico referente à responsabilidade pelo uso das provas ilícitas, cumpre mencionar um terceiro direito constitucional que se revela bastante vulnerável ao uso de provas ilícitas. Trata-se do direito à honra.

A honra não se confunde com o direito à privacidade nem com o direito à intimidade, porque está vinculada à reputação do sujeito e ao como ele é visto na sociedade;

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 209-210.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 210-211.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 211.

trata-se de um pilar da dignidade da pessoa humana. O indivíduo, para evitar que sua honra seja lesada, tem o direito de repelir quaisquer ataques contra ela, mesmo que verídicos. Isso porque, nesse ponto específico, existe uma relação da honra íntima com o direito à privacidade, sobretudo com relação ao segredo da vida privada, de forma que o sujeito tem o direito de proteção da honra, que se dá na forma de evitar a propagação de certas informações ou segredos (ainda que verídicos) que possam abalar a honra do indivíduo.¹²⁹

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em sede de apelação criminal¹³⁰, verificando a existência de violação a preceito constitucional, deu provimento ao recurso da defesa e absolveu o réu, que havia sido condenado pelo juízo de base à pena privativa de liberdade de um ano e seis meses de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto e dezessete dias multa. Trata-se de um caso onde policiais abordaram um casal (o apelante e sua companheira) que estava caminhando por uma rua do Paranoá, sem portar documentos de identificação, o que fez com que ambos fossem conduzidos à delegacia de polícia. A companheira do apelante dirigiu-se até a sua residência na companhia dos policiais para buscar os documentos. Porém, ao ingressar em casa, os policiais encontraram armas e drogas, fato pelo qual o proprietário da residência foi denunciado.

No acórdão que julgou a apelação, o relator evidencia que a condução do acusado foi abusiva, uma vez que não houve ordem do delegado para tanto, sendo o procedimento fruto de iniciativa privativa dos policiais que queriam “levantar a ficha criminal” dos suspeitos.

A partir desse ponto já é possível perceber a clara violação ao inciso XI do art. 5º da CF, que determina que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 211.

¹³⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação criminal nº 2007.08.1.000979-6. 1ª Turma Criminal. Recorrente: Ronilton de Souza Carvalho. Recorridos: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: César Loyola. Julgado em 1 out. 2007. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=288808>. Acesso em: 18 jun. 2016.

penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Além disso, o relator atenta para a forma do ingresso dos policiais na casa do acusado. Segundo o desembargador, por conta de os policiais não solicitarem à vizinhança o testemunho do ingresso, não haveria como garantir que houve espontaneidade na produção probatória, o que a tornaria ilícita.

Diante disso, conforme se conceituou anteriormente, fica claro que a prova se tornou imprestável por conta da forma como foi adquirida, ou seja, por meio de lesão a direitos materiais e constitucionais, o que no caso em tela correspondeu à inviolabilidade domiciliar prevista no art. 5º.

Em 05 de novembro de 2015 o STF julgou, em plenário, o Recurso Extraordinário 603616¹³¹ relativo a situação semelhante à narrada no julgado do TJ-DFT, fixando o entendimento de que a entrada forçada em domicílio em período noturno, sem mandado, só é lícita quando justificada, *a posteriori*, por motivos que indiquem que na residência objeto da busca, estivesse, de fato ocorrendo um delito, sob pena de responsabilidade dos agentes ou de nulidade dos atos praticados.

Dessa forma, diante do entendimento firmado no STF, a partir do momento em que o procedimento policial decorre de mera suspeita e sem a devida ordem judicial, se não for provado que existia uma fundada suspeita de prática delituosa no interior da residência, todo o constrangimento pelo qual passar o acusado será ilícito, haja vista que, conforme proteção do inciso X do art. 5º da CF, inevitavelmente sua honra e intimidade, além da dignidade, restarão afetadas por ter sido colocado injustamente numa situação de humilhação ao ver sua casa sendo ocupada por policiais sem razões suficientes para tanto.

Analisando outro julgado, este do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Ordinário em Habeas Corpus¹³², considerou-se ilícita a prova obtida pela autoridade policial,

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 603616. Recorrente: Paulo Roberto de Lima: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 10 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 26 out. 2016.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em HC n. 51.531/RO. RHC n. 51531 / RO n. 2014/0232367-7. Recorrente: Leri Souza e Silva Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DJ 19 abr. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=55017400&num_registro=201402323677&data=20160509&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 jun. 2016.

de forma compulsória, sobre conversas de *whatsapp* do imputado, sem autorização judicial, conforme se vê na seguinte ementa:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de *whatsapp* , obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos.

Por outro lado, havendo autorização judicial, as provas relativas às conversas do acusado, na forma de dados, pelo telefone, serão plenamente válidas, pois não recai sobre os dados armazenados a proteção do sigilo à interceptação telefônica ou telemática, conforme decisão do Recurso em Habeas Corpus 75.800-PR¹³³, relativo à “Operação Lava-Jato”:

PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO "LAVA-JATO". MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. APREENSÃO DE APARELHOS DE TELEFONE CELULAR. LEI 9296/96. OFENSA AO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA QUE NÃO SE SUBORDINA AOS DITAMES DA LEI 9296/96. ACESSO AO CONTEÚDO DE MENSAGENS ARQUIVADAS NO APARELHO. POSSIBILIDADE. LICITUDE DA PROVA. RECURSO DESPROVIDO.

I - A obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei 9296/96.

II - O acesso ao conteúdo armazenado em telefone celular ou smartphone, quando determinada judicialmente a busca e apreensão destes aparelhos, não ofende o art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, porquanto o sigilo a que se refere o aludido preceito constitucional é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos.

III - Não há nulidade quando a decisão que determina a busca e apreensão está suficientemente fundamentada, como ocorre na espécie.

IV - Na pressuposição da ordem de apreensão de aparelho celular ou smartphone está o acesso aos dados que neles estejam armazenados, sob pena de a busca e apreensão resultar em medida írrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal.

V - Hipótese em que, demais disso, a decisão judicial expressamente determinou o acesso aos dados armazenados nos aparelhos eventualmente apreendidos, robustecendo o alvitre quanto à licitude da prova.

Recurso desprovido.

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em HC n. 75.800/PR. Recorrente: D DE CPF: Ministério Público Federal. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DJ 26 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65344703&num_registro=201602394838&data=20160926&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 out. 2016.

Dessa forma, considerando a licitude da prova relativa à busca e apreensão, deve se atentar para o fato de que as provas utilizadas para fundamentar a denúncia não poderão ser, isoladamente, valoradas na prolação da sentença condenatória, haja vista que os procedimentos adotados na fase investigativa são baseados no modelo inquisitivo, isto é, sem a presença de contraditório, de modo que as provas utilizadas para fundamentar a pretensão acusatória deverão ser repetidas na fase processual, conforme inteligência do art. 155 do CPP.

Outro aspecto importante repercute no compartilhamento das provas. Considerando, sobretudo o caráter sigiloso do procedimento investigativo, a divulgação das informações nele contidas podem representar lesão à honra dos investigados, pois o compartilhamento de tais elementos, a depender do seu conteúdo, pode causar lesão à honra dos envolvidos, especialmente perante a sociedade, a depender do alcance da divulgação. Logo, aqueles que se revelam como potenciais autores (ainda não o são por não existir processo criminal contra eles), podem também ser vítimas, caso o procedimento investigativo se desvie de sua finalidade.

Ante o exposto, o que deve ficar claro é que a violação que gera a prova ilícita não se limita aos casos de lesão à honra ou a quebra do sigilo telefônico. A prova ilícita pode ser construída por meio de violações a ampla gama de direitos fundamentais trazido pela Constituição Federal. Com efeito, vista essa limitação constitucional ao uso das provas ilícitas, parte-se para a abordagem das provas ilícitas sob a ótica do Código de Processo Penal, lembrando, conforme abordado anteriormente, que a CF não pode ser desprezada ao se estudar o CPP, haja vista que os valores constitucionais devem sempre ser compatibilizados com o caráter inquisitivo do diploma instrumental penal. A CF deve funcionar como um vetor interpretativo do CPP.

3.2. POSIÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O art. 157 do Código de Processo Penal considera “inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

A definição legal trazida pelo art. 157 do CPP serve de complemento para a vedação trazida pelo art. 5º, LVI da CF a respeito do uso de provas ilícitas. Além disso, no diploma instrumental penal, existe uma caracterização das provas ilícitas, quais sejam aquelas que são obtidas mediante a violação de normas constitucionais ou legais. Por conta disso, determina o CPP que as provas obtidas mediante tais violações sejam desentranhadas dos autos.¹³⁴

O primeiro aspecto a ser examinado é o fator da violação a normas constitucionais, que consiste na lesão a direitos constitucionalmente protegidos. Nesse sentido, Luiz Francisco Torquato Avolio¹³⁵ aduz que em que pese a CF se limite a proibir a prova ilícita exclusivamente no processo, o alcance dessa vedação deve ser estendido também para o momento da produção e de valoração da prova pelo juiz, em qualquer estado e grau de procedimento.

Já no que diz respeito à violação a norma infraconstitucional, entende-se como aquela lesão a normas de direito material ou processual penal. A título exemplificativo, como caso de violação à norma infraconstitucional, em especial à norma processual, pode-se enquadrar a hipótese de juntada de laudo pericial posterior a sentença. Dessa forma, apesar de se tratar de uma prova materialmente lícita, processualmente ela é imprestável.¹³⁶

Por fim, o CPP também traz o comando do desentranhamento das provas ilícitas do processo. O §3º do art. 157 determina que “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”

Isso significa que as provas ilícitas só podem ser desentranhadas quando a decisão de desentranhamento estiver preclusa, o que quer dizer que só será possível excluir a prova ilícita quando houver decisão definitiva sobre o seu conteúdo, sem possibilidade de recurso. O incidente funciona como forma de evitar os efeitos nocivos de uma presença prolongada da prova ilícita no processo e pode ser

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 49.

¹³⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.100-101.

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 50.

utilizado na forma analógica do incidente de falsidade documental (arts. 145 a 148 do CPP).¹³⁷

Trata-se o incidente processual de um processo secundário, ligado ao processo principal, que necessita de uma resolução prévia. O incidente processual divide-se em questões prejudiciais e procedimentos incidentes. As questões prejudiciais vinculam-se à violação de algum direito material, enquanto que os procedimentos incidentes são questões anexas que surgem no decorrer do processo. Ambos precisam ser julgadas antes do mérito da demanda principal. No caso do uso analógico do incidente de falsidade, além de desentranhar as provas ilícitas dos autos, o procedimento já enseja o encaminhamento das evidências viciadas ao Ministério Público, dispensando-se o inquérito, para que se promova a ação penal cabível contra aqueles que juntaram tais provas aos autos.¹³⁸

Atenta-se também para o fato de que o Projeto de Lei n. 156 de 2009 do Senado referente à modificação no CPP, no parágrafo único do seu art. 167, determina que as provas declaradas inadmissíveis (que são as ilícitas e as destas derivadas) serão desentranhadas dos autos e sigilosamente arquivadas sigilosamente em cartório.¹³⁹

O arquivamento sigiloso em cartório consiste na não destruição das provas ilícitas, pois elas ainda poderão ser úteis em outro processo, como, por exemplo, no caso de os autores da violação virem a ser processados pelo ato praticado. Desse modo, se a prova fosse destruída, a demonstração do ato ficaria comprometida. Ademais, essa prova ainda poderá ser utilizada em favor do réu num futuro processo de revisão criminal.¹⁴⁰

Em certos casos, a prova ilícita pode ser afastada do processo pela impetração de habeas corpus. Isso ocorre por conta de que a inserção da prova ilícita no processo pode representar, em último caso, um risco para a liberdade do acusado.¹⁴¹

¹³⁷ NUCCI, Guilherme Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 386.

¹³⁸ *Idem*. **Manual de processo penal e execução penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 275-276.

¹³⁹ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.40.

¹⁴⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Princípios gerais da prova no projeto de Código de processo penal: Projeto no 156/2009 do Senado Federal**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194929/000871238.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 17 out. 2016.

¹⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule). **Estudos de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2002, p. 376.

O STF se pronunciou nesse sentido no julgamento do HC 80.949-RJ¹⁴²:

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal.

Assim, as provas ilícitas são aquelas decorrentes da violação de direitos constitucionais ou materiais. Tais provas devem ser excluídas do processo caso tenham ingressado nos autos. A medida do incidente processual de desentranhamento, aplicada no CPP vigente e o arquivamento sigiloso em cartório, fruto do Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal, revelam-se adequadas, pois protegem, desde logo, o direito daquele que sofreu a violação, de buscar a reparação da lesão sofrida diante dos autores. Isso só é possível graças à preservação da prova, pois, se fosse destruída desde o momento de declaração da sua ilicitude, não seria possível ser aproveitada em processos futuros. O uso do HC para impedir o ingresso das provas ilícitas aos autos também não deve funcionar como um mecanismo de destruição da prova, mas tão somente como uma forma de preservar a liberdade do acusado, de modo que a prova também deve ser preservada para que possa ser usada, lícitamente, em processo futuros.

3.3. PROVAS ILEGÍTIMAS, ILEGAIS E IRREGULARES

Existe uma variedade de nomenclaturas utilizadas para se referir às provas ilícitas; é necessário que se examine o caso concreto para saber a espécie adequada a ser utilizada. A própria licitude da prova pode variar conforme o caso concreto, de modo que, a depender da situação, uma mesma prova pode ser reputada lícita ou ilícita, a depender da forma ou dos meios utilizados para a sua produção.¹⁴³

As denominações mais usuais utilizadas pela doutrina são: provas ilegais, ilegítimas, irregulares e ilícitas por derivação. No que se refere às provas ilegais, ilegítimas e

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 80.949-RJ. Paciente: Francisco Agathos Trivelas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Sepúlveda Pertence. DJ 14 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000100154&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

¹⁴³ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 8-9.

irregulares, da leitura do art. 157 do CPP não se percebe qualquer diferença, pois o dispositivo apenas menciona que devem ser desentranhadas dos autos as provas ilícitas, assim entendidas como aquelas obtidas mediante violação de norma constitucional ou legal. Coube então a doutrina fazer a distinção entre essas espécies.

No que tange às provas ilegais, trata-se de um gênero que abrange as espécies da prova ilícita, da prova ilegítima e da prova irregular. As provas ilegítimas seriam aquelas decorrentes de violação de uma regra de processo, como é o caso da juntada de um documento fora do prazo. Já as provas ilícitas seriam aquelas que atingem direito material do indivíduo ou a Constituição no momento da sua obtenção, ocorrendo antes da formalização da relação processual.¹⁴⁴

Paulo Rangel¹⁴⁵ ainda acrescenta ao gênero das provas ilegais, a espécie da prova irregular. Segundo o autor, tal prova tem, inicialmente, um caráter lícito, contudo, por faltar o preenchimento de determinado requisito, ela acaba se tornando uma prova irregular e, conseqüentemente, imprestável. O autor usa como exemplo o mandado de busca e apreensão que apreende um objeto diverso daquele que fora autorizado pela autoridade competente e também os mandados genéricos, que violam o requisito estabelecido pelo art. 243 do CPP, que exige a indicação mais precisa possível da diligência a ser realizada.

A prova ilegítima é aquela que viola regra de direito processual no momento em que é produzida no processo. Seria o caso de uma oitiva de um advogado que atua como testemunha e revela algum sigilo profissional. Trata-se a prova ilegítima de uma prova endoprocessual. Dessa forma, a diferença existente entre prova ilícita e prova ilegítima se dá basicamente pelo fato de que, naquela, a produção é anterior ao processo, enquanto que a prova ilegítima ocorre internamente ao processo. Além disso, a prova ilícita consiste numa lesão a direito material, enquanto que a prova ilegítima decorre de lesão a direito processual. Por fim, outra diferença marcante diz respeito aos efeitos das duas modalidades. A prova ilícita gera inadmissibilidade e conseqüente desentranhamento da prova dos autos. Já a prova ilegítima cria nulidade, podendo ser refeita ou renovada, conforme art. 573 do CPP.¹⁴⁶

¹⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 402.

¹⁴⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 464.

¹⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais. **Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. Belém, v.2, n.3, nov. 2009, p. 72.

Destarte, apesar das subdivisões doutrinárias, a opção do CPP em unificar o conteúdo das espécies de provas ilícitas parece ser a melhor escolha. A consequência prática da ocorrência das espécies supramencionadas (provas ilegítimas, irregulares e ilegais) é o desentranhamento da prova e o seu afastamento no caso concreto. Por essa razão, a única diferença relevante no tocante aos efeitos da ocorrência dessas modalidades de prova, diz respeito à possibilidade de repetição da prova, que só será possível nos casos das provas ilegítimas, isto é, aquelas que decorrem de violação a direito processual, conforme aplicação do art. 573 do CPP. Entretanto, até mesmo nesse tipo de caso, aquela prova que foi reputada como nula não poderá mais ser utilizada e uma nova prova, regular, tomará o seu lugar. Por isso, se entende que, em termos práticos, não se vê necessidade de separação dessas espécies, podendo todas elas serem interpretadas de acordo com o art. 157 do CPP, já que possuem os mesmos efeitos.

3.4. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

A primeira parte do art. 157, §1º do CPP define a vedação à prova ilícita por derivação determinando que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”.

As provas ilícitas por derivação são formalmente lícitas, mas obtidas a partir de uma violação a direito material ou processual anterior. A solução jurídica destinada a esses casos é a de imprestabilidade de toda prova que guarde relação com a ilicitude originária. Todavia, apesar de haver regulação legislativa sobre a matéria, a doutrina e jurisprudência ainda não chegaram a uma posição pacífica sobre a situação.¹⁴⁷

Guilherme Nucci¹⁴⁸ entende que no comando constante no art. 157 as provas derivadas das ilícitas deverão, obrigatoriamente, ser desprezadas. Não existiria a possibilidade de relativização, seja para um crime mais grave ou para um crime mais brando. Utilizam-se como exemplo os crimes de homicídio e furto, onde policiais

¹⁴⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 74.

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 51.

ingressam sem mandado na casa do acusado e lá recolhem material suficiente para a sua condenação. Para o autor, essa empreitada seria absolutamente incompatível com a regulação do CPP, de forma que o acusado não poderia jamais ser condenado com base naquelas provas que foram encontradas, bem como naquelas que delas decorressem, pois restaram contaminadas. Não se fala aqui em proporcionalidade e as provas, em ambos os casos, serem descartadas.

Em que pese essa seja a providência que se extrai da lei, o que se percebe é que na realidade os tribunais acabam afastando a contaminação alegando que não houve relação de causalidade entre a prova ilícita derivada e a condenação ou então que a prova ilícita não foi valorada no momento do julgamento.¹⁴⁹

Antes de adentrar nos detalhes do tratamento dispensado à prova ilícita por derivação pelos tribunais brasileiros, convém entender a teoria por trás desse instituto.

O *leading case* referente ao tema foi o julgamento pela Suprema Corte norte-americana do caso *Silverthorne Lumber Co. vs United States* de 1920.¹⁵⁰

Rodrigo Lima e Silva¹⁵¹, em trabalho monográfico, traz uma narrativa do caso:

A empresa Silverthorne Lumber tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude, agentes federais mantiveram os donos da empresa sob custódia em suas casas de forma ilegal, com o intuito de coagir aos mesmos que lhes entregasse documentos referentes aos negócios desenvolvidos pela empresa, além de ingressaram, posteriormente, no estabelecimento empresarial sem qualquer ordem judicial, onde tiraram fotos e apreenderam documentos da empresa. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte, onde surgiu o questionamento se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo. A Suprema Corte, ao analisar o caso, adotou o posicionamento no sentido de que ao se permitir a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana¹⁵². Dessa forma, o tribunal decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente e fundamentou sua decisão no sentido de que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. Mais tarde, essa extensão do princípio da exclusão às provas derivadas passou a ser denominada *fruits of poisonous tree doctrine*. Tal teoria foi aplicada em

¹⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 409.

¹⁵⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵¹ SILVA, Rodrigo Lima e. **As Provas ilícitas no processo penal e o rompimento da ilicitude sequencial**. Publica Direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ba9f9814b71251d>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

¹⁵² O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

um primeiro momento como extensão da “regra de exclusão” da 4ª emenda, mas depois, foi estendida às demais “regras de exclusão”, com as da 6ª Emenda¹⁵³ e da 5ª Emenda¹⁵⁴ à Constituição Americana. O argumento que sustentou a decisão foi de que uma prova contaminada pela ilicitude na origem, contaminaria as demais que dela fossem dependentes ou oriundas, o que originou a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree*), que influenciou outros países e também o Brasil.

Diante disso, percebe-se que os Estados Unidos seguiram uma linha altamente restritiva em relação às provas derivadas das ilícitas. Contudo, outros países adotaram posições mais tolerantes em relação à prova ilícita derivada. É o caso da Colômbia e do Brasil. No Código de Processo Penal colombiano, existem alguns critérios que, se atendidos, permitem o uso das provas ilícitas derivadas. As hipóteses que ensejam a relativização no direito colombiano são: o vínculo atenuado de ligação entre a prova e a ilicitude, a fonte independente, a descoberta inevitável e o que mais estabelecer a lei.¹⁵⁵

Na Holanda não existe uma previsão normativa para a questão da exclusão da prova ilícita derivada, sendo os casos decididos com base em jurisprudência, isso porque, no direito holandês, há uma convivência mútua da *exclusionary rule* e da sua relativização. Um dos pontos mais importantes, para uma futura comparação com o direito brasileiro, diz respeito às causas atenuantes, já que, na Holanda, caso haja uma prova originariamente ilícita e esta venha a ser repetida, obedecendo os requisitos capazes de assegurar a licitude, ela será plenamente válida. Usa-se como exemplo uma confissão feita pelo acusado a policiais, sem que estes tenham informado o direito do silêncio. Na Holanda, caso esse sujeito viesse a confessar novamente os fatos, de forma espontânea, perante o juiz, a prova anterior seria convalidada.¹⁵⁶

¹⁵³ Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.

¹⁵⁴ Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

¹⁵⁵ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 115.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 116-117.

No Brasil, adota-se o modelo da *exclusionary rule*, em regra, que determina que todas as provas que decorrerem das provas ilícitas, deverão ser excluídas do processo. Contudo, existem hipóteses em que há a atenuação dessa regra, como ocorre nos casos de descoberta inevitável e fonte independente, que serão abordados posteriormente.¹⁵⁷

Diante desse caso, cumpre fazer um exercício de imaginação, transportando essa realidade para o Brasil. Não é difícil encontrar notícias sobre abordagens truculentas, agressões e até mesmo mortes de civis por policiais. Diante do que se vê no cenário atual, existe por parte do cidadão tanto o medo dos criminosos quanto o medo dos policiais. Logo, se um sujeito é abordado por um policial no Brasil, dificilmente haverá um mínimo ético a ser respeitado. A depender do tipo de abordagem, antes da inquirição, o sujeito será recepcionado com ofensas físicas ou morais. Diante dessa infeliz realidade, dificilmente será alertado o abordado do direito ao silêncio. Pelo contrário, na maioria das vezes ficar calado pode servir como justificativa para uma série de agressões, podendo acabar em morte, como o que aconteceu em 23 de junho de 2016, onde uma abordagem policial vitimou um jovem de 22 anos¹⁵⁸.

Como a crítica à atuação policial não é o objetivo do presente trabalho, a título de arremate, deve ficar registrado que a possibilidade de relativização de prova ilícita por conta de repetição é algo distante da realidade brasileira. Não há, diante do quadro atual, como se assegurar que, ainda que o sujeito repita a prova, ela será idônea. A cultura que existe no Brasil ainda é de medo das pessoas em relação às autoridades, não somente em relação às autoridades policiais, mas também ao próprio juiz. Não é à toa que em pesquisa realizada em 2013 pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública¹⁵⁹, 70,1% dos entrevistados disseram não confiar na polícia do Brasil. Em contrapartida, em pesquisa semelhante realizada na Inglaterra, 82% dos ingleses disseram confiar nos seus policiais.

O grande problema no que diz respeito às prova ilícitas não é a atuação policial em si, haja vista que arbitrariedades ocorrem em todos os lugares do mundo, mas sim a falta de segurança a respeito dessa atuação, de forma que nem sempre as provas

¹⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 408.

¹⁵⁸ Disponível em: <<http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/06/imagens-mostram-abordagem-policial-que-terminou-com-morte-de-um-jovem.html>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

¹⁵⁹ SÃO PAULO. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/files/files/destaques_anuario2013.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

obtidas por meio de violações são excluídas do processo. Nos Estados Unidos, que fornecem a base para o modelo de vedação a provas ilícitas aplicado no Brasil, abusos também existem abusos, existindo inclusive uma lei apelada de “Lei da imunidade policial”, em Maryland. Tal dispositivo normativo se tornou famoso depois que um jovem negro entrou num camburão da polícia e horas depois reapareceu em coma, vindo posteriormente a falecer. Em síntese, essa lei concede aos policiais uma série de prerrogativas processuais, tais quais só ser denunciado depois que o sindicato policial for notificado, pode apelar na via administrativa para um Conselho, formado por três policiais, dos quais um o próprio acusado escolherá, as denúncias podem ser extintas após de três anos, entre outras inúmeras prerrogativas.¹⁶⁰

Então, o que se percebe nesse ponto é que o problema não está nos órgãos policiais em si, mas sim na possibilidade de uma fiscalização e punição efetiva sobre tais órgãos. Não se trata de diminuir a atuação policial, mas sim de trazer segurança jurídica para ela.

Neste ponto, convém trazer à exposição o trecho do Projeto de Lei 4850/2016¹⁶¹ (10 Medidas Contra a Corrupção), em tramitação no Congresso Nacional, que contém importantes inovações no que diz respeito à formas de exclusão de ilicitude das provas e o tratamento dispensado à prova ilícita.

O art. 16 do Projeto pretende alterar sensivelmente o art. 157 do CPP, dando-lhe a seguinte redação:

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.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

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

I – não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas;

II – as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida 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;

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;

¹⁶⁰ MELO, João Ozório de. **Lei dos Direitos Fundamentais dos Policial explica impunidade nos EUA**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-29/lei-direitos-fundamentais-policial-explica-impunidade-eua>>. Acesso em: 19 out. 2016.

¹⁶¹ _____. **Projeto de Lei n. 4850 de 2016**. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2CD35BAB38504E2C42292B5EA2DB3CC8.proposicoesWeb1?codteor=14486889&filename=PL+4850/2016>. Acesso em: 17 out. 2016.

- IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação;
- V – derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé;
- VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência;
- VII – usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena;
- VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena;
- IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público;
- 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.
- § 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.
- § 4o O juiz ou tribunal que declarar a ilicitude da prova indicará as que dela são derivadas, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou de consequência, e ordenará as providências necessárias para a sua retificação ou renovação, quando possível.
- § 5o O agente público que dolosamente obtiver ou produzir prova ilícita e utilizá-la de má fé em investigação ou processo, fora das hipóteses legais, sujeita-se a responsabilidade administrativa disciplinar, sem prejuízo do que dispuser a lei penal.

Percebe-se que a regra de exclusão continua presente no §1º do art. 157 alterado pelo Projeto de Lei. Entretanto, o §2º traz diversas hipóteses de exclusão de ilicitude em seus incisos.

Esses incisos geraram repulsa por parcela da OAB e do IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). Tal divergência decorreu especialmente por conta dos dois entes acreditarem se tratar de medidas que representariam carta branca para o uso da prova ilícita. O MPF entende que não, defendendo que os incisos tem o objetivo exclusivo de regular um instituto que não se encontra definido no Processo Penal brasileiro, tendo por objetivo impor-lhe segurança jurídica. A medida do MPF também visa ser útil na medida em que, diante de uma loteria jurídica e de julgamentos seletivos, acaba limitando o subjetivismo dos juízes e tribunais, conferindo uma maior segurança jurídica, reduzindo a impunidade, respeitando a Constituição e as garantias do acusado.¹⁶²

¹⁶² CORRÊA FILHO, Helio Telho. **#DezMedidas: Excludentes de ilicitude da prova**. Disponível em: < <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/nulidades-helio-telho-excludentes-de-ilicitude-da-prova-3a-ed.pdf/view>>. Acesso em: 17 out. 2016.

A intenção do MPF é excelente, especialmente por conta de que, de fato, existe uma insegurança jurídica, sobretudo no que diz respeito à questão de afastamento da regra de exclusão das provas ilícitas, de modo que, na prática, o que se visualiza, na maioria das jurisprudências, são decisões de afastamento da prova ilícita por conta do enquadramento dos casos nas hipóteses de exclusão (fonte independente e descoberta inevitável). Por conta disso, o subjetivismo que vige hoje deve ser limitado, devendo as hipóteses autorizativas ou denegatórias das regras de exclusão serem bem determinadas.

Contudo, o Projeto do MPF peca pelo excesso e certamente, tanto a parcela da OAB quanto o IBCCrim, tem razão nas críticas tecidas em face do projeto. Realmente, da maneira em que se encontra a sua redação, se trata de uma carta branca para o uso indiscriminado das provas ilícitas. As alterações propostas pelo Projeto de Lei 4850/2016 serão retomadas oportunamente no decorrer deste trabalho. Contudo, neste momento, cumpre chamar atenção para o inciso III do §2º da alteração do art. 157, que aparenta ser o mais grave dos dez, dispondo que:

Exclui-se a ilicitude da prova quando: 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.

Ou seja, diante da fé pública que recai sobre os agentes públicos, a mera alegação de boa-fé já seria suficiente para permitir o uso da prova. Apesar de se tratar de uma novidade legislativa, na prática isso já pode ser visto em diversas jurisprudências dos tribunais brasileiros, disfarçados sob a figura da fonte independente ou da descoberta inevitável.

A regulação é necessária, tanto para evitar a impunidade quanto para evitar a violação a garantias constitucionais, contudo, o projeto, da forma como está redigido, se mostra amplamente contrário aos valores constitucionais pelas numerosas hipóteses de excludente de ilicitude da prova.

3.4.1. Teoria da fonte independente

A Segunda parte do §1º do art. 157 do CPP conceitua a fonte independente em que "não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras."

Durante uma instrução criminal, são diversas as fontes probatórias que podem levar à condenação do acusado. Por conta disso, uma mesma prova pode ser obtida por meios diversos. Esses meios podem ser lícitos ou ilícitos. As fontes independentes serão aquelas que, apesar de haver uma prova ilícita no processo, são destas independentes, tratando-se, portanto, de prova regular completamente idônea. Qualquer ligação com a prova ilícita contamina as que estiverem a ela ligadas.¹⁶³

A fim de tornar mais claro, utiliza-se o exemplo do caso *Murray v. United States*, de 1988, onde policiais ingressaram ilegalmente numa casa onde havia suspeita de tráfico de drogas, que foi devidamente confirmada. Os policiais então requereram um mandado judicial para busca e apreensão baseado nessa empreitada ilegal. A Corte entendeu que a prova era válida porque mesmo que o primeiro ingresso não tivesse ocorrido, a simples suspeita possibilitaria a expedição do mandado e a consequente formação válida da prova.¹⁶⁴

O que ocorre com a fonte independente é que no mesmo caso tem-se várias fontes que originam uma prova. As provas que forem ilícitas serão descartadas e as provas que não possuem relação com elas serão válidas. No caso exemplificado foi justamente isso que ocorreu, pois tinha-se uma situação de suspeita que, por si só, já era suficiente para autorizar a busca e apreensão da droga, independente de ter havido ou não a entrada prévia dos policiais.

É importante reproduzir a crítica feita por Aury Lopes Jr. à questão de a aplicação da teoria da fonte independente permitir, de modo quase absoluto, a mitigação da regra de exclusão das provas ilícitas.¹⁶⁵

Diante disso, pode-se trazer uma jurisprudência que já fora examinada neste trabalho para uma análise sob essa perspectiva. Trata-se da apelação criminal

¹⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 54-55.

¹⁶⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.409.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 413.

2007.08.1.000979-6¹⁶⁶, julgada pelo TJDF, em que um casal foi abordado aleatoriamente por policiais e, por estarem sem documentos, a mulher foi conduzida pelos policiais, desprovidos de qualquer mandado de busca e apreensão, até a casa do seu companheiro e lá foram encontradas drogas. Diante disso, algumas considerações merecem ser feitas. Pela aplicação da teoria da fonte independente, essa prova jamais poderia ser admitida no processo, haja vista que não havia qualquer suspeita sobre o casal, que foi abordado aleatoriamente. Ou seja, sem a abordagem infortuna a prova jamais seria descoberta, logo, ela deve ser descartada, pois é imprestável ao processo. Todavia, a partir disso, uma dúvida fica no ar: Será que a partir dessa descoberta ocasional não se poderá originar a suspeita necessária para a promoção de nova busca e apreensão que se torne perfeitamente válida? No que diz respeito à primeira pergunta tem-se uma resposta clara na teoria, mas na prática a questão é envolta por grande nebulosidade.

A jurisprudência do STF caminha no sentido de que não deve haver nexo de causalidade entre a fonte independente e a prova ilícita para que aquela seja admitida:

A Suprema Corte já assentou que, “se (...) o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com es[s]a não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária”¹⁶⁷

Já a posição do STJ parece, em sua grande maioria, contrária à do STF, já que, em que pese não haja uma tese expressa no sentido de permitir a prova ilícita derivada, esta acaba sendo deferida na prática.

¹⁶⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação criminal nº 2007.08.1.000979-6. 1ª Turma Criminal. Recorrente: Ronilton de Souza Carvalho. Recorridos: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: César Loyola. Julgado em 1 out. 2007. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=288808>. Acesso em: 25 jun. 2016.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121.496-SP. Recorrente: Ricardo Noal. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Tofolli. DJ 24 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28fonte+independente+prova+il%EDcita%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pv89vg2>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA.

ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA BASE PARA A DENÚNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. FONTE INDEPENDENTE. NOTITIA CRIMINIS. DESENVOLVIMENTO DE INVESTIGAÇÃO POSTERIOR. DIVERSAS DILIGÊNCIAS E PROVAS. ESTOFO DA ACUSAÇÃO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1 - Realizada ampla investigação policial com diversas diligências que determinaram o auferimento de variadas provas que estão a lastrear a persecução em análise, não há falar em falta de justa causa, por ilicitude do acervo que dá enredo à denúncia.

2 - As escutas realizadas primitivamente, em outra unidade da federação, que não se dirigiam à ora recorrente, tampouco destinavam-se a investigar os crimes que ora são imputados, representam mera notitia criminis, apta a desencadear as investigações do caso concreto, erigindo-se, no dizer da doutrina, como uma fonte independente de prova que não tem força para contaminar, por derivação, o que foi intensamente desenvolvido depois.

3 - Recurso ordinário não provido.¹⁶⁸

O julgado supracitado não foi unânime. O ministro Sebastião Reis Júnior, que foi voto vencido entendeu que, de fato, ocorreu uma violação a direito material ou processual ligado à produção probatória, o que, fatalmente macularia a evidência obtida e esta não poderia ser considerada fonte independente. Seguem alguns trechos do voto¹⁶⁹:

Ao contrário do que concluem tanto o acórdão recorrido como a eminente Relatora, não vejo os trechos de conversa obtidos em interceptação telefônica como simples notitia criminis. São provas, e não tenho dúvidas de que seriam utilizadas como tais se fossem relacionadas ao caso concreto em que foram produzidas. E também não tenho dúvidas de que seriam consideradas como tais se desde aquele momento fossem suficientes para incriminar a paciente. Para mim, é indiferente se o produto da interceptação é utilizado no processo relacionado diretamente à quebra ou se em um outro. Esse produto é prova, e como tal deve ser obtida de modo lícito. Admitir aqui como simples notitia criminis prova obtida ilicitamente (sem o procedimento imposto pela Lei n. 9.296/1996) e validar as provas produzidas em inquérito que teve curso regular (mas que só existiu em razão desta prova ilícita) seria o mesmo que endossar o ilícito e incentivar a produção de provas ilícitas; seria o mesmo que "lavar" a prova obtida de modo ilícito. Seria o mesmo, penso eu, que admitir como notitia criminis provas obtidas mediante tortura.

Diante disso, é possível compreender que as provas derivadas da ilícita são rechaçadas pelo CPP, devendo ser afastadas do processo. Na teoria da fonte independente não há ilicitude da prova, pois, dentro de um conjunto de provas lícitas

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 0083289-74.2013.8.26.0000. Recorrente: Simona Ricci Rodrigues Scarpa Anzuino. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJ 12 fev. 2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302966182&dt_publicacao=27/02/2015>. Acesso em: 25 jun. 2016.

¹⁶⁹ Voto Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44305094&num_registro=201302966182&data=20150227&tipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 25 jun. 2016.

e ilícitas o fato é provado somente por meios idôneos e independentes dos demais, logo, estaria perfeitamente autorizada. Contudo, na prática, o que se nota é que nem sempre essa vedação ocorre, haja vista que existem situações em que não é possível assegurar que realmente houve independência da fonte e o que se conclui de análises jurisprudenciais sobre o tema é que por vezes, mesmo não havendo fonte independente (ou dúvidas quanto a sua independência), as provas são deferidas, representando grave prejuízo ao réu.

O Projeto de lei das Dez Medidas Contra a Corrupção também abarca a teoria da fonte independente:

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

I – não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas;

II – as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida 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;

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;

IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação;

Essa foi justamente a crítica proposta quando tratou-se do Projeto de Lei das Dez Medidas Contra a Corrupção, pois falta, ainda, um parâmetro objetivo que possa separar, de forma clara, uma espécie da outra. Em muitos casos, diante da diversidade de provas disponíveis, é praticamente impossível identificar uma prova que esteja totalmente dissociada das demais, pois ambas tratam do mesmo fato. Por isso, se o princípio da fonte independente fosse aplicado como a lei o conceitua, sua utilidade seria extremamente reduzida, pois, na prática, as provas guardam entre si, por menor que seja, algum tipo de relação, o que já autorizaria a exclusão delas dos autos.

3.4.2. Descoberta inevitável

A descoberta inevitável se trata do tipo de prova que, apesar da possibilidade de haver uma prova ilícita anterior, ela viria a ser obtida lícitamente (e de forma inevitável) no decorrer da investigação.¹⁷⁰

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 410.

O disposto no §2º do art. 157 do CPP, determina “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.”

A descoberta inevitável é um tipo de prova que, independente de haver qualquer prova ilícita anterior que pudesse dar origem à descoberta, o fato seria provado de qualquer maneira. A prova tem origem ilícita, mas o fato seria desvendado, licitamente, de qualquer forma.¹⁷¹

O instituto remete ao direito norte-americano, mais precisamente ao caso *Nix versus Williams*, de 1984. Bruno Fontenele Cabral¹⁷² resume o caso:

Na década de 80, no caso *Nix v. Williams* (1984), aplicou-se uma exceção ao princípio da "exclusionary rule". Williams foi preso pelo assassinato de uma garota de 10 anos de idade, cujo corpo foi deixado às margens de uma rodovia vicinal. Agentes da polícia local e grupos voluntários realizavam uma grande busca pelo corpo da criança. Durante a realização das buscas, depois de responder a um apelo de um policial, Williams prestou depoimento para a polícia, sem a presença de seu advogado e ajudou a localizar o corpo da criança. A grande questão que chegou a Suprema Corte norte-americana foi se a prova que resultou na prisão de Williams deveria ou não ser excluída do julgamento, tendo em vista que foi obtida ilegalmente, uma vez que Williams estava sem advogado e não lhe foi dito que tudo que dissesse poderia ser utilizado contra ele no Tribunal. A Suprema Corte, ao analisar o caso, decidiu que não se aplicaria a doutrina dos frutos da árvore envenenada na hipótese, pois estaria presente uma exceção, qual seja, a de que a prova (o corpo da criança assassinada) seria inevitavelmente descoberta, também chamada de "inevitable discovery doctrine". A Corte firmou o posicionamento de que a "exclusionary rule" não se aplicaria no caso, uma vez que estava claro que as equipes de buscas voluntárias descobririam, mais cedo ou mais tarde, a localização do corpo da criança, independente do depoimento de Williams.

A própria jurisprudência do STF usa o referido caso como base de fundamentação nas decisões:

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

¹⁷¹ POLASTRI LIMA, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 484.

¹⁷² CABRAL, Bruno Fontenele. **A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro**. Jus navigandi. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/12658/a-doutrina-das-provas-ilicitas-por-derivacao-no-direito-norte-americano-e-brasileiro>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

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.¹⁷³

O STJ segue a mesma linha:

Embora a interceptação telefônica tenha sido dirigida ao telefone do paciente por equívoco, não se tratou de diligência aleatória dirigida ocasionalmente. De fato, acreditava-se que o terminal telefônico pertencia ao investigado Guilherme Toldo Porto, cuidando-se, portanto, de interceptação autorizada dentro da legalidade. Após a constatação do equívoco, de plano, retificou-se o pedido de quebra. Ademais, o fato de a interceptação telefônica no número do paciente ter revelado seu envolvimento no esquema criminoso investigado não pode ser considerado como prova ilícita, uma vez que deferida de modo fundamentado, não obstante visar a pessoa diversa. Destarte, a descoberta da participação do paciente nos crimes investigados se insere no instituto da descoberta inevitável, o que confirma a ausência de ilegalidade na hipótese dos autos.¹⁷⁴

Aury Lopes Jr.¹⁷⁵ faz um importante alerta sobre o ônus da prova nos casos de alegação de descoberta inevitável. Para o autor, o ônus da prova da descoberta inevitável é inteiramente da acusação.

Uma vez examinadas as teorias da prova ilícita por derivação, da fonte independente e da descoberta inevitável, necessário fazer uma breve diferenciação entre esses três institutos.

No caso da prova ilícita por derivação, fruto da teoria da árvore dos frutos envenenados, existe uma prova originária que é ilícita e desta derivam outras provas que acabam se tornando ilícitas por conta do nexos causal em comum.

No caso da fonte independente, deve-se atentar para a possibilidade de um mesmo fato ser provado de diversas formas. É possível que dentre essas possibilidades existam tanto meios de provas lícitos quanto ilícitos. Os meios de provas ilícitos não podem ser utilizados. Logo, para se chegar a uma conclusão sobre a viabilidade da prova é necessário verificar se o meio probatório está totalmente desvinculado de qualquer prova viciada, ou seja, o meio de prova deve ser totalmente independente de qualquer outro que esteja eivado de ilicitude.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91867-PA. Pacientes: Davi Resende Soares e Lindomar Resende Soares. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000192632&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 284574/SC. Paciente: Fernando Serafim Felisbino. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJ 3 maio 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60365159&num_registro=201304069559&data=20160510&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 27 jun. 2016.

¹⁷⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 410.

Por fim, na descoberta inevitável a questão da ilicitude resta superada pois é possível, no caso concreto, se provar que a conclusão investigatória seria a mesma, independentemente de ter havido alguma ilicitude no decorrer do procedimento de investigação ou não.

A descoberta inevitável também se faz presente no projeto de alteração do art. 157 do CPP das Dez Medidas de Combate à Corrupção, em seus incisos II e IV. No caso da descoberta inevitável, essa se revela de forma mais clara, saindo um pouco da zona cinzenta onde reside a fonte independente. No caso da descoberta inevitável, a ilicitude de uma prova anterior se faz irrelevante, pois, por mais que haja relação entre elas, a prova viria a ser obtida posteriormente, de modo lícito.

3.5. O VETO DO §4º DO ART. 157 DO CPP

O vetado §4º do art. 157 do CPP dispunha o seguinte: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.”

Tal comando impedia que o juiz que tivesse contato com a prova declarada inadmissível, dentre as quais se encontra a ilícita, não poderia proferir sentença ou acórdão. A regra revelava-se útil, pois uma vez que o juiz tivesse mantido contato com a prova seria grande a chance de ocorrerem vícios na formação do seu convencimento.

Sabe-se que a neutralidade é uma utopia, já que, como qualquer ser humano, o juiz também possui medos, traumas, preconceitos, preferências. Desse modo, somente a imparcialidade poderia ser exigida dos juízes, o que significa o afastamento do interesse dos magistrados no desfecho da causa.¹⁷⁶

Na mesma linha, Marcelo Marcante Flores e Raccius Potter¹⁷⁷, defendem que o caráter exegeta do juiz já foi superado e a tendência moderna da atuação do

¹⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v.1. p. 97.

¹⁷⁷ FLORES, Marcelo Marcante. POTTER, Raccius Twbow. **A motivação da decisão judicial: O mito da neutralidade e a influência dos discursos punitivistas no modo de pensar dos magistrados brasileiros**. Revista de Direito Penal e Processo Penal IOB, n.59., p. 60-73, dez-jan, 2010.

magistrado se baseia na criatividade. A criatividade acaba influenciada pelas vivências pessoais do juiz que se projetam sobre o processo. Contudo, além dessas vivências pessoais do magistrado, o que se vem observando na atualidade é a presença de forte influência social sobre a necessidade de punir, o que, na visão dos autores, se trata de uma inversão de valores, haja vista que o Direito Penal só deveria ser utilizado em última hipótese. Dessa forma, entende-se que o único caminho possível para que o magistrado se isente dessas influências externas é o de atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.

A atuação do juiz como garantidor não significa transformar o juiz numa máquina, mas sim servir de um parâmetro de conduta. Ou seja, sabe-se que separar as vivências pessoais da atuação sobre o processo é algo árduo, logo, o padrão de conduta do magistrado seria o de sempre observar as garantias mínimas do acusado ou réu, de modo a jamais suprimir-lhe o direito ao contraditório, a ampla defesa e aos direitos fundamentais.

Gustavo Badaró¹⁷⁸ afirma que:

A garantia do juiz natural se não é suficiente para assegurar um juiz imparcial, ao menos impedirá que o juiz seja alguém que tenha sido escolhido depois do fato a ser julgado, e com escopo de buscar um juiz parcial, isto é, mais alinhado ideologicamente, seja para beneficiar a quem se busca proteger, seja para prejudicar quem se busca punir.

Fazendo um paralelo com a questão de a possibilidade da prova ilícita contaminar o juiz que teve contato com ela, pode ser vislumbrado que a manutenção do magistrado no processo pode representar a quebra do dever de imparcialidade que o juiz deve guardar. Por muitas vezes a prova ilícita poderá levar o juiz a uma situação de pré-julgamento, ainda que de forma inconsciente.

A vedação à possibilidade de o juiz que manteve contato com a prova ilícita julgar a causa tinha respaldo justamente nessa hipótese de contaminação. O afastamento do magistrado revelava-se uma medida, no mínimo, prudente, haja vista que, a depender do tipo de prova que lhe fora submetida à apreciação, o convencimento do juiz já poderá ter-se formado de modo que mesmo que a prova seja desentranhada, ela já terá influenciado o julgador. Isso porque a prova ilícita, mesmo se desentranhada, uma vez que em contato com o magistrado, já pode ter modificado o

¹⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.112. jan./fev. 2015, p. 172.

olhar do juiz sobre o caso. A prova ilícita deixaria o processo para se transformar num elemento psíquico-valorativo capaz de guiar o juiz em todas as decisões que proferisse no processo a partir dali. Dessa forma, o afastamento do juiz se apresentava como uma medida adequada para evitar qualquer tipo de aproveitamento da prova ilícita.¹⁷⁹

Observam-se então as razões do veto:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada. Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.¹⁸⁰

O cerne do veto consiste na proteção à celeridade processual, onde o afastamento do juiz poderia causar transtornos ao andamento do processo, já que, ocuparia o seu lugar um magistrado que não teve contato com o caso. Algumas observações merecem ser feitas a respeito disso.

Sobre a garantia da imparcialidade do magistrado, Maria Edith Salgretti¹⁸¹ aduz que “o mero desentranhamento físico da prova contaminada não é medida capaz de garantir a imparcialidade do magistrado”. Isso porque tal prova já ingressou no âmbito emocional do juiz e, a partir daquele momento, ele já foi levado a valorar os fatos de uma forma diferente.

Caso não haja a substituição do magistrado, é considerável o risco de que provas ilícitas, mesmo que desentranhadas dos autos, viciem o convencimento do juiz e este, ainda que implicitamente, poderá fundamentar suas decisões em tais provas.

¹⁷⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.413.

¹⁸⁰ BRASIL. **Mensagem nº 350, de 9 de junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016.

¹⁸¹ SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. **A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 117. ano 23. São Paulo: Revista dos tribunais, nov.-dez. 2015, p. 209.

Dessa forma, o veto presidencial ao §4º do art. 157 do CPP foi um ato retrógado por possibilitar o uso das provas ilícitas dentro do processo penal já que, por mais que o magistrado não possa fundamentar com base em tais provas, o campo psíquico do julgador já poderá estar afetado. O veto seria, por essa razão, inconstitucional e somente com o afastamento conjunto do juiz e das provas é que se poderia obter tanto o afastamento físico da ilicitude probatória quanto o afastamento psíquico da convicção viciada do magistrado.¹⁸²

Em relação ao veto do §4º do art. 157 do CPP, Aury Lopes Jr.¹⁸³ faz duras críticas à manutenção do juiz contaminado para o julgamento do processo. Nas palavras do autor, não é suficiente que somente a prova seja desentranhada, “o juiz também deve ser desentranhado”. Isso porque, a partir do momento do contato com a prova ilícita, não há mais como se garantir que o juiz não esteja decidindo com base naquele substrato probatório: passa a existir uma má qualidade na jurisdição exercida por esse julgador. Por isso, o afastamento do magistrado seria a medida adequada a se tomar. O que se admite no Brasil é que todas as provas, a princípio, são lícitas e independentes, só convertendo-se em ilícitas quando a sua ilicitude ou derivação de ilicitude forem suficientemente provadas. Isso acaba ensejando manobras argumentativas para proteger a prova ilícita ou, ao menos, a fundamentação decisória, que se ampare nela. Na opinião do autor, o correto seria considerar que, a princípio, todas as provas derivadas das ilícitas também se presumam contaminadas, só sendo cabível a admissão no processo quando provado que se trata de fonte independente e imaculada. Por essa razão, a crítica do autor também defende que, caso o juiz não seja afastado, a sentença será nula, ainda que fundamentada em outras provas que não a ilícita, haja vista que já existe ali uma contaminação psíquica do juiz sobre o modo de se debruçar sobre todo o processo.

Afastar o magistrado que teve contato com a prova ilícita, dentro do sistema vigente, não parece ser uma medida razoável. Isso porque, como se viu, independente do juiz que esteja no comando do caso, existe a possibilidade do processo exercer

¹⁸² SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 117. ano 23. São Paulo: Revista dos tribunais, nov.-dez. 2015, p. 210.

¹⁸³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 413-416.

algum tipo de influência psíquica sobre ele, especialmente em tempos de internet e redes sociais, onde a comunicação é muito fácil. Dessa forma, por mais que juízes sejam substituídos, o objetivo da norma não conseguirá ser alcançado. Contudo, isso deve ser também examinado sob a ótica do caso concreto, haja vista que, a partir do momento em que as informações contidas na prova ilícita passam a influenciar diretamente na condução do juiz diante do processo, comprometendo seus deveres funcionais, principalmente o da imparcialidade, aí sim, o julgador deverá ser afastado. A inserção do Juiz de Garantias, objeto do projeto do Novo CPP, busca atenuar esse risco de contaminação, bem como diminuir a incidência de arbitrariedades dentro do judiciário, visando afastar o caráter inquisitivo do Processo Penal brasileiro.

3.6. RESPONSABILIDADE PELO USO DE PROVAS ILÍCITAS

A primeira coisa a se discutir quando se fala em responsabilidade pelo uso de provas ilícitas é o tipo de responsabilidade que pode recair sobre o indivíduo que se valeu de tais meios. A prova ilícita é uma prova imoral, haja vista que vai de encontro a todos os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Inegavelmente a prova ilícita representa uma lesão não só a moral como também a direitos fundamentais. Luigi Ferrajoli¹⁸⁴ faz importante análise sobre o tema, especialmente ao se referir a casos onde o Estado figura como o lesante, já que “os direitos fundamentais se encontram incorporados positivamente nas Constituições e suas lesões são por meio dos princípios sancionados pelo mesmo direito”.

A maximização do poder estatal enseja a ocorrência de novas lesões a direitos fundamentais e que estas perdurem indeterminadamente. A forma de combater esse tipo de abuso por parte do Estado seria por meio da minimização do poder estatal e maximização das garantias fundamentais.¹⁸⁵

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 847.

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 857.

Para identificar a providência cabível contra uma violação decorrente do uso de prova ilícita, parte-se de referência jurisprudencial do STF sobre o tema, no julgamento do Agravo de Instrumento 578858¹⁸⁶:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GRAVAÇÃO. CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. INEXISTÊNCIA DE CAUSA LEGAL DE SIGILO OU DE RESERVA DE CONVERSAÇÃO. LICITUDE DA PROVA. ART. 5º, XII e LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.

Trata-se de um recurso interposto com o objetivo de reconhecer a ilicitude da prova e conseqüentemente uma indenização por danos morais. O recurso acabou tendo negado o seu provimento, contudo, é possível extrair dele que, caso houvesse a configuração de prova ilícita, haveria a possibilidade de indenização por danos materiais e morais, isso porque, conforme posto na conceituação da prova ilícita, viu-se que ela é fruto de uma violação de direitos constitucionais ou legais. No que tange aos direitos constitucionais, as provas ilícitas são obtidas mediante violação de direitos como a honra, a intimidade, o sigilo telefônico, entre outros, que, a depender do caso, demandarão ressarcimento na forma de danos morais.

Nesse sentido, Luiz Avolio¹⁸⁷ alerta que muitas vezes, sobretudo por conta do avanço tecnológico e da ampliação dos meios de prova, é possível que tanto a moral quanto os direitos da personalidade se tornem vulneráveis e possam ser atingidos com mais facilidade. Diante disso não se pode perder de vista que uma prova que lese a moralidade ou os direitos da personalidade será, no mínimo, uma prova imoral, e por conta disso também será ilícita, não havendo que se falar em proporcionalidade quanto a esse tipo de violação, pois ela é totalmente contrária ao ordenamento jurídico.

Por conta dessa violação a direitos da personalidade do indivíduo, a prova ilícita, de acordo com o que dispõem o arts. 186 e 187 do Código Civil¹⁸⁸ pode ser causa de

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 578858/RS. Agravante: José Flávio Abreu Nery. Agravado: Azelia Salete de Oliveira Moreira. Relator: Min. Ellen Gracie. DJ 04 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601780>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

¹⁸⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 273-274.

¹⁸⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

responsabilidade civil, culminando em danos morais ou materiais em benefício daquele que teve seu direito violado.

O dano moral é uma compensação direcionada não ao sentimento de tristeza ou frustração da vítima, mas sim para compensar um interesse lesado. O dano moral é arbitrado pelo judiciário e deve corresponder ao prejuízo experimentado pelo autor da ação (no caso das provas ilícitas, o autor será o acusado no processo penal). O dano moral deve ser pago em dinheiro ou de forma não pecuniária, como, por exemplo, a divulgação em mídia aberta da violação ocorrida.¹⁸⁹

Vale destacar que o uso de provas ilícitas não é crime, mas é possível que para a obtenção dessas provas tenham ocorrido fatos delituosos. No que diz respeito aos ilícitos penais para a obtenção das provas ilícitas (torturas, ameaças, entre outros), esses terão sua apuração criminal à parte, haja vista que a responsabilidade criminal não se apura em conjunto com a cível, como preceitua o art. 935 do CC¹⁹⁰.

A exceção dessa responsabilização pode ser vislumbrada no caso de uso de provas ilícitas em favor do réu, conforme se examinará detalhadamente no capítulo seguinte. Mas, no que tange ao aspecto cível, uma vez que o fato seja amparado por uma excludente de ilicitude na seara criminal, haverá preclusão do direito à reparação no cível.¹⁹¹

Contudo, o grande risco que prova ilícita cria recai sobre distorções impostas no processo que possam comprometer a imparcialidade do julgador. Isto é, a garantia de que o juiz vai decidir livremente com base nos argumentos apresentados pelas partes e juntados ao processo por meio de provas, se torna ameaçado pela prova ilícita. Esse risco poderá comprometer tudo o que foi examinado ao se tratar de ônus da prova e da resolução da dúvida em favor da defesa, mediante aplicação do princípio do *in dubio pro reo* a partir do momento em que o juiz se deixa influenciar, de modo efetivo, por essas provas.¹⁹²

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.16-18.

¹⁹⁰ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

¹⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 580-581.

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 847.

No Projeto de Lei 4850/2016, em seu art. 16, visa a alteração do art. 157 do CPP, implantando o §5º no referido dispositivo, com o seguinte conteúdo:

§ 5º O agente público que dolosamente obtiver ou produzir prova ilícita e utilizá-la de má fé em investigação ou processo, fora das hipóteses legais, sujeita-se a responsabilidade administrativa disciplinar, sem prejuízo do que dispuser a lei penal.

Desse dispositivo, já se pode perceber que, na prática, a responsabilidade dos agentes públicos (aqui incluso também o magistrado que decide com base em prova ilícita) será uma tarefa árdua, haja vista que a prova da má fé sobre esses sujeitos, na maioria das vezes, será uma prova diabólica.

Ante o exposto, a recomposição dos danos decorrentes do uso de provas ilícitas deveria ser regra, independente da condenação final do indivíduo ou não. A prova ilícita, em regra, representa uma violação que deve ser compensada. A exceção só deveria existir em casos onde a conduta estivesse amparada por uma excludente de ilicitude. O magistrado, por mais que tenha a liberdade decisória, não pode se amparar exclusivamente em provas ilícitas, devendo fundamentar idoneamente suas decisões, sujeitando-se à sanções disciplinares e penais.

4. A (IM)POSSIBILIDADE DO USO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Conforme examinado nos capítulos anteriores, a prova ilícita, em regra, é inadmitida no direito brasileiro, conforme posição da Constituição Federal e do Código de Processo Penal.

Todavia, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, existem teorias específicas que permitem que tais provas podem ser utilizadas no processo. Dentre as teorias mais discutidas na doutrina, tem-se a da inadmissibilidade absoluta, a da admissibilidade em benefício do réu e a da admissibilidade em benefício da sociedade, sendo essas duas últimas, fruto do exercício do princípio da proporcionalidade.

A partir dessa premissa inicial, pretende-se, neste capítulo, examinar tanto a hipótese de inadmissão como a admissão da prova ilícita, bem como suas vertentes, além de tratar do tema sob a ótica do direito comparado.

4.1. INADMISSIBILIDADE ABSOLUTA

A teoria que preza pela inadmissibilidade absoluta se guia pela proteção aos direitos individuais constitucionalmente consagrados. Não haveria, com base nessa teoria, a possibilidade de qualquer violação a direitos garantidos constitucionalmente. Seria uma forma de garantir um mínimo ético no que diz respeito à produção probatória, sendo uma forma de assegurar à defesa o equilíbrio processual.¹⁹³

Eugênio Pacelli¹⁹⁴ ensina que a vedação absoluta às provas ilícitas decorre de uma proteção não só aos direitos individuais, mas também à qualidade dos meios probatórios utilizados, o que contempla a possibilidade de o meio, apesar de lícito, consistir em lesão a direito. Existem casos, como o das interceptações telefônicas, nos quais, desde que autorizado, é permitido restringir o direito à intimidade do investigado sem que isso configure lesão.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁹⁵, a vedação ao uso de provas ilícitas corresponde a uma proteção direcionada a valores éticos e a direitos individuais, de

¹⁹³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 345.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 346.

¹⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.3, p. 247.

modo que “se a Magna Carta proíbe a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, evidente não mais poderem ser admitidas as provas em afronta à dignidade humana e outros direitos fundamentais do homem de que trata a Lei das Leis”.

A teoria da inadmissibilidade veio a se firmar com a CF/88, haja vista que, antes do advento da Carta Magna, havia, sobretudo nas questões cíveis, a preponderância da teoria da admissibilidade da prova ilícita, onde deveria somente ser responsabilizado o infrator pelos danos decorrentes do ato ilícito de obtenção das provas. Dessa forma, até a vigência da CF hodierna, existiam julgados onde provas obtidas mediante extorsão e gravações clandestinas eram aceitas.¹⁹⁶

No âmbito exterior, a admissibilidade da prova ilícita perdurou até o fim do século XIX, mais precisamente até o julgamento do caso *Boyd v. United States*, de 1885, quando a Suprema Corte americana entendeu que a apresentação forçada de documento pelo acusado violava as Emendas IV e V da Constituição dos Estados Unidos.¹⁹⁷

Uma importante informação trazida por Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁹⁸, em estudo sobre o direito norte-americano, revela-se consonante com os levantamentos estatísticos constantes neste trabalho sobre a desconfiança do povo brasileiro na atuação policial. Trata-se do caso *Weeks*, no qual fora apreendido um documento na casa do acusado sem o devido mandado. Segue a análise do posicionamento da Suprema Corte, trazido pelo autor:

A maioria dos juízes da Suprema Corte observou que a previsão de sanções civis, penais ou administrativas não constitui freio suficiente à atuação ilegal da polícia. Assim porque, em primeiro lugar, na maioria dos casos os abusos são cometidos contra pessoas das classes menos favorecidas, que não teriam recursos para promover ações de ressarcimento; segundo, porque a repressão penal dependeria da iniciativa dos mesmos órgãos de persecução aos quais se destinavam as provas obtidas ilicitamente, e em um sistema dominado pela oportunidade da ação penal, dificilmente tal ocorreria; finalmente, seria muito otimismo esperar que os próprios organismos policiais aplicassem penalidades disciplinares a seus membros, incentivando-os a somente agir dentro da lei. Por tais motivos, entendeu-se que apenas a exclusão das provas conseguidas ao arrepio da lei seria um eficaz impedimento a tais abusos.

¹⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.136.

¹⁹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As Reformas no Processo Penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 262.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 263.

No Direito processual penal Alemão, que se mostra como um dos sistemas que levam a questão da verdade material quase às últimas consequências, a partir da década de 60, já se vem orientando no sentido de haver limites intransponíveis na busca pela verdade processual. Na mesma linha, o direito italiano veio a mudar de paradigma na década de 70, inicialmente, ao proibir o uso de provas obtidas por meio de interceptação telefônica sem autorização e, posteriormente, na criação do CPP italiano de 1988, que inseriu algumas vedações, como a impossibilidade de a prova que foi fruto de violação de direito ingressar ao processo, devendo ser inutilizada. No Brasil, durante muito tempo vigorou o princípio da “veracidade da prova”, no qual o a prova era analisada pela carga de convencimento que continha, de modo que qualquer irregularidade na sua obtenção seria processada em apartado, na forma de ilícito penal ou administrativo, ou seja, não havia implicação na questão da admissibilidade. Tal cenário veio a se modificar um pouco antes do advento da CF/88, com a mudança de posicionamento dos tribunais.¹⁹⁹

Um dos julgados que revelou essa evolução paradigmática acerca da admissibilidade das provas ilícitas consta na RTJ 122/47²⁰⁰, na qual foi determinado o trancamento de um inquérito policial instaurado com base em interceptações ilicitamente realizadas por particulares.

Vale lembrar que a inadmissibilidade conferida pela CF veio a ser completada pelo CPP, e se refere atualmente à prova ilícita, que é a prova obtida em violação a direito material; a prova ilegítima, que é a obtida por meio de violação a direito processual e também às provas derivadas das ilícitas, conforme adoção pelo STF da teoria dos frutos da árvore envenenada, esta que não foi abordada de modo expreso pela jurisprudência, mas que é defendida pela doutrina majoritária.²⁰¹

Uma vez que a sentença tenha por fundamento a prova ilícita, ela deve ser reputada nula e pode ser desconstituída via revisão criminal ou habeas corpus. Os demais atos processuais poderão ter a mesma sorte, uma vez que se comprove que decorreram de provas ilícitas. Já no caso do Júri, o Conselho de Sentença deve ser

¹⁹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As Reformas no Processo Penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 263-264.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência. n.122. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/122_1.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2016.

²⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 138-139.

desfeito, uma vez que os jurados tenham firmado sua decisão fundamentada em provas ilícitas, sendo essa uma providência também utilizada nos tribunais norte-americanos.²⁰²

O grande fundamento por trás dessa vedação reside na necessidade de proteção tanto à ética processual quanto aos direitos constitucionalmente garantidos. A relação processual é regida por normas jurídicas e norma de conduta, sendo um instrumento de pacificação social.²⁰³

Para Antônio Scarance Fernandes²⁰⁴, a prova ilícita não pode ser produzida ou deve ser excluída, sendo a exclusão procedida pelo magistrado, de ofício, ou a requerimento do acusado. Na visão do autor não se trataria de nulidade, uma vez que a prova sequer poderia ser admitida. As prova ilícitas poderão ser impugnadas a qualquer tempo, podendo também ser atacadas por via de preliminar em recurso de apelação.

Aury Lopes Jr.²⁰⁵ critica a teoria da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas por conta do risco de engessamento no processo penal brasileiro. Segundo o doutrinador, na sociedade contemporânea não existe mais espaço para conceitos absolutos. Entretanto, ressalta que existe, ainda, adoção desta teoria por parte da jurisprudência nacional, vide os fundamentos usados pelo STF no voto do Ministro Relator Celso de Mello em trecho do julgamento do HC 103.325-RJ²⁰⁶, em que o Ministro Relator chega a criticar o uso do princípio da proporcionalidade como forma de relativização da possibilidade do uso das provas ilícitas, por considerá-lo uma “carta branca” para a admissão irrestrita da prova ilícita no processo penal:

Por isso mesmo, Senhores Ministros, assume inegável relevo, na repulsa à “crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria”, a advertência de LUIS ROBERTO BARROSO, que, em texto escrito com a colaboração de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas” “in” RDA 213/149-163), rejeita, com absoluta correção, qualquer tipo

²⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio

Magalhães. **As Nulidades no Processo penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 142.

²⁰³ *Idem*. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: O Contempt Of Court. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.) **Princípios e Temas Gerais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1, p. 963.

²⁰⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 89-90.

²⁰⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 404.

²⁰⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 103.325-RJ. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso De Mello. DJ 03 abr. 2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081131>>. Acesso em: 4 jul. 2016.

de prova obtida por meio ilícito, demonstrando, ainda, o gravíssimo risco de admitir-se essa espécie de evidência com apoio no princípio da proporcionalidade.

Os defensores da inadmissibilidade absoluta pecam por não abrirem margem ao uso das provas ilicitamente obtidas em nenhuma situação. Essa não parece a melhor opção, pois vedar por completo o uso da prova ilícita representa uma visão extremista, o que pode impedir, no caso concreto, tutelar de forma mais efetivas determinadas situações. Isto é, impedir o uso da prova obtida ilicitamente em todas as situações, pode, no caso concreto, prejudicar tanto a atuação da acusação quanto da defesa, acabando por obstar tanto a punição do acusado, quanto seu exercício de defesa.

Para o acusado, a vedação absoluta representaria uma tranquilidade e o afastamento da sensação de punição a qualquer preço, haja vista que uma vez vedadas de forma absoluta, as provas ilícitas jamais poderiam ser fruto de violações. Essas violações não devem ser entendidas aqui como exclusivas sobre o direito do acusado, devendo se estender também a terceiros. Isto é, outras pessoas podem ter, também, o direito violado na obtenção de provas ilícitas e também merecem proteção.

A partir desse contraponto é que se abre a discussão sobre a admissão do uso de provas ilícitas dentro do processo penal. Trata-se de uma celeuma que envolve a aplicação do princípio da proporcionalidade como um fator limitador para a possibilidade do uso da prova ilícita e, dentro dessa possibilidade de admissão, surgem duas teorias contrapostas sobre o tema. Enquanto uma delas defende o uso em favor do réu, a outra defende o uso em benefício da sociedade.

Ante o exposto, se vê que não é possível utilizar a teoria da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas de forma plena pelo seu caráter extremista. Existirão casos, onde a admissibilidade da prova ilícita se dará mediante um juízo de proporcionalidade entre a lesão praticada e o bem jurídico lesado. Isso deve ser levado em consideração não somente em relação ao lesante e ao lesado, mas também em relação a terceiros, que podem ser vítimas nessas situações. Então, o que deve se propor quando se afasta o princípio da vedação absoluta e se aceita o uso da proporcionalidade como forma de admissão de provas ilícitas é conceder a possibilidade de uma melhor tutela para o caso concreto, mas isso deve ser limitado,

de modo que seja afastado o excesso e a determinação prévia da prevalência de determinados direitos sobre outros, sem que antes se faça análise do caso concreto.

4.2. A ADMISSIBILIDADE EM NOME DA PROPORCIONALIDADE

Antes de enfrentar o tema da admissão em nome da proporcionalidade, convém mencionar uma corrente minoritária, inexistente atualmente na jurisprudência pátria, que defende a admissibilidade absoluta da prova ilícita. Sustentam seus defensores que bastaria que o violador respondesse em outro processo pelos danos decorrentes da violação para que a prova pudesse ser admitida. A única condição para a admissão da prova seria a sua validade processual, isto é, bastaria que a prova fosse formalmente admitida no ordenamento interno para que ela pudesse ser utilizada.²⁰⁷

A título exemplificativo, já tendo esposado o entendimento recente do STF em reconhecer a licitude da prova decorrente de ingresso domiciliar sem mandado judicial durante a noite para situações de flagrante, conforme ensina Franco Cordero²⁰⁸, a teoria da admissibilidade absoluta admitiria que, sempre que houvesse violação de direitos para a produção da prova, estas poderiam ser utilizadas no processo, salvo se houvesse alguma norma processual que impedisse o seu uso. Caberia, entretanto, ao violador, responder em processo autônomo pela violação praticada.

A crítica que se faz a essa teoria é que haveria um estímulo ao cometimento de atos ilícitos visando a obtenção de provas favoráveis no processo, de modo que bastaria que houvesse a indenização pela lesão de direito material provocada para que a prova fosse válida (caso não houvesse vedação dentro do próprio processo).

A maioria da doutrina vem defendendo a possibilidade do uso de provas ilícitas somente mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Para que se fale em proporcionalidade, não se pode desprezar os ensinamentos de Ronald

²⁰⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 403.

²⁰⁸ CORDERO, Franco *apud* LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 403-404.

Dworkin²⁰⁹, ao estabelecer a diferença entre regras e princípios. As regras seriam aqueles preceitos que possuiriam o caráter tudo-ou-nada, isto é, ou a regra é válida ou não é, não existindo a possibilidade de flexibilização. Já os princípios estabelecem condições gerais que garantem a sua aplicação, a ser confirmada por uma decisão de uma autoridade pública. Dessa forma, através de um exercício de ponderação, um princípio pode interpretar uma regra, a depender do caso concreto, como constitucional ou inconstitucional.

Com base em tais ensinamentos, os defensores do uso do princípio da proporcionalidade como forma de possibilitar o uso de provas ilícitas no processo penal, encaram as vedações constitucionais e legais como uma espécie de princípio e não como uma regra absoluta. Por isso, a depender das circunstâncias casuísticas, defende-se o uso das provas ilicitamente obtidas.

A respeito do princípio da proporcionalidade, Denilson Feitoza Pacheco²¹⁰ ensina que:

Os entes normativos (bens jurídicos, condutas, objetivos etc.) contidos em uma Constituição também têm as propriedades de rigidez normativa e de hierarquia normativa superior, razão pela qual não há como um ente simplesmente eliminar o outro da Constituição no caso de colisão. Sendo muitas vezes antagônicos, como ocorre em nossa Constituição, e gozando de tais propriedades, disso decorre necessariamente, a sua ponderabilidade a qual nos remete à idéia de proporcionalidade em sentido estrito.

Desse modo, a proporcionalidade seria uma forma de relativizar, com base nas peculiaridades do caso concreto, a proteção a um direito fundamental em detrimento de outro. Essa relativização deve ocorrer da forma mais branda possível, haja vista que ambos os direitos fundamentais em choque são igualmente tutelados, mas que, num dado caso, fez-se necessário que um prevalecesse sobre o outro.²¹¹

Para Robert Alexy²¹²:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-45.

²¹⁰ PACHECO, Denilson Feitoza. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 88.

²¹¹ *Ibidem*, p.88.

²¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116-117.

Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

O grande risco dessa teoria reside na abertura e no risco decorrente da possibilidade de manipulação do conceito de proporcionalidade.²¹³

Contudo, deve se ter em mente que a manipulação é algo inerente ao próprio Direito, pois se trata de um instrumento de convencimento apto a condenar ou absolver um indivíduo. A teoria da admissibilidade das provas ilícitas por meio da proporcionalidade pode ser manipulada tanto em favor da acusação, quanto em favor da defesa, mas, nestes casos, haverão outros argumentos para autorizar a admissibilidade em favor do acusado, como o *in dubio pro reo* e o princípio do Estado democrático de direito, que impede que uma pessoa inocente seja condenada. Dessa forma, não é a manipulação que permite que a prova ilícita seja usada em benefício da defesa, mas sim a existência de outros princípios no ordenamento que conferem essa possibilidade.

Também é sabido que a manipulação não ocorre exclusivamente no tocante à provas ilícitas. O próprio princípio da ampla defesa pode ser ampliado para beneficiar o acusado, como nos casos dos recursos abusivos, que retardavam o julgamento dos processos, que veio a ser limitado recentemente com a decisão do STF determinando a possibilidade de execução provisória da pena, conforme visto no capítulo pertinente à ampla defesa.²¹⁴

O que não se pode perder de vista, em hipótese alguma, é o risco do excesso. As provas ilícitas, só podem ser admitidas em última instância, essa é a regra e deve ser respeitada. A exceção é a sua permissão em hipóteses específicas, que serão valoradas no caso concreto.

²¹³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 405.

²¹⁴ Antes da decisão que determinou a possibilidade da execução provisória da pena, o sujeito só poderia ser considerado como culpado depois do esgotamento de instâncias. Dessa forma, o que ocorria é que diversos recursos eram interpostos para retardar o curso do processo e com isso o réu acabar sendo beneficiado pela prescrição ou simplesmente retardar ao máximo uma eventual prisão. No julgamento do HC 126.292 que deu origem a esse novo paradigma, os fundamentos foram basicamente os de que as instancias superiores não tem a finalidade de servir como terceira ou quarta chance dos recorrentes, mas tão somente de uniformizar a interpretação constitucional. Além disso, defendeu-se que a presunção de inocência não é um princípio absoluto e pode vir a ser relativizado em alguns casos, sobretudo em nome da efetividade da justiça e da proteção social. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754&caixaBusca=N>>. Acesso em: 26 out. 2016.

A prova ilícita implica em violação a bens jurídicos, seja para a defesa seja para a acusação. Em certos casos será preferível conviver com a “inocência” de um sujeito que teve sua culpa demonstrada por provas ilícitas, do que com a condenação de um sujeito com base nessas mesmas provas.

Mas tudo isso só pode ser analisado no caso concreto. Definir critérios previamente é extremamente arriscado, pois pode comprometer todo o sistema. A melhor opção seria então a de manter a regra da inadmissibilidade e possibilitar a valoração no caso concreto.

Sobre a aplicação prática, são poucos os julgados que defendem esse tipo de solução. A mais recente onde se pode visualizar esse tipo de postura trata-se do HC 3982²¹⁵ do RJ, julgado pelo STJ:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFONICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5. DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE 'SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO', NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PROPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA 'ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDENCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA 'RAZOABILIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS' (EXCLUSIONARY RULE) TAMBÉM LÁ PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA.

Ante o exposto, percebe-se que, o uso do princípio da proporcionalidade como fator de admissibilidade das provas ilícitas não deve ser utilizado como regra, pois trata-se de uma medida excepcional, utilizada raríssimas vezes na jurisprudência brasileira. Todavia, dois desdobramentos da admissão por meio da proporcionalidade merecem uma atenção especial no que diz respeito à questão das

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 3982/RJ. Paciente: Waldemir Paes Garcia. Impetrado: Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Adhemar Maciel. DJ 26 fev. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500531615&dt_publicacao=26-02-1996&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 5 jul. 2016.

provas ilícitas, quais sejam o uso da prova ilícita em benefício do réu e o uso da prova ilícita em benefício da sociedade, conforme se passa a examinar.

4.2.1. Admissibilidade em benefício do réu

A admissibilidade da prova ilícita em benefício do réu decorre essencialmente do direito a ele conferido de provar, a qualquer custo, a sua inocência. Trata-se também de uma vertente do uso do princípio da proporcionalidade, onde são sopesados interesses contrapostos, existindo a tendência a prevalecer o direito à liberdade do réu em confronto com os eventuais direitos violados para a sua obtenção. Essa é uma das principais razões da viabilidade do uso da prova ilícita para os defensores da admissão em nome do princípio da proporcionalidade, indo de encontro à ideia daqueles que defendem a vedação absoluta do art. 5º, LVI da CF.²¹⁶

A admissão da prova ilícita *pro reo* se ampara numa questão de política criminal do Estado democrático de Direito. É uma forma de não sacrificar a eficiência processual e condenar um inocente se este, por meios ilícitos, conseguir vir a provar sua inocência.²¹⁷

Isso implica um choque de valores constitucionais onde é garantido ao réu, por meio do exercício do princípio da proporcionalidade, proteger a sua liberdade e consequentemente a sua inocência a todo custo.

A primeira característica a ser observada no que diz respeito ao uso da prova ilícita em benefício do réu é que a violação é cometida por um particular. Isso significa que não é o Estado que vai promover a busca pela inocência do réu, mas ele próprio, logo, a violação se dará por conta de um particular (o réu) e não por um agente público ou pelo querelante (nos casos de ação penal privada).²¹⁸

Antônio Scarance Fernandes²¹⁹ atenta para o fato de haver parte da doutrina que defende o uso das provas ilícitas em prol da acusação, em nome do princípio da

²¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 476.

²¹⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 201.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 202.

²¹⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86.

isonomia. Tal tema será abordado com maiores detalhes quando se falar em admissibilidade da prova ilícita em benefício da sociedade.

Mas nesse momento é necessário tratar da situação que ocorre quando quem acusa não é o Estado, que são os casos das ações penais privadas. Nesse caso, em tese, as partes estão em igualdade, por isso, poderia ser permitido o uso da prova ilícita em benefício da acusação. Contudo, isso não pode ser levado como regra. Independente da hipótese, para que se possa utilizar provas ilícitas deve existir uma prévia autorização judicial mediante o exercício da proporcionalidade, haja vista que existe uma vedação clara a respeito do uso de provas ilícitas. Estabelecer critérios de concessão previamente representam um grave risco para desnaturar todo o sistema.

No Processo Civil, a lógica da admissão do uso das provas ilícitas funciona mediante o uso da proporcionalidade, pois as partes possuem paridade de armas. Contudo, na seara cível, a teoria da admissibilidade das provas ilicitamente obtidas também permanecem como exceção, só devendo ser aproveitada no caso concreto, tendo em vista a existência de dois direitos fundamentais contrapostos. Tais direitos são o direito fundamental à prova e a vedação ao uso de provas ilícitas. Nesse caso, vem se possibilitando o aproveitamento do material probatório ilicitamente obtido por meio de alguns critérios, tais como o de inexistência de outro meio possível de prova, o que implicaria na inviabilização do direito à prova pela parte; o bem jurídico protegido, no caso, deve se mostrar mais relevante que o bem jurídico lesado; a parte que se valeu da prova ilicitamente obtida deve ser responsabilizada na esfera penal, civil, administrativa, etc.²²⁰

De volta ao Processo Penal, a possibilidade do uso da prova ilícita em benefício do réu é posicionamento praticamente unânime na doutrina brasileira. O respaldo para tal aplicação consiste na proteção garantida pelo princípio *favor rei*, o que acaba convertendo a ilicitude probatória em legítima defesa, excluindo a antijuridicidade da conduta.²²¹

O princípio do *favor rei* está intimamente ligado ao princípio da presunção de inocência. Trata-se de um princípio que determina a prevalência da liberdade em

²²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v.2, p. 32-35.

²²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 134-135.

situações de dúvidas e conflitos entre direitos fundamentais. Dessa forma, havendo incertezas quanto a prática de um crime, o sujeito deve ser posto em liberdade e conseqüentemente absolvido.

Para que um sujeito possa vir a sofrer as conseqüências da pena é necessário que haja o atendimento ao devido processo legal para retirá-lo da condição de inocente e imputar-lhe culpa. Esse devido processo legal deve ser procedido com base em provas, pois somente elas é que podem fundamentar a convicção do juiz para que se possa mudar o status do réu de inocente para culpado. Deriva-se do *favor rei* o princípio do *in dubio pro reo*, de modo que as absolvições fundamentadas na dúvida probatória levam à absolvição do réu, que em última instância protege a própria liberdade do processado. Desse modo, cabe tão somente à acusação comprovar a culpabilidade do acusado, tendo este o direito de se abster da produção de prova contra si mesmo e ao amparo do benefício da dúvida.²²²

Para Paulo Rangel²²³, o direito à liberdade de locomoção superaria embate contra qualquer outro, o que garantiria, por esse fundamento, a possibilidade de o réu se valer de prova ilícita para provar sua inocência. Ilustra-se como exemplo a conduta do réu de grampear ligações telefônicas para que possa provar não ser o autor de um determinado fato. Nesse caso, no momento em que o princípio da liberdade de locomoção e do sigilo de comunicações forem contrapostos, a prevalência deverá ser sempre daquele. Isso faria com que houvesse exclusão de ilicitude da conduta do réu, restando ela amparada pelo direito.

Rogério Greco²²⁴, em abordagem sobre as causas excludentes de ilicitude, ensina que “no estado de necessidade a regra é de que ambos os bens em conflito estejam amparados pelo ordenamento jurídico. Esse conflito de bens é que levará, em virtude da situação em que se encontravam, à prevalência de um sobre o outro.”

Desse modo pode-se dizer que o réu, quando tiver contra si direcionada uma imputação injusta, fica autorizado, por conta de se encontrar em estado de necessidade, a valer-se de prova ilícita para provar sua inocência e preservar sua liberdade de locomoção.

²²² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência: Princípio e Garantias. *In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130-131.

²²³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 472-473.

²²⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 305-307.

Ada Pelegrini²²⁵ entende tratar-se tal medida de uma causa excludente de ilicitude, podendo ser enquadrada como uma hipótese de legítima defesa, apta a excluir o caráter antijurídico da conduta.

É pertinente criticar tal entendimento, uma vez que o uso de provas ilícitas pelo réu não constitui uma hipótese de legítima defesa, mas sim de estado de necessidade. A explicação para isso é que a atuação do Estado em face do indivíduo não pode ser encarada como uma forma de lesão à qual o sujeito tenha o direito de se defender. O processo representa um direito para o acusado, indispensável para a sua condenação e, ao mesmo tempo, um dever para o Estado, que deve apurar os fatos e condenar se presentes o elementos suficientes para tanto. Logo, quando o sujeito se vale de manobras ilícitas para obter provas, ele não está fazendo isso como uma forma de confrontar uma violação do Estado, mas sim agindo de modo a preservar sua liberdade, nas últimas consequências. Não é dever do Estado iniciar um processo guiado exclusivamente por uma finalidade punitiva, por isso o uso da prova ilícita não pode comparar-se a uma legítima defesa, mas sim a um estado de necessidade.²²⁶

Em que pese exista essa divergência, tanto o estado de necessidade quanto a legítima defesa são excludentes de ilicitude e, na prática, terão o mesmo efeito, qual seja o de permitir o uso da prova ilícita em benefício do réu mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme o art. 23 do Código Penal²²⁷.

Diante disso, pode-se perceber que é possível ao acusado atingir o direito à liberdade de terceiros para proteger a própria liberdade. O que deve servir de fator limitador, no caso, é a ponderação dos meios utilizados para tanto. Não pode o acusado, valendo-se do estado de necessidade ou da legítima defesa, extrapolar os limites de razoabilidade que pautam o princípio da proporcionalidade a ponto de causar no terceiro uma lesão mais grave do que o necessário.²²⁸

²²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 134-135.

²²⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 204.

²²⁷ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

²²⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Op. cit.*, 2007, p. 205.

A análise da aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser discutida no caso concreto, haja vista que, conforme exposto ao se tratar da admissibilidade em nome da proporcionalidade, a regra deve ser a de vedação do uso das provas ilícitas, contudo, ainda que em benefício do réu, só podendo tal regra ser flexibilizada mediante análise casuística do judiciário. Não é adequado entender que o uso da prova ilícita em favor do réu deve figurar como uma regra, pois trata-se de exceção. A diferença da permissibilidade conferida às provas ilícitas em benefício do réu para as provas ilícitas em benefício da sociedade é que existem uma série de princípios constitucionais que a sustentam o uso da prova ilícita em benefício da defesa.

Nesse sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho²²⁹:

No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência, parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior.

Percebe-se dessa forma que o direito ao uso de prova ilícita pelo réu não é amplo, devendo passar pelo crivo da proporcionalidade. Além disso, é necessário que a prova tenha, de fato, alguma utilidade, não sendo possível deferir a prova ilícita em benefício do réu em casos em que já existam nos autos outras provas capazes de inocentá-lo ou de abrandar pena que lhe fora imposta. Se a prova em benefício do réu for desnecessária, isto é, se ela já existe por meio de outras provas nos autos, ela deverá ser desentranhada, pois deixa de cumprir o fim excepcional a que se destina, passando a figurar como uma prova ilícita comum. Contudo, existe um justo receio de desentranhar a prova ilícita já que é possível que a prova venha a ser valorada de forma diversa entre o juízo de base e o tribunal. Dessa forma, a providência mais correta a se adotar é a de manter a prova no processo caso exista esse tipo de dúvida.²³⁰

²²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.85, jul./ago. 2010, a.18, p. 409.

²³⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 206.

José Carlos Barbosa Moreira²³¹ faz importante crítica a respeito da admissibilidade da prova ilícita exclusivamente em favor do réu. Para o autor, se fosse possível utilizá-la somente em favor da defesa, haveria afronta ao princípio da igualdade das partes. Isso porque, pelo que se vê nos tempos atuais, em certos casos a defesa está tão bem ou até mais bem equipada do que a acusação. Em suma, o que se pretende demonstrar é que uma das justificativas para o uso da prova ilícita somente *pro reo* era que se tinha de um lado um Estado acusador forte e do outro um acusado fraco, o que atualmente nem sempre vai se demonstrar no caso concreto. O doutrinador cita como exemplo o crime organizado, que vem-se desenvolvendo em larga escala e que já se pode constatar, em alguns casos, a superioridade bélica de traficantes de drogas, chegando até a um maior desenvolvimento do que a polícia estatal, de modo que permitir o uso da prova ilícita em benefício do réu (nesse caso específico do crime organizado) acabaria facilitando a produção da prova, por meios ilícitos, para que fossem usadas em benefício do crime organizado (usa como exemplo a coação de testemunhas para deporem em benefício do “poderoso chefe”).

Tal posição não se revela cabível, pois peca ao usar o exemplo do avanço do crime organizado como forma de fomentar a negação ao uso das provas ilícitas em benefício do réu. Uma coisa não pode ser justificativa para a outra. A proporcionalidade em benefício do réu deve ser utilizada como uma medida excepcionalíssima, utilizada para provar a inocência e salvaguardar a liberdade do acusado. À medida em que o sujeito se vale de meios lesivos para obter uma determinada prova e vem a se constatar que estas não são suficientes para provar sua inocência, ele deverá ser responsabilizado pelos danos que causar nessa empreitada. Ao que se tem notícia, são raríssimos os casos em que uma inocência é provada através de prova ilícita, logo, não há como sustentar a tese de que a abertura dessa possibilidade fomenta a criminalidade.

Outro ponto em que a posição do respeitável doutrinador peca, diz respeito a uma restrição ao uso de provas ilícitas somente sobre o crime organizado, pois, nesse caso, os criminosos estariam em paridade com o Estado. Essa limitação não se mostra adequada, pois acaba funcionando como uma regra de pré julgamento,

²³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.84, out./dez., 1996, a. 21, p. 147-148.

podendo haver outras possibilidades em que haja igualdade entre as partes e a prova ilícita não deva ser admitida, como no caso das Ações Penais Privadas. O que se buscou durante todo esse trabalho foi afastar exemplos que pré-determinassem determinadas regras de concessão, devendo a admissibilidade ou inadmissibilidade serem valoradas somente em face do caso concreto. Pelo que se extrai do ensinamento do autor, o fator determinante para considerar o uso de provas ilícitas reside na desigualdade no caso da prova ilícita *pro reo* (o réu deve ser mais fraco) e na igualdade na prova ilícita em favor da acusação (o acusado é forte). A prova ilícita funcionaria como um instrumento de igualdade material.

Isso acabaria trazendo um problema, que o autor acaba não abordando, para as questões envolvendo Ações Penais Privadas, nas quais, teoricamente, há igualdade entre as partes pela ausência do Estado acusador. Isso porque, se nesse tipo de Ação Penal não existe um desequilíbrio processual, uso de provas ilícitas, teoricamente, estaria completamente proibido. Contudo, até mesmo nas Ações Penais Privadas, no caso concreto, pode-se visualizar que o aproveitamento de uma prova ilicitamente obtida se faça necessário (seja para defesa ou acusação) e deve ser ponderado no caso concreto, com base na análise dos bens jurídicos protegidos e não somente com base na existência de igualdade processual.

Não é novidade que são altos os índices de criminalidade no Brasil e que muitas dessas garantias que são conferidas a pessoas que passam pelo processo penal acabem, na prática, representando óbices à sensação de justiça na sociedade. Porém, deve-se ter em mente que a atual Constituição é um diploma de garantias contra arbítrios, além de se tratar de um sistema fruto da superação do modelo inquisitivo, onde a punição do indivíduo poderia ser conseguido a qualquer custo.

Desse modo, por mais que haja o descontentamento social em relação à demora de julgamentos e de presos preventivos que são postos em liberdade após breve período de cárcere, deve-se ter em mente que o modelo atual é fruto de uma evolução de um sistema punitivo a qualquer preço. A CF veio a ser criada com o intuito principal de amparo aos inocentes e não de persecução aos culpados. O próprio CPP, notadamente de natureza inquisitória, passa por uma alteração interpretativa para se conformar com a CF. Por isso, inadmitir a prova ilícita em benefício do réu seria fulminar a última esperança de provar a sua inocência.

Também deve se atentar para o fato de que a CF não estimula a impunidade, mas garante ao imputado que lhe sejam oferecidas as garantias devidas, mediante o devido processo legal, para que haja a condenação. Provar a própria inocência não foge desse campo de proteção, haja vista que a própria CF, no seu art. 5º, LXXV, garante que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Desse modo, conclui-se que a Constituição não pode obstar o cidadão de alcançar direitos que ela própria se propôs a garantir.

Atualmente, a posição majoritária na doutrina permite o uso de provas ilícitas nessas condições. Contudo, não se deve esquecer que se trata de uma medida excepcional, pois existe vedação expressa quanto ao seu uso tanto na CF quanto no CPP. A possibilidade deve ser avaliada somente no caso concreto, por meio de decisão fundamentada.

4.2.2. Admissibilidade em benefício da sociedade

A grande problemática que existe na hipótese de admissão da prova ilícita em prol da sociedade diz respeito à possibilidade de o Estado cometer crimes como forma de punir crimes anteriores. A prática delituosa do Estado ocorre diariamente, todavia, resta amparada por excludentes de ilicitude que são fruto de um exercício do princípio da proporcionalidade. Quando um sujeito é preso pela polícia, ele acaba sendo vítima de sequestro, assim o sujeito que reage a ordens policiais e acaba agredido sofre lesão corporal. Contudo, as condutas policiais estão amparadas por excludentes de ilicitude que autorizam os agentes públicos a agir do modo citado sem que eles possam ser responsabilizados para tanto. Trata-se do caso em que o interesse público justifica aquela atuação. Logo, existe o fato típico, mas as excludentes retiram a antijuridicidade do fato, inviabilizando a punição do transgressor. Dessa forma, a atenção deve ser direcionada aos limites do nível de violência aceitável para o funcionamento da justiça.²³²

²³² ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 208-209.

Antes de mais nada deve-se alertar que o princípio da admissão das provas ilicitamente obtidas em benefício da sociedade também é fruto do princípio da proporcionalidade, sendo o principal expoente dessa vertente o direito alemão.

A aplicação de tal princípio se iniciou no período pós-Segunda Guerra Mundial, por meio do rompimento com a tradição da civil law. O fundamento para a relativização da inadmissibilidade da prova ilícita se baseava na superação da questão da lesão a direito material (*substance*) ou processual (*procedure*). Havia lesão a valores garantidos pela *lex superior*. Restava precisar sobre quais bens jurídicos esses valores se consubstanciariam e quais os limites de proteção se poderia dispensar sobre eles. O direito alemão, além de permitir o uso da prova ilícita em casos de estado de necessidade e legítima defesa também admite o uso das provas ilícitas quando o interesse público ou particular fossem merecedores de tutela. É com base nessas características que foi criado o princípio da *Güter-undInteressenabwägung* (o princípio do balanceamento de interesses e valores) e o *Verhältnismässigkeitsprinzip* (o princípio da proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade buscada).²³³

Nas primeiras aplicações no direito alemão esse tipo de solução se aplicava nas relações de confiança, a exemplo, o casamento. Desse modo, o bem jurídico da confiança era tutelado de modo superior à intimidade de cada um dos cônjuges, sendo que era possível ao casal, desde que não houvesse outros meios aptos a provar aquilo que estavam alegando, relativizar a intimidade de ambos, revelando segredos da vida conjugal mesmo sem o consentimento da parte contrária para obter o provimento processual. A isso se chamava estado de necessidade processual. Em caso julgado pelo *Kammergericht* de Berlim, entendeu-se que a ilicitude de uma invasão na esfera pessoal pode ser legitimada se na presença de outros interesses contrapostos, se revele necessária à luz dos valores em jogo, e, além disso, que seja realizada por meios adequados (razoáveis) para obter o fim desejado. O tribunal de Berlim veio a confirmar essa orientação alegando que seria justa a lesão à intimidade na busca pela verdade. Posteriormente a Corte Suprema da Alemanha veio a reconhecer que no caso havia dois direitos materiais contrapostos e que tal violação não se mostrava apta a ensejar o deferimento do uso da prova ilícita contra qualquer dos cônjuges, haja vista que no caso concreto os

²³³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 69.

direitos estavam em pé de igualdade, não havendo prevalência da intimidade de nenhum dos cônjuges sobre o outro.²³⁴

A partir daí, chega-se à dúvida sobre quais valores devem prevalecer se contrapostos com outros igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico. Em relação à teoria da admissão das provas ilícitas em benefício da sociedade, inevitavelmente, haverá prejuízo a ser experimentado pelo réu ou acusado. No uso da prova ilícita *pro societate* pode existir tanto a prevalência do direito da vítima (particular) quanto do Estado (público) em detrimento da garantia à inadmissibilidade do uso de provas ilícitas do réu.

O que se deve ter como parâmetro é que, em regra, está vedado o uso da prova ilícita em benefício da sociedade. Esse foi o ideal político do legislador constituinte. Apesar de toda a insatisfação social em face do risco de impunidade originário da impossibilidade do uso de provas ilícitas contra o acusado, essa foi a escolha da Constituição, o que consiste em dizer que é preferível manter em liberdade um sujeito acusado por meios inidôneos do que cerceá-la. Trata-se de limitações impostas ao Estado, que devem ser respeitadas.²³⁵

O Ministro Marco Aurélio, em voto no julgamento do HC 73.351-4 SP, aduziu o seguinte:

Indaga-se: é possível, a esta altura, olvidar que toda a instrução penal baseou-se em procedimento glosado pela Carta? É possível potencializarmos o fim? É possível levarmos a extremo o argumento ad terrorem quanto ao crime perpetrado, para colocarmos em plano secundário uma garantia constitucional? A democracia, para ser cultivada exige um preço. Senhor presidente, o Direito é ciência e continuará ciência. Assim sendo, o meio justifica o fim, mas não este aquele. Repito sempre quando me defronto com controvérsias situadas no campo penal que não se pode simplesmente, em face ao interesse da sociedade na persecução criminal, colocar em segundo plano as regras estabelecidas. Digo até mais: quanto maior a gradação da imputação, mais rigorosa deve ser a observância das normas que revelam garantias e que viabilizam, respeitadas essas garantias, o devido processo legal.²³⁶

²³⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 71.

²³⁵ MOREIRA, Ângela Vieira. A prova ilícita no processo penal brasileiro. In: CASTRO, João Antônio Lima Castro (org). **Direito Processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, p. 634-635.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 73351-SP. Paciente: José Pereira da Rosa. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ 09 maio. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74435>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

Para parte da doutrina, como Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça²³⁷, apesar de um caráter quase absoluto de proteção aos direitos da personalidade, se faria necessário abrir a possibilidade do uso das provas ilícitas em nome do interesse público, em homenagem ao que chama de “ideal de justiça reclamado pela sociedade brasileira”:

Não há dúvida da necessidade de proteção quase absoluta dos direitos individuais, uma vez que estes estão inseridos no direito à personalidade, sendo este o ideal de justiça reclamado hoje; contudo, necessário se faz analisar toda a problemática das provas ilícitas dentro de um contexto social configurando-se como ideal a adoção de uma interpretação sistemática em lugar da literal, estando aqui a *mens legis*. A lei deve ser corretamente aplicada em favor de quem a mereça, não se buscando um julgamento que exceda os limites legais, mas apenas uma decisão justa, que atenuie a aplicação absoluta do dispositivo constitucional que inadmite as prova ilícitas. Diante das razões apresentadas e fundadas em um princípio máximo de justiça, se defende a aplicação da relatividade na admissão das provas ilícitas, podendo estas servirem ao livre convencimento judicial, quando estiverem presentes os requisitos doutrinários ora apresentados, imprescindíveis para a caracterização da necessidade destas na formação do convencimento judicial e na realização do ideal de justiça reclamado pela sociedade brasileira.

Tal tipo de postura se amoldaria ao que Günther Jakobs²³⁸ chama de direito penal do inimigo, o que implica dizer que, em casos excepcionais, quando um sujeito atenta contra as normas penais, ele torna-se inimigo da sociedade, devendo se sujeitar a normas mais graves sobre suas condutas, além de se perderem os direitos e garantias dos cidadãos comuns, ou seja, deixa de ser aplicado a ele um direito penal comum e passa a ser imposto um direito penal especial mais grave, o direito penal do inimigo.

O já mencionado Projeto de Lei proposto pelo MPF das Dez Medidas Contra a Corrupção, ao que parece, bebe da fonte da teoria do direito penal do inimigo. Isso porque, o Projeto de Lei 4850/2016 visa a implementação de várias regras gravosas não só sobre a questão da corrupção, mas também em relação a algumas reformas nas penas dos crimes de corrupção de altos valores, bem como o seu enquadramento na modalidade de crime hediondo, a reforma nas nulidades processuais penais, aumentando a gama de possibilidades do uso da prova ilícita, sobretudo em favor da sociedade, isto é, pelo máximo aproveitamento dos atos praticados.

²³⁷ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitudo Probatória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 74-75.

²³⁸ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 172-173.

Em que pese mereça respeito a posição esposada, tal entendimento não pode prosperar, como regra, sob ótica constitucional vigente. É que, como já afirmado ao se defender a possibilidade do uso da prova ilícita em favor do réu, a Constituição Federal de 1988 veio para romper com um paradigma autoritário, de modo a oferecer aos cidadãos garantias mínimas contra o arbítrio estatal. Se o Estado passasse a violar essas garantias por ele oferecidas aos cidadãos, diga-se, os direitos fundamentais, todo o modelo trazido pela CF/88 não teria sentido. Por isso vale, mais uma vez, afirmar que a CF vigente possui um cunho garantista, de modo a proteger valores básicos de dignidade da pessoa humana, sobretudo a liberdade, não sendo possível, por mais que haja o anseio social pela punição de réus e acusados, que o Estado busque, a todo custo, inclusive ferindo os direitos fundamentais que foram conquistas do povo ao longo de muitas batalhas, obter provas para a condenação de uma pessoa que esteja sendo ou que possa vir a ser processada.

Esse entendimento deve ser estendido às ações privadas, isto é, nas quais não é o Estado que realiza a acusação, de modo que há uma igualdade no processo. Nesses casos também não é razoável admitir o uso. É que, conforme exposto anteriormente, existem outros princípios que sustentam o uso em favor da defesa e o limitam em favor da acusação, como o *in dubio pro reo* e a ampla defesa. Contudo, essa é uma avaliação que deve sempre ser feita perante o caso concreto, pois determinar previamente que a liberdade do acusado superará qualquer direito que lhe seja contraposto é uma opção que pode vir a comprometer todo o sistema de vedação do uso de provas ilicitamente obtidas, que se pauta na regra de exclusão.

Obviamente, as provas ilícitas utilizadas em benefício da sociedade são conseqüentemente prejudiciais ao réu. Logo, em regra, devem recair sobre as hipóteses de inadmissibilidade do art. 5º, LVI da CF e do art. 157 do CPP. Todavia, existem casos em que existe a possibilidade, excepcional, de uso das provas ilícitas *pro societate*.

Para que se possam abordar as exceções é necessário estabelecer uma premissa que garanta a possibilidade excepcional das provas ilícitas. Segundo André Vasconcelos Roque²³⁹, essa premissa seria o estado de necessidade processual,

²³⁹ ROQUE, André Vasconcelos. Estado de necessidade e a admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.153, nov. 2007, a.32, p. 332.

composto por quatro características, quais sejam: a efetiva possibilidade da formação do convencimento do magistrado com a admissão da prova; o caráter decisivo de tais provas; o balanço favorável no momento do sopesamento entre o bem jurídico a ser protegido e o interesse a ser violado e que a parte que se valeu da prova ilícita não tenha, por conduta própria, impossibilitado a produção de provas lícitas com o mesmo teor.

Susana Henriques da Costa²⁴⁰ chega a afirmar que negar a possibilidade do uso de provas ilícitas, quando estas forem as únicas disponíveis seria o mesmo que negar o “ideal de justiça”. Contudo, felizmente, reconhece que permitir esse uso em caráter diverso do excepcional representaria um estímulo aos atos que deram origem à prova ilícita, ferindo de morte a ética processual.

Passa-se então a explorar as exceções. A primeira delas a se falar é a da possibilidade do uso de provas ilícitas *pro societate* em legítima defesa. Assim como servem ao réu as provas ilícitas para provar a sua inocência, também serviriam à vítima para provar a existência do crime. Aury Lopes Jr. é manifestamente contrário a esse tipo de uso da prova ilícita. Isso porque, quando uma prova ilícita é admitida no processo ela permanece sendo ilícita, contudo, naquele caso, excepcionalmente, é que ela foi admitida. Ela, portanto, continua sendo uma prova imprestável, que não pode ser usada contra terceiros.²⁴¹

Por outro lado, convém reafirmar, neste momento, o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira²⁴², que cogita a admissibilidade da prova ilícita tanto em favor da acusação quanto da defesa, como uma forma de garantia da “igualdade substancial” no processo. De acordo com a ideia do autor, o que determinaria a admissibilidade da prova ilícita seria a questão da ausência de igualdade entre as partes (réu fraco em face do Estado acusador e acusação fraca em face do excesso de poderes do réu). Dessa forma, se no caso concreto o réu se demonstrasse “mais forte” do que a acusação, como no exemplo citado de crime organizado, o Estado estaria autorizado a utilizar a prova ilícita para a condenação.

²⁴⁰ COSTA, Susana Henriques. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 133, mar. 2006, a. 31, p. 101-102.

²⁴¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 407-408.

²⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.84, out./dez., 1996, a. 21, p. 147-148.

Se viu no capítulo referente à admissibilidade da prova ilícita *pro reo* que, no caso das Ações Penais Privadas, onde teoricamente existe igualdade no processo, as provas ilicitamente obtidas também podem ser aproveitadas, desde que o caso concreto revele essa necessidade, o que implica dizer que não é só uma questão de igualdade ou desigualdade processual que permite ou denega o uso das provas ilícitas, mas sim a real necessidade da utilização daquele instrumento probatório, mediante proporcionalidade, para a proteção de um bem jurídico relevante.

Outro ponto que pode despertar curiosidade na população diz respeito à licitude e o cabimento da divulgação de escutas telefônicas que atestam crimes cometidos por agentes da administração pública e políticos. O que assegura o direito à utilização das conversas obtidas por gravações clandestinas é o princípio da publicidade em razão da função pública. Dessa forma, entende-se que não há que se falar em vida privada quando se mantêm conversas com terceiros para tratar de crimes contra interesses públicos a serem cometidos em razão da função pública desempenhada. A única exceção para a admissão dessa prova decorre do flagrante preparado, onde o sujeito é induzido pelo interlocutor à prática do crime, para depois ser preso em flagrante.²⁴³

Já no caso de escutas particulares, isto é, aquelas que envolvam interesses diversos da administração, a (in)admissibilidade da prova deve ser posterior à avaliação ao confronto de bens jurídicos pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, mediante o bem que se deseja proteger e o bem que será lesado nessa proteção, pois nesse tipo de situação existe sim uma tutela constitucional sobre a vida privada, a intimidade, o sigilo telefônico, etc.

Outra situação excepcional de aplicação do princípio da admissão de provas ilícitas *pro societate* ocorre na interceptação de correspondências de suspeitos ou presos em razão da prática do crime de tráfico de drogas. Segundo o entendimento do STF, o sujeito que está preso poderá ter seu direito fundamental ao sigilo de correspondência relativizado se este vier a se constituir como um instrumento de práticas ilícitas:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art.

²⁴³ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 214-215.

41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.²⁴⁴

Também, nos casos de invasão domiciliar, a própria CF autoriza a violação do direito à inviolabilidade do domicílio para que se faça cessar a prática delituosa, como se vê no art.5º, XI da Carta Magna. O que se deve ter em mente para avaliar a viabilidade da possibilidade do uso de provas ilícitas *pro societate* é o fato de o sujeito investigado ou condenado estar se valendo de garantias constitucionais como forma de proteção para a prática de crimes, de modo que, quando isso for constatado, necessária será a realização de uma ponderação de interesses entre o direito ao acesso à prova e as garantias do acusado. Logo, se o imputado se vale de direitos constitucionalmente assegurados para a prática delituosa, o direito à prova *pro societate* deverá prevalecer sobre suas garantias.²⁴⁵

Extrai-se da lição de Maria Cecília Pontes Carnaúba²⁴⁶ que o §2º do art. 5º da CF acaba autorizando o uso da prova ilícita quando houver uma situação de conflito de interesses constitucionalmente tutelados, já que os ditames constitucionais são claros no sentido de que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Seria essa uma forma de harmonizar o sistema, haja vista que tanto uma admissibilidade quanto uma inadmissibilidade absoluta levariam a inevitáveis arbitrariedades ou ao descrédito no sistema.

O grande problema que decorre da proporcionalidade é o risco do subjetivismo, por não haver uma determinação precisa, até o presente momento, de qual bem, se o interesse social ou o direito individual do acusado, irá prevalecer em caso de conflito. Tal problema não é exclusivamente brasileiro. A Suprema Corte norte-americana também já foi questionada por conta de dar proteção ao indivíduo em detrimento dos anseios sociais pela sua punição, contudo, por se tratar de um

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70814-SP. Paciente: Ulisses Azevedo Soares. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 24 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+70814%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+70814%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d8vu988>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

²⁴⁵ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216-217.

²⁴⁶ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.100.

sistema *common law*, existe a possibilidade de adaptação social mais fácil do que no Brasil.²⁴⁷

Todavia, em relação ao subjetivismo, adotar um critério objetivo, acabaria com a possibilidade do exercício da proporcionalidade e haveria o estabelecimento de uma espécie de tarifação de lesões, nas quais certos direitos teriam sua violação autorizada para a proteção de outros. Em que pese existam as críticas relativas à questão do subjetivismo, como já foi debatido, ele pode ocorrer tanto para a acusação quanto para a defesa, por isso, fixar critérios prévios de admissibilidade não parece a melhor opção. O mais adequado, até o momento, parece ser a análise do caso concreto.

Pelo que foi visto, pode se concluir que, com base na ótica constitucional brasileira, em regra, a prova ilícita, obtida com fulcro na satisfação dos interesses punitivos da sociedade não pode ser admitida. Contudo, a regra não pode ser absoluta, comportando exceções, que virão a ser admitidas após o exercício do princípio da proporcionalidade no caso concreto. Nesse universo de exceção, assim como o réu está autorizado a valer-se de provas ilícitas para compor sua defesa, a sociedade, compreendida como o ofendido ou o Estado, poderão também valer-se de provas ilícitas para realizar a acusação e condenar o acusado.

Assim, considera-se a prova ilícita *pro societate*, em regra, inadmitida, por conta de não se compatibilizar com os preceitos constitucionais, devendo o Estado e o querelante respeitarem os limites impostos acerca da licitude probatória. Todavia, no caso concreto, se verificada a relevância e a necessidade, bem como a razoabilidade no confronto entre os direitos lesados e os que se visam proteger, tais provas ilícitas poderão ser admitidas no processo em benefício da sociedade (ou da acusação, no caso de Ações Penais Privadas).

²⁴⁷ CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal – Um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, out./dez. 1995, a. 3, p. 190.

4.3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DA ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

No direito brasileiro, existe uma limitação à busca da verdade a qualquer preço, que corresponde aos limites impostos ao Estado para evitar arbitrariedades, vedando o uso de provas ilícitas. O CPP foi omissivo em relação ao tema até a reforma trazida pela Lei 11.690/2008, cabendo até então somente à Constituição Federal vedar expressamente a admissão das provas obtidas por meios ilícitos no processo. Tais provas consistem naquelas onde há violação a normas constitucionais ou legais (vide distinção entre provas ilícitas e ilegítimas no capítulo anterior). Também são inadmitidas as provas ilícitas por derivação, por conta da aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados. Por outro lado, ocorrendo as hipóteses de fonte independente ou descoberta inevitável, as provas serão admitidas.²⁴⁸

Conforme aprofundado no decorrer deste trabalho, chegou-se à conclusão da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro, em regra, mas considera-se possível a excepcional admissão nos casos em favor do réu ou da sociedade nas hipóteses de legítima defesa da vítima ou de abuso de garantias constitucionais por parte do réu com o intuito de acobertar a prática delituosa. No projeto do Novo CPP que tramita no Senado, consta a providência do arquivamento sigiloso em cartório da prova ilícita desentranhada. Esse é um indício de um tratamento mais cauteloso à respeito das provas ilícitas, que acaba suscitando a possibilidade de a prova ilícita vir a ser utilizada futuramente no processo.²⁴⁹

Com o intuito de dar ao presente trabalho uma visão global, se fará uma breve explanação do direito comparado para entender como outros sistemas abordam o tema.

Na Argentina constituem provas ilícitas aquelas obtidas por violação a garantias individuais e à moral dos cidadãos. A legislação da maioria das províncias

²⁴⁸ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. *In*: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74-76.

²⁴⁹ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 40.

argentinas não trata do tema, mas é possível extrair da Constituição Argentina tal proteção²⁵⁰.

Algumas províncias, como a de Córdoba, garantem a ausência de eficácia probatória dos atos que vulnerem garantias trazidas pela Constituição argentina. No caso de dúvidas sobre questões de fato, adotará a providência mais favorável ao imputado. A Argentina, assim como o Brasil, adota a teoria da árvore dos frutos envenenados, devendo as provas ilícitas por derivação serem excluídas do processo. Também aplica-se lá a prova ilícita em benefício do réu quando for o único modo de provar a inocência do imputado. O ponto polêmico que existe no direito argentino diz respeito à chamada *teoría del riesgo*. Trata-se de teoria que defende a possibilidade de que sejam usadas contra o acusado quaisquer declarações que ele tenha dado, ainda que fruto de gravações clandestinas feitas por particular, sobre um delito que ele tenha cometido. Na Argentina a doutrina diverge acerca da possibilidade do uso dessa teoria, sendo a maioria contrária ao uso, por conta dela ser contrária ao que prega a Constituição Argentina. Já os que defendem seu uso, se amparam no argumento de que os delinquentes tem interesse em preservar seus direitos fundamentais, de modo a não colaborar, voluntariamente com as investigações, sendo esse o motivo pelo qual autoriza-se aos privados a colheita de provas, ainda que clandestinamente, contra esses delinquentes.²⁵¹

No Brasil, a gravação clandestina é tida como prova lícita, vide entendimento do STF sobre o tema:

Habeas corpus. Trancamento de ação penal. investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Excepcionalidade do caso. Possibilidade. gravação

²⁵⁰ Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

²⁵¹ BRENTEL, Camilla. A disciplina da prova no processo penal argentino. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122-125.

clandestina (gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Licitude da prova. Precedentes. ordem denegada. 1. Possibilidade de investigação do Ministério Público. Excepcionalidade do caso. O poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. A atuação deve ser subsidiária e em hipóteses específicas. No caso concreto, restou configurada situação excepcional a justificar a atuação do MP: crime de tráfico de influência praticado por vereador. 2. Gravação clandestina (Gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Licitude da prova. Por mais relevantes e graves que sejam os fatos apurados, provas obtidas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento não podem ser admitidas no processo; uma vez juntadas, devem ser excluídas. O presente caso versa sobre a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro, isto é, a denominada “gravação telefônica” ou “gravação clandestina”. Entendimento do STF no sentido da licitude da prova, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação. Repercussão geral da matéria (RE 583.397/RJ). 3. Ordem denegada.

Despedindo-se do Direito sul-americano, cumpre observar a abordagem do tema no Chile. O Código de Processo Penal Chileno determina, em seu art. 276, que:

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.²⁵²

Extrai-se do comando legal que o juiz deverá excluir as provas decorrentes de atuações declaradas nulas bem como aquelas obtidas mediante inobservância das garantias fundamentais.

No direito chileno, o processo penal divide-se em três fases: a etapa de investigação; a etapa de preparação do juízo oral e a etapa de juízo oral.

Na etapa de investigação, ao contrário do que ocorre no Brasil, existe ampla participação do Ministério Público, vítima e acusado, também existindo a figura do Juiz de Garantia, assim chamado por atuar observando se os direitos constitucionais estão sendo respeitados, controlando os atos. Nessa primeira fase existe a reunião de provas para a viabilização da ação penal. Em que pese haja participação do acusado nessa fase, os atos realizados nesta etapa não poderão ser usados como

²⁵² CHILE. Código Procesal Penal. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595#2760>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

prova no processo a se formar. Somente é considerado prova aquilo que for produzido em juízo.²⁵³

A segunda fase é chamada de preparação do juízo oral. Essa fase consiste numa etapa intermediária entre investigação e o início da instrução. Nessa fase ocorre a formulação da acusação e é concedido às partes o direito de escolherem as provas a serem produzidas. O Juiz de Garantia é o presidente desta fase e, uma vez que for solicitada por uma das partes alguma prova que ele entenda ser ilícita, ela será indeferida. Também, neste momento, é possibilitado às partes promover conciliação.²⁵⁴

A terceira fase é o juízo oral, onde são produzidas as provas, devendo o acusado e seu advogado estarem presentes durante toda a audiência, onde, ao final, após manifestação das partes, o juiz proferirá sentença.²⁵⁵

Esse sistema é fruto de uma mudança recente no direito chileno, que passou do sistema inquisitivo para o acusatório, modificando bruscamente o tratamento dispensado às provas ilícitas naquele país. No Chile, a ineficácia probatória possui três fundamentos: a necessidade de evitar que decisões sejam fundamentadas em elementos desprovidos de credibilidade; a necessidade de assegurar que as decisões se baseiem tão somente em elementos lícitos e a necessidade de não estimular agentes públicos a violarem direitos fundamentais.²⁵⁶

No direito chileno o Juiz de Garantias é aquele que admite ou não a produção de prova na etapa de preparação para o juízo oral. Assim, tão logo visualize a ilicitude, deverá denegá-la. Se a violação ocorrer na etapa de investigação, sendo obtida qualquer prova por meios ilícitos, a medida a ser tomada é a da declaração da nulidade e consequente inutilização da prova.²⁵⁷

No Brasil, como se viu no capítulo referente aos sistemas processuais, existem apenas duas fases no processo penal (a fase investigativa e a fase processual), inexistente a figura do Juiz de Garantias e há vedação expressa à sentenças

²⁵³ LOPES, Mariângela Tomé. O sistema probatório no Código de Processo Penal Chileno. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137-142.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 143-144.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 145.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 152.

²⁵⁷ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 51-52.

fundamentadas exclusivamente em inquéritos policiais, pela ausência de contraditório nessa etapa.

O Projeto do Novo CPP visa incluir no Processo Penal a Figura do Juiz de Garantias. Segundo Luiz Flávio Gomes²⁵⁸, consiste numa homenagem ao princípio acusatório, que afasta o juiz garantidor do juiz julgador. Essa é uma forma de garantir a imparcialidade do juiz, evitando que elementos da fase investigativa contaminem o seu convencimento. O Juiz de Garantias visa assegurar os direitos e garantias fundamentais do investigado, evitando que ocorram arbitrariedades. Por manter contato com diversos elementos que podem vir a ser discutidos processualmente, estará impedido de atuar na fase processual, como uma forma de evitar que realize pré-julgamentos.

Afirmar que a figura do Juiz de Garantias resolveria o problema da arbitrariedade é algo perigoso de ser feito antes da sua implantação. Contudo, a tendência é que, ao menos, as violações que ocorrem por conta da confusão da função do juiz julgador com a de acusador, tendam a diminuir, haja vista que, ao que parece, o objetivo principal da instituição da figura do Juiz de Garantias é separar tais funções, evitando contaminações.

No direito norte-americano defende-se a inadmissibilidade da prova ilícita bem como daquelas delas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). Até 1914 havia a admissão de tais provas, devendo o infrator somente responder pela lesão causada. O caso *Weeks v. United States* mudou esse panorama, por entender que a posição de admissão compensada pela indenização só estimularia a mais violações. Aplica-se lá a regra da *exclusionary rule*, que consiste na exclusão da prova utilizada no processo que decorreu de uma violação extraprocessual, atingindo direito material. Essa proteção homenageia o que defende a Quarta, Quinta, Sexta e Décima Quarta Emendas à Constituição americana.²⁵⁹

Entretanto, no sistema estadunidense existem quatro situações excepcionais que possibilitam excepcionar a *exclusionary rule*, são elas: a *inevitable discovery doctrine*, ou teoria da descoberta inevitável, utilizada também no Brasil (vide item

²⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2057647/o-juiz-de-das-garantias-projetado-pelo-novo-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 19 out. 2016.

²⁵⁹ ROVEGNO, André. O sistema de provas no processo penal estadunidense. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 426-430.

3.5.2.); a ação policial realizada de boa-fé; a aplicação da *independent source*, ou fonte independente, também válida no Brasil (vide item 3.5.1.) e o ato voluntário posterior do réu que supera o vício probatório originário.²⁶⁰

Contudo, há de se destacar a influência da *exclusionary rule* do Direito norte-americano sobre o Direito brasileiro. Trata-se de mecanismo no qual a exclusão das provas ilícitas acaba sendo a grande regra. No Brasil, o que se observa da jurisprudência pátria, é que tanto a fonte independente quanto a descoberta inevitável representam um meio de burla do judiciário para a admissão das provas ilícitas no processo. Isso porque tais institutos permitem que o judiciário admita provas ilícitas, na maioria das vezes em favor da acusação, considerando que houve fonte independente ou descoberta inevitável, sem a devida fundamentação para tanto, isto é, apenas mencionando que a decisão foi válida por outras provas (lícitas).

No direito alemão não é costume haver uma taxatividade sobre a vedação a determinado tipo de prova, sendo a inadmissão imposta às provas obtidas por meio de tortura uma exceção a tal regra. O enfoque no direito alemão quanto à possibilidade do uso de provas ilícitas se dá sobre uma questão de produção e valoração. Sobre a questão de produção, as provas são confeccionadas para se alcançar a verdade, contudo, o alcance não pode dar-se de forma absoluta, deve haver uma limitação. Essa limitação se dá conforme a valoração da prova. Logo, pode ser que uma prova, salvo se obtida por meio de tortura, venha a ser valorada positivamente, mesmo sendo fruto de outras violações. Isso ocorre mediante a teoria da ponderação de interesses. Tal teoria consiste em decidir o conflito, no caso concreto, entre a gravidade do fato e a infração processual praticada para prová-la. A grande ressalva da aplicação dessa teoria é o risco do subjetivismo. Discute-se a respeito da existência de alguns parâmetros para decidir pelo uso da prova ilícita, como nos casos em que ocorram lesões a direitos humanos ou quando o infrator atua calculando, diga-se, consciente de que está indo de encontro às disposições processuais.²⁶¹

²⁶⁰ ROVEGNO, André. O sistema de provas no processo penal estadunidense. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 430-432.

²⁶¹ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 55-57.

Atualmente prevalece no direito alemão a ideia de proteção aos direitos do homem em detrimento da busca pela verdade a todo preço ou do interesse público²⁶²

No sistema inglês tem-se um processo penal acusatório, que preza pela oralidade. Lá existem três tipos de provas que podem ser excluídas: aquelas decorrentes do *hearsay* ou “ouvi dizer”; a prova do mau caráter e a prova ilegalmente obtida.

A vedação ao *hearsay* é uma forma de privilegiar a prova oral pois a tendência inglesa é valorizar aquelas provas que são produzidas em público, por isso, se uma pessoa tem informações decorrentes de terceiros, é necessário que esse terceiro vá a público para testemunhar, não podendo outra pessoa falar o que ele disse. Por questões lógicas, admitem-se, excepcionalmente declarações escritas por pessoas que não possam atender ao requisito da oralidade por sofrerem problemas de saúde, bem como aquelas que estão à beira da morte (*Res Gestae*).²⁶³

No Brasil, não faz muito sentido a aplicação da vedação do *hearsay*, haja vista que existem mecanismos suficientes para assegurar essa prova, como o compromisso que a testemunha presta em juízo, punida com falso testemunho, caso a informação fornecida seja inverídica.

No Direito inglês também deve ser excluída a prova do mau caráter, isto é, qualquer prova que indique que o sujeito tem um desvio de conduta ligado à tendências criminosas. Isso se concretiza com a juntada de provas que atestem comportamentos reprováveis do acusado. A grande crítica que se fazia a respeito desse tipo de prova é que elas nada tinham a ver com o crime e poderiam potencializar o risco de condenação do acusado. Contudo, o *Criminal Justice Act* de 2003 veio a permitir o uso da prova de mau caráter quando não se relacionarem com as investigações em algumas situações, quais sejam: o acordo de todas as partes quanto à admissão; o que seja uma prova esclarecedora; que se refira a uma questão discutida entre acusado e acusação; que trate de uma questão controversa

²⁶² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 55.

²⁶³ VILARES, Fernanda Regina. A prova penal no Direito inglês. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 373.

entre coacusados; que corrija uma falsa impressão dada pelo acusado; e que seja utilizada como resposta ao ataque do acusado ao caráter de outra pessoa.²⁶⁴

Trazendo a questão da prova do mau caráter para a ótica do direito brasileiro, não há como se entender que se trate de prova ilícita. Isso porque tanto o mau quanto o bom caráter podem ser comparados ao que o Código Penal classifica como “conduta social do sujeito”, sendo este um dos elementos levados em consideração pelo juiz no momento da fixação da pena (art. 59 do CP). Por conta disso, trata-se de prova lícita.

No que se refere à exclusão da prova ilícita, no direito inglês chamada de ilegalmente obtida, havia um poder discricionário concedido aos juízes para desconsiderar a prova quando esta se revelasse prejudicial ou excedesse o valor probatório. Contudo, após o desenvolvimento da teoria dos frutos da árvore envenenada (prova ilícita por derivação) nos Estados Unidos, mais precisamente no ano de 1984, criou-se na Inglaterra o *Police and Criminal Evidence Act*, que determinava a gravação de todos os atos policiais. Ou seja, o corrente abuso de autoridade policial que sustentava o *exclusionary rule* nos EUA parecia também ocorrer na Inglaterra. Com a elaboração do *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 foi mantida a discricionariedade para os magistrados, contudo, passou a se exigir a rejeição de provas que prejudicassem a equidade processual. Entretanto, a definição sobre o que seria a “equidade processual” restou pendente, de forma que na prática, muitas provas ilícitas são admitidas em nome da busca pela verdade.²⁶⁵

Conforme abordagem comparativa realizada entre a polícia brasileira e a americana, o *Police and Criminal Evidence Act* seria uma medida útil para dar uma maior segurança jurídica na questão da atuação policial, especialmente se o Projeto de Lei 4850/2016 (Dez Medidas de Combate à Corrupção) vier a ser aprovado, já que consta no seu conteúdo, dentro das causas excludentes de ilicitude da prova, o aproveitamento do ato praticado por agente público de boa-fé. A gravação de todos os atos dos agentes públicos ajudaria a evitar situações de dúvida, nas quais a prova da má-fé se tornaria extremamente difícil, sobretudo pelo medo das pessoas de testemunhar contra o Estado e também por serem os atos praticados pelos

²⁶⁴ VILARES, Fernanda Regina. A prova penal no Direito inglês. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 375.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 374.

agentes públicos dotado de fé pública, portanto, tendo a legalidade presumida. Todavia, diante das dimensões territoriais do Brasil, esse tipo de fiscalização é algo utópico, sobretudo pela demanda financeira que isso traria para o Estado.

Tendo em vista as abordagens sobre o tema das provas ilícitas no direito estrangeiro, algumas soluções práticas e modelos interpretativos, aparentemente, funcionariam no Brasil e poderiam auxiliar na resolução de alguns problemas sobre o tema.

A primeira premissa a se firmar é que a disciplina da exclusão das provas ilícitas, influenciada pelo Direito estadunidense, é boa e deve ser mantida como regra, pois é um modelo que desestimula o uso de tais provas.

Todavia, a *exclusionary rule* não pode ser absoluta. Nesse ponto, a depender do caso concreto, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, é necessário que se abram exceções para o seu uso, especialmente nos casos em que elas forem o único meio de prova disponível, seja em prol da defesa ou até mesmo da acusação, sempre atentando para que se evitem os excessos, tal como ocorre no Direito alemão.

No Processo Penal chileno existe o Juiz de Garantias, que já está incluso no Projeto do novo CPP. A implantação dessa figura no Brasil traria grandes benefícios, sobretudo por conta de que o §4º do art. 157 do CPP vigente foi vetado, impedindo que o juiz que tiver contato com a prova ilícita seja afastado do processo. A implementação do Juiz de Garantias traria essa segurança na medida em que seria vedada a sua atuação no processo penal justamente por conta da necessidade de se evitar que, caso houvesse contaminação por meio de provas ilícitas, isso viesse a influir de alguma forma no processo, funcionando como um pré-julgamento.

Outra medida interessante a ser observada é a da monitoração dos atos policiais trazidas pelo *Police and Criminal Evidence Act*, do direito inglês. Tal procedimento garantiria uma maior segurança à sociedade no que se refere aos atos praticados pelos prepostos do Estado, bem como serviria como prova de legalidade, haja vista que a fé pública que recai sobre esses agentes muitas vezes serve de proteção para a prática de arbitrariedades. Por isso, a importação do *Police and Criminal Evidence Act* também serviria como um complemento interessante para o projeto de lei capitaneado pelo MPF das Dez Medidas de Combate à Corrupção, especialmente

na parte em que se refere ao aproveitamento das nulidades processuais e amplia o número de excludentes de ilicitude da prova, o que, se for implementado sem uma fiscalização robusta, poderá funcionar de fomento à arbitrariedade estatal.

Tais soluções se apresentam viáveis até certo ponto, haja vista que só poderão ser aplicadas na hipótese de existir uma regulação prévia do tema. Contudo, o tema da possibilidade de uso da prova ilícita é essencialmente principiológico, devendo ser interpretado perante o caso concreto, devendo-se evitar julgamentos antecipados, já que se trata de uma medida excepcionalíssima. Desse modo, por mais que novas leis surjam para regular a situação, a polêmica, em torno da viabilidade do uso de tais provas, não se revela próxima de um desfecho em razão do subjetivismo que circunda o tema.

5. CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho concluiu-se que a prova ilícita pode ser utilizada no Processo Penal brasileiro. Entretanto, pela base principiológica que rege o ordenamento pátrio, tal uso deve ser sempre excepcional, realizado por meio de ponderação, no caso concreto, quando um outro direito, igualmente tutelado pelo ordenamento, estiver ameaçado e revelar necessitar de uma maior proteção *in casu*.

Por essa razão, a regra de vedação ao uso das provas ilicitamente obtidas é a regulação mais adequada a se manter, já que, além de se dever rechaçar qualquer tipo de violação à pessoa humana, limites morais e éticos também devem ser observados durante a relação processual, sobretudo na produção probatória.

Contudo, as exceções legais de exclusão de ilicitude da prova necessitam de melhor regulação para que, ao serem aplicadas, não permitam a abertura de margem para o ingresso, ainda que indireto, das provas ilícitas no Processo Penal, tal como pode ocorrer, no sistema atual, com a fonte independente e a descoberta inevitável.

O que se concluiu, diante desse cenário, foi que as decisões relativas às arguições de ilicitude probatória, por vezes acabam sendo omissas no que se refere à existência de nexos causais entre violação e obtenção de provas, o que faz da descoberta inevitável e a fonte independente instrumentos de convalidação de uma prova originariamente ilícita e possibilitam a sua admissão no processo.

No decorrer do trabalho, concluiu-se que o advento do Novo Código de Processo Civil poderá influenciar positivamente na resolução desse enterevo, na medida em que impõe ao magistrado a obrigação de, na prolação da decisão, fundamentar as razões que o fizeram acolher ou rejeitar determinada pretensão.

Ponderou-se também que, por mais o veto do §4º do art. 157 do Código de Processo Penal tenha sido objeto de grande crítica doutrinária, de fato, ele contribuiu para uma celeridade processual. Isso porque não se pode criar o sofisma de que todo o juiz que tiver mantido contato com a prova ilícita terá se tornado incompetente para o processo. Evidentemente, existirá o risco de contaminação do julgador que teve contato com a prova ilícita, mas isso só pode ser verificado no caso concreto, mediante a demonstração da perda da imparcialidade do juiz pela forma com que ele passe a conduzir o processo.

Identificou-se que o Juiz de Garantias, presente no Processo Penal chileno e constante no Projeto do Novo CPP, se revelou como uma solução possível para atenuar esse risco de depravação por impedir que o juiz da fase de investigação atue na fase processual.

No tocante à possibilidade de admissão da prova ilícita no Processo Penal, concluiu-se que trata de uma interpretação doutrinária e jurisprudencial, sem nenhum assento legislativo no tocante à regulação da hipótese, o que cria um risco de subjetivismo em torno da questão.

Entretanto, se houvesse uma regulação específica, acabariam se criando critérios prévios sobre prevalência de certos direitos sobre outros, o que seria ainda pior, pelo fato de as partes já saberem quando poderiam lesar direitos de terceiros na obtenção de prova e quando poderiam utilizá-las no processo validamente.

Então, o que não se pode perder de vista é que o uso de provas ilícitas deve ser uma medida excepcional, só possível mediante aplicação do princípio da proporcionalidade na análise do caso concreto e o seu deferimento não deve se limitar somente à defesa, como a maioria da doutrina defende, mas também à acusação.

O aproveitamento da prova *pro reo* não pode ser absoluto. Não se nega que a efetivação do direito à liberdade é um dos vetores mais importantes dentro dos Sistemas Penal e Constitucional vigentes, contudo, não é razoável que ele sempre prevaleça, já que existem tantos outros direitos igualmente importantes. Isto é, o risco da perda da liberdade não pode justificar o cometimento de excessos.

Do mesmo modo, concluiu-se, em divergência à maior parte da doutrina, que não se pode desprezar por completo o uso da prova ilícita *pro societate* já que, em que pese se busque evitar o estabelecimento da punição a qualquer custo, sobretudo por conta de clamor social, algumas situações concretas demandarão tal aproveitamento, apesar destas serem mais restritas do que as deferidas em benefício do réu em homenagem ao caráter garantista trazido pela Constituição de 1988.

Ante o exposto, não se pode criar uma ideia errônea de que vale tudo em prol da liberdade nem que tudo é possível para que haja a conformação social, mediante a punição do acusado. É necessário que tanto para a acusação quanto para a defesa

se obedecem os preceitos constitucionais e legais na produção da prova, bem como no aproveitamento de provas ilícitas.

Entretanto, estabelecer critérios precisos para a resolução desse tipo de conflito é uma tarefa extremamente delicada, pois se tratam de conceitos abertos, que dentro de um caso concreto podem ser facilmente manipulados tanto pela acusação quanto pela defesa, o que exigirá um maior aprofundamento tanto da doutrina quanto da jurisprudência acerca do desenvolvimento de métodos interpretativos que possam dar uma maior segurança à possibilidade de aproveitamento das provas ilícitas no processo. Não se imagina, contudo, que se chegue, a curto prazo, numa solução pacífica acerca do tema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAÚJO, William Fernandes. **A Inconstitucionalidade do Artigo 156 do Código de Processo Penal: uma Ferida Aberta no Sistema Acusatório**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16992>. Acesso em: 25 out. 2016.

ARGENTINA. Constitución Nacional. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/Constitucion/capitulo1>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.112. jan./fev. 2015, p.165-188.

_____. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALDAN, Edson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.64, jan./fev. 2007, a.15, p.253-273.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORGES, José Souto Maior. **O Contraditório no processo judicial**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. **Mensagem nº 350, de 9 de junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. **Projeto de Lei n. 156 de 2009**. Reforma o Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

_____. **Projeto de Lei n. 4850 de 2016**. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2CD35BAB38504E2C42292B5EA2DB3CC8.proposicoesWeb1?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 871.739/PE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Amaury da Silva Pinto e Artur Montenegro da Silva Rego. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 9 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=4440000&num_registro=200601535332&data=20081209&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. Habeas Corpus 3982/RJ. Paciente: Waldemir Paes Garcia. Impetrado: Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Adhemar Maciel. DJ 26 fev. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500531615&dt_publicacao=26-02-1996&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 5 jul. 2016.

_____. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 0083289-74.2013.8.26.0000. Recorrente: Simona Ricci Rodrigues Scarpa Anzuino. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Vice Presidente do STJ. DJ 12 fev. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302966182&dt_publicacao=27/02/2015>. Acesso em: 25 jun. 2016.

_____. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 51.531/RO. RHC n. 51531 / RO n. 2014/0232367-7. Recorrente: Leri Souza e Silva Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DJ 19 abr. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=55017400&num_registro=201402323677&data=20160509&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 jun. 2016.

_____. _____. Recurso Ordinário em HC n. 75.800/PR. Recorrente: D DE CPF: Ministério Público Federal. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DJ 26 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65344703&num_registro=201602394838&data=20160926&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 578858/RS. Agravante: José Flávio Abreu Nery. Agravado: Azelia Salete de Oliveira Moreira. Relator: Min. Ellen Gracie. DJ 04 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601780>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. _____. Habeas Corpus 70.814-SP. Paciente: Ulisses Azevedo Soares. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 24 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+70814%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+70814%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d8vu988>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. _____. Habeas Corpus 73.351-SP. Paciente: José Pereira da Rosa. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ilmar Galvão. DJ 09 maio. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74435>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. _____. Habeas Corpus 80.949-RJ. Paciente: Francisco Agathos Trivelas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 14 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000100154&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. _____. Habeas Corpus 91.613-MG. Paciente: Vicente de Paulo Loffi. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 14 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28GRAVA%2EC7%2C30+CLANDESTINA+LICITUDE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/je9hk84>>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. _____. Habeas Corpus 91867-PA. Pacientes: Davi Resende Soares e Lindomar Resende Soares. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000192632&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. _____. Habeas Corpus 103.325-RJ. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso De Mello. DJ 03 abr. 2012. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081131>>. Acesso em: 4 jul. 2016.

_____. _____. Habeas Corpus 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC 313.021 do STJ. Relator: Min. Teori Zavascki. DJ 17 mai. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

_____. _____. Recurso Extraordinário 603616. Recorrente: Paulo Roberto de Lima: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 10 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. _____. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 121.496-SP. Recorrente: Ricardo Noal. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ 24 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28fonte+independente+prova+il%EDcita%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pv89vg2>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. _____. Revista Trimestral de Jurisprudência. n.122. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/122_1.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2016.

BRENTEL, Camilla. A disciplina da prova no processo penal argentino. *In*: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.81-128.

CABRAL, Bruno Fontenele. **A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro**. Jus navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12658/a-doutrina-das-provas-ilicitas-por-derivacao-no-direito-norte-americano-e-brasileiro>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CANO, Leandro Jorge Bittencourt. ANTUNES, Rodrigo Merli. DOMINGUES, Alexandre de Sá. **O Tribunal do Júri na visão do juiz, do promotor e do advogado**. São Paulo: Atlas, 2014.

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

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal – Um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, out./dez. 1995, a. 3, p.163-200.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHILE. Código Procesal Penal. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595#2760>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

CORDERO, Franco *apud* LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 403-404.

CORRÊA FILHO, Helio Telho. **#DezMedidas: Excludentes de ilicitude da prova**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/nulidades-helio-telho-excludentes-de-ilicitude-da-prova-3a-ed.pdf/view>>. Acesso em: 17 out. 2016.

COSTA, Susana Henriques. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 133, mar. 2006, a. 31, p.85-119.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v.2.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação criminal nº 20140110099470APR. 2ª Turma Criminal. Recorrente: Isac Nilton dos Santos Silva. Recorridos: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Roberval Casemiro Belinati. DJ 11 set. 2014. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&numeroDoDocumento=819236&comando=abrirDadosDoAcordao&quantidadeDeRegistros=20&numeroDaUltimaPagina=1&internet=1>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. _____. Apelação criminal nº 2007.08.1.000979-6. 1ª Turma Criminal. Recorrente: Ronilton de Souza Carvalho. Recorridos: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: César Loyola. DJ 1 out. 2007. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=288808>. Acesso em: 18 jun. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Brazilian Translated. Trad. J Henry Phillips. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Prova e sucedâneos de prova no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.66, p.193-236.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIUZA, César. Algumas Linhas de Processo Civil Romano. *In*: FIUZA, César (coord.). **Direito Processual na História**. 1 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FLORES, Marcelo Marcante. POTTER, Raccius. A motivação da decisão judicial: O mito da neutralidade e a influência dos discursos punitivistas no modo de pensar dos magistrados brasileiros. **Revista de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: IOB. dez./jan. 2010, v.59, p.60-73.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.85, jul./ago. 2010, a.18, p.393-410.

_____. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Presunção de Inocência: princípio e garantias. *In*: **Estudos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.121-142.

_____. **Princípios gerais da prova no projeto de Código de processo penal: Projeto no 156/2009 do Senado Federal**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194929/000871238.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____ ; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.65, mar./abr. 2007, a.15, p.175-205.

_____. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As Reformas no Processo Penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.246-297.

GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*). **Estudos de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2002, p.363-379.

_____. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2057647/o-juiz-de-das-garantias-projetado-pelo-novo-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais. **Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. Belém, v.2, n.3, nov. 2009, p.69-77.

GOMES, Roberto de Almeida Borges. O princípio da verdade real e a sua conformação com a Constituição Federal de 1988. *In*: SCHMIDT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios Penais Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.229-250.

GRANDIS, Rodrigo de. O juiz tem compromisso na luta contra o crime?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.71, p.250-263.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: O Contempt Of Court. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.) **Princípios e Temas Gerais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1.

_____. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. *In*: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.46-80.

KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. **Revista Brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.80, set./out. 2009, a.17, p.119-147.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LOPES, Mariângela Tomé. O sistema probatório no Código de Processo Penal Chileno. *In*: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.129-178.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em 22 abr. 2016.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jackobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?** Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvição>>. Acesso em: 25 out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v.2.

MELO, João Ozório de. **Lei dos Direitos Fundamentais dos Policial explica impunidade nos EUA**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-29/lei-direitos-fundamentais-policial-explica-impunidade-eua>>. Acesso em: 19 out. 2016.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação dos juízes brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MOREIRA, Ângela Vieira. A prova ilícita no processo penal brasileiro. *In*: CASTRO, João Antônio Lima Castro (org). **Direito Processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, p.623-637.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.84, out./dez., 1996, a. 21, p.147-148.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo CPC, a fundamentação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro**. Jusbrasil. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/174778771/o-novo-cpc-a>>

fundamentacao-das-decisoes-judiciais-e-o-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 28 jul. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da Comunhão da Prova. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2005, v.31, p.20-33.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PACHECO, Denilson Feitoza. **O princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

POLASTRI LIMA, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROQUE, André Vasconcelos. Estado de necessidade e a admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.153, nov. 2007, a.32, p.311-336.

ROVEGNO, André. O sistema de provas no processo penal estadunidense. *In*: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.395-436.

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.117. nov./dez. 2015, a.23, p.203-240.

SÃO PAULO. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/files/files/destaques_anuario2013.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Rodrigo Lima e. **As Provas ilícitas no processo penal e o rompimento da ilicitude sequencial**. Publica Direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ba9f9814b71251d>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

_____, **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.3.

VALENTE, Yuri de Oliveira Pinheiro. **A lide, na concepção carnelutiana, no Processo Penal brasileiro**. Disponível em: <<http://www.dryurivalente.com.br/artigos/artigo01.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

VAZ, Denise Provasi. Estudo sobre a verdade no processo penal. **Revista Brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.83, mar./abr. 2010, a.18, p.163-183.

VILARES, Fernanda Regina. A prova penal no Direito inglês. *In*: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Provas no Processo Penal: Estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.359-394.