

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Gabrielle Cenci

**PROTEÇÃO PROBATÓRIA: A DISTINÇÃO ENTRE A PROVA ILÍCITA E A
PROVA ILEGÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre

2018

GABRIELLE CENCI

**PROTEÇÃO PROBATÓRIA: A DISTINÇÃO ENTRE A PROVA ILÍCITA E A
PROVA ILEGÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade.

Porto Alegre

2018

GABRIELLE CENCI

**PROTEÇÃO PROBATÓRIA: A DISTINÇÃO ENTRE A PROVA ILÍCITA E A
PROVA ILEGÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 10 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade (orientador)

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

À minha família, que foi o princípio de tudo.

Aos meus amigos, que dividiram comigo as alegrias e as preocupações.

Aos profissionais com quem tive e tenho a honra de trabalhar, que me ensinaram mais do que qualquer livro jamais poderia.

“O grande perigo de todo aquele que se dedica ao estudo do Direito penal ou processual penal é que lhe aconteça o mesmo que ao fabricante de guilhotinas: que se apaixone pelo brilho da madeira, do peso exato e do polimento da lâmina mortal, do ajuste dos mecanismos, do sussurro filosófico que antecede a morte e, finalmente, esqueça que alguém perdeu a cabeça.”

(Alberto M. Binder)

RESUMO

Este trabalho apresenta uma diferenciação entre as formas de proibição probatória presentes no processo penal brasileiro, que, se descumpridas, culminam em elementos probatórios ilegais. Nesse sentido, a atividade probatória está, em qualquer ordenamento jurídico que tenha por base os direitos fundamentais do indivíduo, sujeita a inúmeras normas de cunho constitucional, material e processual. É imprescindível, nessa seara, que estes limites normativos sejam respeitados, sob pena de admitir uma decisão judicial posterior embasada em uma prova que foi obtida e/ou produzida em inobservância às garantias individuais daquele que se vê acusado penalmente. Assim, a partir de extensa revisão bibliográfica sobre o tema, verifica-se a existência, no processo penal brasileiro, de duas formas de vedação probatória: a proibição de obtenção de prova e a proibição de produção de prova (que, uma vez inobservada, desdobra-se na proibição de valoração de prova). Se inobservadas estas vedações probatórias, tem-se uma prova ilícita ou uma prova ilegítima, respectivamente. Destarte, em apertada síntese, uma adequada diferenciação entre estas duas espécies de prova ilegal (ou prova ilícita *strictu sensu*) tem três pontos-chave: a) o momento da violação da norma que resulta na ilegalidade daquele elemento de prova; b) a natureza da regra transgredida para sua obtenção ou produção; e c) o tratamento e as consequências, processuais e materiais, que recaem sobre a prova e o agente que a coletou.

Palavras-chave: processo penal; prova; prova ilícita; prova ilegítima.

ABSTRACT

This work explores a differentiation between the forms of probative prohibitions present in the Brazilian criminal process code, which, if disregarded, will culminate in illegal evidentiary elements. In this sense, the probative activity is, in any legal system based on the fundamental rights of the individual, subject to numerous constitutional, material and processual rules. Thus, it is essential that these regulatory limits be respected, under penalty of admitting a subsequent judicial decision based on evidence that was obtained and/or produced in violation of the individual guarantees of the person who is criminally charged. Therefore, from an extensive bibliographical review of the subject, there are two forms of evidentiary prohibition: the prohibition of obtaining evidence and the prohibition of the production of evidence (which, once unobserved, unfolds in the prohibition of valuation of evidence). If such evidentiary restrictions are unobserved, the evidence is deemed illicit or illegitimate, respectively. Hence, in a brief synthesis, an adequate differentiation between these two species of illegal proof (or unlawful evidence *strictu sensu*) has three key points: a) the moment of violation of the rule that results in the illegality of that evidence; b) the nature of the rule breached for its production or procurement; and c) the treatment and the consequences, processual and material, that fall to the evidence and the agent who collected it.

Keywords: criminal proceedings; evidence; illicit evidence; illegitimate evidence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	11
2.1. A FUNÇÃO, O ÔNUS E O PROCEDIMENTO DA PROVA NO PROCESSO PENAL	11
2.2. A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA PROVA E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA PENAL.....	18
2.3. A PROTEÇÃO PROBATÓRIA EM UMA ANÁLISE GERAL.....	24
3. A PROIBIÇÃO DA OBTENÇÃO DE PROVA: PROVA ILÍCITA	32
3.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLIDÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
3.2. A TEORIA <i>THE FRUITS OF THE POISONOUS TREE</i> E AS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO.....	39
3.3. A PROVA ILÍCITA NA ATUALIDADE: ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL..	46
3.3.1. A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO (ART. 5º, INC. XI, DA CF) EM CONTRAPOSIÇÃO À BUSCA DOMICILIAR E APREENSÃO	46
3.3.2. A INVIOABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (ART. 5º, INC. XII, DA CF) EM CONTRAPOSIÇÃO À INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	50
4. A PROIBIÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA: PROVA ILEGÍTIMA	53
4.1. A DISTINÇÃO ENTRE A PROVA ILÍCITA E A PROVA ILEGÍTIMA	53
4.2. A CONEXÃO ENTRE AS PROVAS ILEGAIS E O SISTEMA DE NULIDADES PROCESSUAIS PENASIS	60
4.3. A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE AS NORMAS PROCESSUAIS DE PRODUÇÃO DE PROVA MAIS FREQUENTEMENTE DESCUMPRIDAS	66
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS	76

1. INTRODUÇÃO

No processo penal, a decisão que condena uma pessoa deve ter uma fundamentação impecável, de lisura exemplar, eis que será a palavra final que sentenciará o agente de forma irreparável, na massiva maioria das vezes tolhendo-lhe a liberdade na forma da pena de prisão. E, para tanto, exige-se uma delicada análise do conjunto probatório trazidos por ambas as partes – acusação e defesa – aos autos do processo, uma vez que é a única possibilidade que o magistrado responsável por esta decisão terá para buscar a melhor aproximação possível em relação aos fatos apurados, formando seu convencimento sobre o que efetivamente ocorreu.

A prova é, nessa esteira, o elemento de conhecimento que será usado pelo juiz natural da causa para tentar uma reconstrução de um evento passado que, supostamente, é tido como um crime. Nesse sentido, as partes fazem uso dos elementos probatórios juntados aos autos justamente para tentar dar força de verdade às alegações que fazem, sobre o fato em discussão ter ocorrido desta ou daquela maneira. Não existe decisão judicial em matéria penal sem prova, tendo em vista que o cidadão tem direito a saber exatamente quais são as acusações que lhe são imputadas, para o melhor exercício da ampla defesa.

É dessa lógica que exsurge uma manifesta necessidade de proteger a prova no processo penal, eis que o elemento probatório é o cerne da decisão que virá a ser exarada pelo julgador, sendo a partir deste instrumento de conhecimento que o juiz forma sua convicção sobre os fatos discutidos por meio da lide. Nessa conjuntura, as proibições probatórias surgem, em diversos ordenamentos jurídicos que adotam o livre convencimento motivado como sistema de apreciação da prova para construção do conhecimento, como delimitações de quais meios de prova e quais procedimentos de produção de prova são aceitáveis em face da preservação da eficácia dos demais direitos fundamentais que são postos em risco quando da investigação criminal.

O processo penal brasileiro, nesse contexto, é extremamente limitado no que diz respeito à proteção da prova – que, reitera-se, é a raiz epistemológica de uma decisão que pode vir a tolher a liberdade do agente –, tendo em vista que traz somente um artigo genérico, de número 157 do Código de Processo Penal, vedando a admissão de *provas ilícitas* no processo penal; sem, contudo, conceituar o que se enquadraria neste conceito, dado que se trata de repetição quase que *in verbis* da disposição constitucional no mesmo sentido. Assim, não existe uma

diferenciação expressa, pela legislação brasileira, entre as formas de proibição probatórias existentes.

Nesse sentido, embora a redação do art. 157 do CPP seja confusa justamente por não esclarecer quais normas de cunho infraconstitucional caracterizam meio ilícito de obtenção de provas se violadas, a doutrina compreendeu que não são todas as regras delimitadoras do direito à prova que, transgredidas, revestem aquele elemento probatório de ilicitude. Normas meramente procedimentais, que visam a resguardar somente os interesses do processo, visam a evitar a produção de uma prova ilegítima, que não se confunde com a prova ilícita, mas ainda é uma forma de retirar a validade do elemento probatório para a formação do convencimento do julgador.

Assim, a produção e valoração probatória torna-se discussão obrigatória, tendo em vista que se vive uma época em que cada dia há mais condenações lastreadas em um conjunto probatório obtido de forma ilícita ou, não raro, de acordo com o procedimento lícito, mas de maneira antiética que, indiretamente, acarreta em violação de normas-base não só do direito processual penal – o que, em última instância, representa também um descaso para com o ordenamento jurídico e da ordem constitucional como um todo, eis que o devido processo legal é garantia processual assegurada por força do art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal.

Nesse contexto, o presente estudo visa a construir uma distinção mais aprofundada de como o processo penal brasileiro manifesta duas formas de proibição probatória – a vedação de obter prova em contraposto à vedação de produzir e valorar prova –, e como a violação dessas normas acaba por gerar, respectivamente, a prova ilícita e a prova ilegítima. Mais do que isto, também se busca analisar quais as origens das transgressões normativas que culminam em uma prova inutilizável no processo penal, e quais os tratamentos processuais outorgados a cada uma das espécies de provas ilegais, e como a jurisprudência das Cortes Superiores têm abordado o tema.

Para tanto, abordar-se-á separadamente a proibição de obtenção de prova por meios ilícitos e a proibição de produção de prova em descumprimento a normas procedimentais, de modo que se fará um estudo mais detalhado a respeito da prova ilícita e, posteriormente, em relação à prova ilegítima, delineando os três pontos principais em que reside a adequada diferenciação entre as formas de proteção probatória do processo penal brasileiro: a um, o momento em que ocorre a violação da norma; a dois, a natureza da norma violada; e, a três, o tratamento processual dado àquela prova ilegal.

2. A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Para melhor compreender os diversos mecanismos que a legislação brasileira oferece visando à proteção probatória (dentre estes, a proibição do uso de determinadas provas no processo penal), é necessário um estudo sobre a própria função da prova dentro da relação processual, permitindo uma percepção mais adequada sobre a necessidade de proteger o elemento central do processo – isto é, a prova – antes de finalmente passar-se ao estudo das proibições probatórias em espécie.

2.1. A FUNÇÃO, O ÔNUS E O PROCEDIMENTO DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Pode-se aprofundar esta análise sobre a prova no processo penal brasileiro, em um primeiro momento, partindo do conceito em termos estritamente técnicos e não relacionados apenas com o papel do elemento probatório no processo penal, como oferecido por Choukr¹:

É o produto obtido pela atividade das partes legítimas, com emprego de meio lícito, em contraditório, perante o juiz natural da causa, tendente a certificar o conteúdo da imputação e o objeto do processo ou a descaracterizá-lo, devendo ser sopesado pelo órgão julgador na fundamentação de seu provimento.

Etimologicamente, *prova* é termo que se cunhou a partir do latim *probatio*, que, segundo Nucci², dá a ideia de exame ou verificação. Contudo, adotando-se o sentido jurídico que será usado no presente trabalho, entende-se o verbete como meio pelo qual se dá a formação de convencimento do juiz sobre a maneira pela qual transcorreu o fato debatido no curso do processo penal, eis que esta é a ferramenta utilizada para reconstruir o evento em busca do mais próximo da verdade³ que se é possível alcançar⁴.

Note-se, no ponto, que a prova pode ser abordada em duas perspectivas diferentes: objetiva e subjetiva. A finalidade objetiva da prova relaciona-se com levar o fato supostamente

¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial. 7ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 441.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 15.

³ No ponto, frisa-se que a busca pela verdade real pela via do processo penal é inócua, eis que se trata de uma discussão sobre um evento histórico – isto é, passado –, que, como tal, não pode simplesmente ser reconstruído à exatidão. Portanto, o litígio judicial deve ser tratado como instrumento de reconstrução aproximada, e não perfeita.

⁴ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 341.

delitivo ao conhecimento do juiz para que este possa formar um juízo de valor sobre a ocorrência, possibilitando a tomada de decisão. De outra banda, no entanto, tem-se a finalidade subjetiva da prova, isto é, sua função persuasiva – influenciar na formação do convencimento judicial do julgador natural da causa⁵.

Para melhor clareza, sublinha-se a visão do processo penal enquanto instrumento de reconstrução aproximativa de um evento passado, visando-se a formar um juízo cognitivo do julgador de maneira segura sobre sua efetiva ocorrência para que se possa aplicar uma sanção ao fato definido legalmente como crime. Nesta esteira, segundo Cordero⁶, “en efecto, formuladas varias hipótesis históricas por los contendores, es menester verificarlas. Las pruebas son los materiales sobre los cuales se lleva a cabo esa tarea [...]”⁷, isto é, tratar a prova como meio de comprovação das possibilidades sobre o fato investigado.

Ora, a própria raiz de um processo é a criação e discussão de diversas hipóteses sobre um mesmo fato, à medida que cada sujeito alega possuir direito e, fazendo uso dos meios que lhe são disponíveis, tenta influir sobre o convencimento daquele a quem incumbe a tarefa de julgar. É a aplicação direta do brocardo mihi factum, dabo tibi jus – dá-me os fatos, dar-te-ei o direito. Determinadas hipóteses apresentadas pelos sujeitos em litígios são mais prováveis do que outras; mas, no processo penal, a mera probabilidade não é suficiente para levar o julgador a uma decisão.

Veja-se que é tarefa das partes (no processo penal, respeitando-se a divisão do ônus probatório) gerar a certeza necessária para o veredicto final do juiz⁸; e, tendo em vista que se faz uso do sistema do livre convencimento motivado no processo brasileiro, a persuasão deve ser feita racionalmente por meio de elementos concretos que sejam capazes de viabilizar uma decisão lógica e que efetivamente se aproxime da realidade sobre o fato discutido. O julgador

⁵ EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 23.

⁶ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal. Tomo II**. Tradução de Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 3.

⁷ “Com efeito, formuladas várias hipóteses histórias pelos contendores, é necessário verificá-las. As provas são os materiais pelos quais se realiza esta tarefa [...]” (tradução própria).

⁸ O Brasil adota o modelo da prova acima da dúvida razoável para permitir a condenação no processo penal. Assim, “É indubitável que a certeza exigida para julgar-se uma indenização por acidente de trânsito não pode e não deve ser a mesma para que se decreta a perda do pátrio poder, que, a sua vez, não pode e não deve ser igual para que se prive alguém da liberdade, que, por fim, não pode ser a mesma quando se trate de condenar alguém criminalmente com base em indícios” (KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45.)

é, pois, destinatário da prova, eis que é a sua formação de convicção que as partes tentam persuadir mediante o uso de elementos probatórios⁹.

Nesta seara, a conclusão lógica a que se chega é que a realidade não é o verdadeiro objeto da prova: a um, porquanto impossível reproduzir o evento naturalístico discutido fielmente como ocorrido; e, a dois, pois a prova visa a influenciar o julgador, cuja decisão não está necessariamente vinculada à verdade sobre o fato discutido por meio da ação penal, mas somente ao seu livre convencimento motivado que resultará do conjunto probatório que lhe é apresentado.

Conquanto, à primeira vista, possa parecer ilógico afirmar que a decisão judicial não está vinculada à suposta verdade real, isto se dá à medida que o processo penal brasileiro adota o sistema da persuasão racional para a avaliação da prova juntada aos autos pela parte. Também chamado de livre convencimento motivado, toma por base o dever constitucional de motivação das decisões judiciais, insculpido no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, e se reflete no art. 155 do Código de Processo Penal, que dispõe, dentre demais determinações, que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”.

O sistema do convencimento racional permite que o julgador valora livremente a prova que lhe é apresentada, devendo exarar suas razões fundamentadamente – sem, contudo, haver uma vedação à atribuição do peso probatório que julgue subjetivamente merecido àquele elemento. As poucas exceções à ampla utilização do sistema do livre convencimento motivado no processo penal brasileiro são as decisões tomadas pelo Tribunal do Júri, eis que baseadas em livre convicção e não sujeitas ao dever de motivação, e provas tarifadas pela própria legislação processual penal¹⁰ como um resquício do sistema da valoração taxada adotado pelo Código de Processo Penal.

⁹ Trata-se, no ponto, de adendo que se faz necessário sobre a iniciativa da produção probatória nos sistemas processuais penais acusatório, inquisitório e misto: ora, se a função da prova dentro do processo é influir no convencimento do juiz natural da causa, pode a este ser permitida a produção probatória, ou deve-se restringir esta atividade somente às partes? Parece contraditório que seja permitido ao julgador produzir um elemento que servirá à sua própria convicção, isto é, que será posteriormente sopesado por critérios subjetivos e virá a impactar na tomada de decisão. Apesar das inúmeras discussões sobre qual o sistema processual penal adotado no Brasil, insta consignar que o Código de Processo Penal não veda a iniciativa probatória pelo juiz – pelo contrário, o art. 156, inc. I, por exemplo, delega ao julgador a faculdade de determinar a produção de prova *ex officio*.

¹⁰ A título meramente exemplificativo de aplicações remanescentes do sistema da prova tarifada no processo penal brasileiro, cita-se a necessidade de exame de corpo de delito para comprovar a materialidade de crimes que deixam vestígios, nos moldes do art. 158 do CPP, ou o parco valor probatório da confissão quando esta não é amparada pelo restante do conjunto probatório, conforme leciona o art. 197 do Código de Processo Penal.

Assim, tem-se que a prova é o instrumento do qual as partes envolvidas no processo dispõem para tentar persuadir da maneira racional o julgador de que a noção por elas apresentada sobre o fato histórico discutido é a mais correta dentre as hipóteses possíveis. Nucci¹¹ refere que “Quem *prova*, no processo, convence o juiz; assim, fazendo, vence a disputa. Isso não significa que o resultado do processo deva ser, necessariamente, adequado e amoldado perfeitamente à realidade.” Busca-se reconstruir um fato passado que não é obrigatoriamente fiel ao que ocorreu no mundo naturalístico.

A prova é também garantia do devido processo legal em matéria de processo penal, eis que a fundamentação das decisões judiciais que é base do Estado Democrático de Direito impõe ao julgador o dever de motivar o como e o porquê da formação de seu convencimento; e, conforme já anotado, no processo penal, o procedimento de persuasão racional acontece com base no conjunto probatório trazido aos autos. Assim, sob esta óptica, considera-se que a prova é o instrumento do qual o réu dispõe, enquanto polo frágil em oposição ao Estado, para fazer influir na formação de convencimento do julgador a respeito da sua versão sobre o fato que se apura por meio do procedimento penal.

Desta maneira, via de regra, todos os fatos são e podem ser objeto de prova na persecução penal, uma vez compreendido que o processo de formação do convencimento do julgador com base nos elementos probatórios é o ponto nevrálgico do próprio sistema democrático. Entretanto, excepciona-se determinados fatos que independem de prova: os denominados axiomáticos (intuitivos, evidentes); notórios; inúteis ao deslinde do litígio; e, por derradeiro, as presunções legais¹².

Ressalvadas as hipóteses que dispensam elementos probatórios para sua confirmação, via de regra, qualquer afirmação fática feita nos autos processuais necessita ser comprovada, e, a teor do artigo 156 do CPP, “A prova da alegação incumbe a quem a fizer [...]”. O dispositivo legal em comento, contudo, não veda a iniciativa probatória por parte do julgador da causa, a quem é facultada a determinação de diligências para coletar provas que compreende necessárias ao deslinde do feito.

¹¹ NUCCI, *op. cit.*, p. 16/17.

¹² As presunções legais podem ser absolutas – *jure et de jure* – ou relativas – *juris tantum*. Apenas as presunções legais relativas admitem prova em contrário. Sobre o ponto, EBERHARDT (*loc. cit.*, p. 24) traz o exemplo da imputabilidade penal, uma vez que absoluta para o menor de dezoito anos, a teor do art. 27 do Código Penal, mas relativa para o maior de idade, que, via de regra, é presumido imputável, mas esta imputabilidade pode ser impugnada por meio de laudo psiquiátrico demonstrando a incapacidade de compreensão do caráter ilícito de sua conduta, conforme o art. 26 do CP.

Neste ponto, a discussão recai sobre a quem incumbe o ônus da prova, via de regra, no processo penal – se cabe à acusação provar o imputado culpado, ou se cabe ao acusado demonstrar-se inocente sobre os fatos apurados. Sobre o tema, Giacomolli¹³ refere que “O encargo de provar a culpa do imputado é da acusação, mas é de interesse da defesa criar, no espírito do julgador, a dúvida razoável. Contudo, a circunstância de a defesa não ter criado a dúvida razoável não induz à condenação do imputado”.

Trata-se de aplicação direta do princípio *in dubio pro reo*, eis que, não sendo possível a formação de uma convicção acima da dúvida razoável pelo julgador, deve o acusado ser absolvido nos moldes do art. 386, inc. VII, do CPP. Ora, o procedimento penal é regido pela presunção constitucional de inocência, uma vez que, segundo o art. 5º, inc. LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Ainda, no entendimento de Giacomolli¹⁴ sob os reflexos da presunção constitucional de não culpabilidade no processo penal brasileiro:

O partir da inocência e não da culpabilidade induz a importantes regras probatórias. Primeiramente, diante da presunção de inocência, a imputação fática e jurídica é para o julgador uma mera hipótese, a qual se converterá em juízo categórico de culpabilidade quando os seus pressupostos forem demonstrados pela acusação. Na falta desses, é dever do magistrado confirmar, com uma solução absolutória, o originário *status* de inocência. O encargo probatório é exclusivo da acusação no processo penal, bastante à defesa tornar crível a sua alegação. [...] Entretanto, não há como obrigar o suspeito ou o acusado, como se fazia com a tortura e outras metodologias invasivas, a produzir prova contra sua própria pessoa (*nemo tenetur se detegere*).

Assim, adentra-se o âmbito do processo penal presumindo a inocência do réu, a qual só pode ser desconstituída mediante prova segura e certa de que os supostos fatos delitivos ocorreram conforme descrito na denúncia. A lógica é simples: o acusado é tido como inocente, e o Ministério Público – na posição de órgão acusatório – visa à desconstituição de sua presunção de inocência; para tanto, deve comprovar a efetiva prática de um fato delitivo, narrado por meio da denúncia e demonstrado por meio dos elementos probatórios trazidos na instrução processual pelo interessado na condenação, isto é, o próprio *parquet*¹⁵.

¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015. p. 107.

¹⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar. F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 443/444.

¹⁵ Não se pode, todavia, exigir que o Ministério Público produza prova negativa sobre o que não existe – isto é, por exemplo, sobre a ausência de causas excludentes da ilicitude do fato alegado pela acusação ou excludentes da culpabilidade do imputado. A doutrina majoritária tende a adotar uma posição mais relativista, no sentido de que o ônus da prova do qual se incumbe o órgão acusatório diz respeito somente às suas próprias alegações, ou seja,

Nesta esteira, traz-se lição de Eberhardt¹⁶:

E na medida em que o imputado é considerado inocente, não lhe pode ser incumbido o ônus de provar absolutamente nada. Por isso, a acusação tem a carga de descobrir hipótese e provas, ao passo que a defesa tem o direito de contradizer por meio de contra-hipóteses e contraprovas. Daí se falar que, não estando suficientemente comprovada a versão acusatória, deve prevalecer a observância do princípio *in dubio pro reo*.

Portanto, o art. 156 do CPP deve ser interpretado sob a óptica do texto constitucional, isto é, de modo que sua incidência ocorra orientada pelo princípio da presunção de inocência. E tal garantia constitucional determina, *in casu*, que recaia exclusivamente sobre quem acusa o ônus de produzir prova apta a desconstituir o estado de não culpabilidade prévio do acusado e a comprovar a possível prática delitiva apurada por meio do processo penal.

Uma vez considerado a quem incumbe o ônus da prova, via de regra, no processo penal, deve-se também compreender o procedimento pelo qual determinado elemento probatório irá ser analisado antes de vir a ser produzido e juntado aos autos daquela ação para, posteriormente, permitir que o julgador emita juízo de valor sobre a prova no contexto fático. Neste sentido, o procedimento probatório é composto por quatro fases distintas: requerimento, juízo de admissibilidade, produção e, ao final, valoração daquele elemento de prova.

A rigor, as partes não têm um momento determinado para requerer a produção probatória, podendo ser antes, durante ou após a instrução processual – isto é, pode ter caráter urgente e relevante, justificando-se a produção antecipada de prova; por outro lado, também não é vedada a atividade probatória depois de finda a instrução processual, a teor do art. 616 do Código de Processo Penal.

Ocorre, por óbvio, que apesar de o livre convencimento motivado garantir ao juiz a faculdade de valorar as provas como melhor lhe parecer, a liberdade sistema da persuasão racional não pode transbordar os limites do devido processo legal, de modo que deve haver um juízo de admissão da prova para assegurar sua licitude e legalidade, permitindo sua produção e juntada aos autos para posterior apreciação e valoração.

Quanto ao juízo prévio de admissibilidade do elemento probatório em questão, segundo posicionamento de Mougenot¹⁷, “trata-se do momento em que a produção da prova é admitida pelo julgador, porquanto este entende necessária a existência da prova para a elucidação de

ao que é narrado na exordial acusatória da ação penal pública; e a denúncia, a teor do art. 41 do CPP, deve conter, ao mínimo, a descrição da conduta supostamente delitiva e as possíveis consequências do fato na esfera penal.

¹⁶ EBERHARDT, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 373.

controvérsia entre as alegações das partes, ou para averiguar a veracidade de uma alegação de qualquer das partes.”

Ainda no que diz respeito à possibilidade de inadmissão da prova, isto é, de indeferimento da produção do elemento probatório requerido pela parte, compreende-se que tal decisão deve ser motivada quando se requer seja produzida a prova no momento ordinário e adequado para tal (que, via de regra, é quando do oferecimento da peça inicial para o acusador; e, para o imputado, a resposta à acusação). Neste cenário, o art. 400, § 1º, do CPP faculta ao julgador que indefira as provas consideradas “irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.

Assim, em apertada síntese, cita-se Cordero¹⁸: “Se considera admisible toda prueba que ninguna norma procesal prohíbe recibir o establecer.” Pode ser admitido, pois, todo elemento probatório que não seja proibido – seja a proibição voltada para sua obtenção, produção ou admissão – por uma norma de natureza constitucional/material ou processual. Eis aí a maior diferenciação entre prova ilícita e prova ilegítima: enquanto a obtenção daquela viola uma norma constitucional ou material, a produção desta é contra uma norma de natureza processual.

Uma vez admitido, o elemento probatório é produzido por meio da diligência adequada e necessária para tanto. Assim, acostada aos autos, a prova passa a pertencer ao próprio processo (princípio da comunhão), podendo servir de fundamentação para que qualquer das partes tente influenciar na formação de convencimento do julgador natural da causa do modo que considerar mais adequado para buscar a solução do litígio.

Passa-se, por conseguinte, à fase da valoração da prova – isto é, o cerne do sistema de persuasão racional de avaliação do elemento probatório. É momento no qual o juiz pode usufruir de sua liberdade para “examinar e atribuir valores às provas”¹⁹, fazendo uso delas para fundamentar sua decisão sobre o mérito do processo, seja sua conclusão pela absolvição ou pela condenação do réu. É justamente neste ponto que é evidenciada a necessidade de proteção do elemento probatório, à medida que é a valoração do conjunto de provas que dá azo à sentença penal.

¹⁸ CORDERO, *op. cit.*, p. 37. Em tradução livre, “Considera-se admissível toda prova que nenhuma norma processual proíba receber ou produzir.”

¹⁹ NUCCI, *op. cit.*, p. 20.

2.2. A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA PROVA E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA PENAL

Uma vez compreendido o conceito de prova para o processo penal brasileiro, deve-se estudar a própria necessidade de proteção do elemento probatório, para então passar à análise da proibição probatória na legislação atual. Isto porque é a partir da prova que o julgador forma seu convencimento sobre a reconstrução histórica que está sendo apresentada por meio daquela ação penal, tentando aproximar-se o máximo possível do fato que se apura.

Exsurge, assim, a necessidade de uma legislação processual penal que proteja a prova de maneira segura e coerente. A prova é vista, sob esta óptica, como elemento de formação de convencimento do julgador sobre um evento passado discutido no presente que, inevitavelmente, resultará em efeitos no futuro – isto é, a pena que será aplicada²⁰. Precisamente, no processo penal não se refere sobre reflexos futuros quaisquer e sem importância, mas de sanções de natureza grave que tolhem o mais puro direito fundamental humano: a liberdade.

Analisa-se, portanto, a própria fundamentação da decisão em matéria penal – seja ela absolutória ou condenatória –, à medida que é o conjunto probatório que leva a uma persuasão racional do juiz natural da causa sobre o contexto fático ali discutido. E, neste sentido, segundo Cantón²¹, “La motivación es la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica.” Em tradução livre, tem-se o conceito de que “a motivação é a exteriorização por parte do juiz ou do tribunal da justificação racional de determinada conclusão jurídica.”. Malatesta²², por exemplo, assim leciona:

O convencimento deve ser raciocinado, não determinando de que natureza devem ser as razões que legitimam o convencimento. E muitas vezes, as preocupações e prevenções subjetivas da pessoa dão um tal peso a motivos fúteis, que os fazem considerar-se como razões suficientes. Ora, é importante para a noção do convencimento judicial acrescentar que as razões que o determinaram devem ser de natureza tal que criem a convicção em qualquer outra pessoa razoável, a quem sejam expostas.

O convencimento não deve ser, em outros termos, fundado em apreciações subjetivas do juiz; deve ser tal que os fatos e provas submetidos a seu juízo, se o fossem,

²⁰ LOPES JR., *loc. cit.*

²¹ CANTÓN, Fernando Diaz. **La motivación de la sentencia penal y otros estudios**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 99.

²² MALATESTA, Nicola Flamarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 54/55.

desinteressado ao de qualquer outro cidadão razoável, deveriam produzir, também neste, a mesma convicção que naquele. [...]

Ora, o sistema do livre convencimento motivado para a valoração das provas juntadas ao processo veda uma decisão judicial embasada no foro íntimo do julgador. O art. 155 do Código de Processo Penal, ao adotar a persuasão racional para o juiz togado, institui o múnus imprescindível de constituir a decisão judicial da maneira que melhor lhe convir, vinculando-a, contudo, aos elementos probatórios que foram admitidos àqueles autos. É proibido ao julgador – aqui excepcionando-se o jurado do Tribunal do Júri, que não é obrigado a fundamentar seu julgamento – lançar uma decisão com fulcro em sua íntima convicção, desconectada do contexto probatório do processo.

Uma decisão jurídica proferida por um juiz togado necessariamente precisa ser fundamentada com base nos elementos que as partes trouxeram ao processo por meio da atividade probatória. Trata-se de uma preparação do espírito do magistrado, visando influir, por meios concretos e racionais, na tomada de decisão sobre determinado fato passado que pode ser uma conduta em verdade tipificada enquanto crime. Esta obrigação constitucional, prevista no art. 93, inc. IX, surge da adoção, pelo Código de Processo Penal brasileiro, do sistema da persuasão racional para a formação de seu convencimento.

Em adequada definição, Mendroni²³ coteja a prova e a motivação da decisão:

A atividade probatória dentro da qual as partes se movem acaba formando um influxo, positivo ou negativo, em análise global, que gera na mente do julgador o convencimento acerca da constatação da prática de determinados atos e da existência de determinados fatos, bem como a sua forma, adequando ações a conduta prevista em lei penal como infração penal. Caracterizam-se, destarte, com o verdadeiro *substrato processual*. O que verdadeiramente adquire importância no decorrer do processo são as provas e “contraprovas” nele inseridas, a favor ou contra os argumentos das partes.

Assim, torna-se claro que a prova resguarda íntima relação com o dever de fundamentação da sentença penal, à medida que é o substrato probatório produzido no curso do processo que servirá para formar o convencimento do julgador acerca dos fatos apurados naquela ação penal. A partir deste ponto, percebe-se que o estabelecimento de uma proibição probatória se dá como forma de proteção do próprio cerne de uma decisão judicial, que tem o condão de influir na persuasão racional do juiz natural daquela causa.

²³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal**: estudo sobre a valoração das provas penais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Esta garantia de fundamentação das decisões judiciais pode ser analisada em duas frentes, demonstrando a existência de dois pilares fundamentais sobre os quais se sustenta. Se, por um lado, é deste dever que surge a possibilidade de controle sobre a atividade jurisdicional na forma de uma revisão posterior da validade dos fundamentos daquela decisão, também é por esta obrigação de motivação das razões judiciais que se sustentam a maioria das garantias processuais previstas na Constituição Federal de 1988.

Este dever de motivação de todas as decisões judiciais é previsto na Carta Magna, concomitantemente com a publicidade dos atos processuais, no art. 93, inc. 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”.

Sem embargo, Cantón²⁴ refere que a maioria destas garantias processuais perderiam a razão de ser caso inexistisse uma obrigação de motivação da decisão judicial por parte do juiz togado, tais quais a ampla defesa e o contraditório, previstos no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal. É a partir do contraditório que se assegura o direito de ambas as partes se pronunciarem sobre determinada prova que foi juntada aos autos – justamente para que a manifestação de sua percepção a respeito daquele elemento probatório possa influir na formação de convencimento do juiz.

Ora, o direito ao contraditório exsurge intimamente ligado à questão probatória, à medida que pressupõe a paridade de armas entre as partes que atuam naquele processo. Formalmente, o contraditório é possibilitar a ciência bilateral dos atos e termos do processo, e permitir que as partes o contrariem. Neste conceito, inclui-se o acesso às provas que foram obtidas ou produzidas pela parte oposta. A relação entre esta garantia processual e o dever de motivação das decisões judiciais dá-se porque “Instrução, por sua vez, não é só provar. Significa preparar o espírito do juiz, não somente através das provas, mas participando do processo em

²⁴ CANTÓN, *op. cit.*, p. 99/100. Em tradução livre, “A motivação nos permite comprovar, por exemplo, se há os pressupostos de probabilidade [de cometimento do crime] e perigo [na liberdade] indispensáveis para a decretação da prisão preventiva ou a determinação de um bloqueio [de bens]. Mas mais do que isto – e aqui é seu papel preponderante –, nos permite verificar a correção do juízo emitido na sentença definitiva. Sendo o fim de todo o processo penal – e, em verdade, de todo o processo jurisdicional – a determinação dos fatos após uma atividade cognitiva regrada, com o objetivo de proceder à aplicação do direito a estes fatos, é na ocasião da sentença definitiva que essa atribuição se manifesta em todo o seu esplendor; seria impossível constatar o acerto ou o desacerto da decisão se esta carece de motivação, ou se a motivação foi rasa.”

todas as demais atividades. Entre as quais a atividade instrutória, em que a lei prevê a fase dos debates, em que as partes oferecem suas alegações, de fato e de direito.”²⁵

A prova é a principal arma da qual as partes dispõem para efetivamente tentar demonstrar ao julgador sua versão sobre a realidade do evento que se discute na ação penal. Justamente por isso, o contraditório não pode ser compreendido somente como a possibilidade de contestar um ato processual da parte contrária, mas também como o direito de influenciar a decisão final do juiz. É assim que surge o direito à prova – que pode ser visto como um desdobramento da garantia fundamental ao contraditório e à ampla defesa, sem perder sua relação com o dever de fundamentação da sentença.

No tocante ao direito à prova, Avolio²⁶ assim compreende:

Se o escopo do direito de ação e de defesa é o de dar ao interessado uma adequada oportunidade de interferir sobre o desenvolvimento e o êxito do julgamento, pareceria evidente que o exercício concreto desse direito seja essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de servir-se dos instrumentos apropriados, as provas, com as quais se procura verificar aquele determinado evento.

Não por acaso, o título das provas do Código de Processo Penal começa com uma proibição de valoração de provas obtidas sem observância do contraditório processual, impondo um limite ao próprio sistema do livre convencimento. Assim, o art. 155 dispõe que “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.”

Ora, a prova, para ser apta a embasar uma decisão judicial, deve passar por um processo que começa por sua admissão – fase em que se pressupõem negadas as provas ilícitas – e culmina na valoração. Passado o crivo do juízo de admissibilidade, ainda há um segundo filtro, que é a possibilidade (ou não) de valoração de determinado elemento probatório. O processo penal brasileiro, conforme supramencionado, somente admite a apreciação de provas produzidas em contraditório judicial.

Assim, em apertada síntese, verifica-se que uma das razões de ser das garantias processuais – tais quais o contraditório – é o dever de fundamentação das decisões judiciais proferidas pelo juiz togado, aliado à proteção da própria dignidade da pessoa humana mediante um processo penal justo e adequado. Mais do que isso, contudo, também se deve analisar esta

²⁵ ALMEIDA *apud* AVOLIO, Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 35.

²⁶ AVOLIO, *op. cit.*, p. 37.

obrigação de motivar a sentença sob outra perspectiva: o controle posterior da regularidade da atividade jurisdicional.

Nesse sentido, o encargo constitucional do julgador de exteriorizar a argumentação que levou àquele julgamento – especialmente em matéria penal, na qual a decisão judicial guarda íntima relação com consequências de impacto na vida do agente – tem clara conexão com a publicidade processual e, por conseguinte, com a possibilidade de supervisão da atividade jurisdicional. Para viabilizar a revisão de determinado *decisum* proferido pelo julgador (seja para mantê-lo ou para reformá-lo), é necessário saber como aquela decisão foi proferida e em quais fundamentos se baseia.

Cantón²⁷ refere, por exemplo, que:

La motivación nos permite comprobar, por ejemplo, si se dan los presupuestos de verosimilitud y peligro indispensables para el dictado de la prisión preventiva o la traba de un embargo. Pero además – y he aquí su papel preponderante –, nos permite constatar la corrección del juicio emitido en la sentencia definitiva. Siendo el fin de todo proceso penal – y en verdad de todo proceso jurisdiccional – la determinación de los hechos tras una actividad cognoscitiva reglada, con el objeto de proceder a la aplicación del derecho a esos hechos, es en oportunidad de la sentencia definitiva donde ese cometido se manifiesta en todo su esplendor; sería imposible constatar el acierto o desacierto de la decisión si careciera de motivación o ésta fuera solo aparente.

Trata-se de uma vedação contra julgamentos arbitrários, sem uma motivação racional, que não podem ser revistos posteriormente por ser impossível precisar como foram concebidos. Nessa seara, é também uma característica própria do processo penal brasileiro a necessidade de um conjunto probatório acima da dúvida razoável para ensejar uma condenação criminal. E só é possível constatar a existência de provas suficientes para validar aquela decisão judicial se o processo de formação de convencimento a partir dos elementos probatórios juntados aos autos for exposto e tornado público por meio da motivação da sentença.

Tendo em vista que o ato de julgar é uma função inerentemente humana, por óbvio encontra-se sujeito a erro. A partir desta premissa, surge a indispensabilidade de um controle posterior sobre a decisão judicial – que, em matéria de provas no processo penal, relaciona-se tanto com a observância das regras materiais e processuais sobre a obtenção e produção daqueles elementos de convencimento, quanto com a existência de um conjunto probatório

²⁷ CANTÓN, *loc. cit.*

substancial que efetivamente sustente a culpa do acusado. No ponto, segundo Knijnik²⁸, “Quanto mais grave o efeito do erro judiciário, maior deve ser o cuidado [sobre a prova]”.

Mais do que isto, Mendes e Streck²⁹ também lecionam sobre o assunto:

A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. O juiz ou o Tribunal, por exemplo, devem expor as razões que os conduzira, a eger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. Não é da subjetividade dos juizes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei, caindo por terra o antigo aforisma de que “sentença vem de *sentire*”, erigido no superado paradigma da filosofia da consciência.

[...]

A fundamentação é, em síntese, a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: a legitimidade da decisão. É onde se encontram os dois princípios centrais que conformam uma decisão: a integridade e a coerência, que se materializam a partir da tradição filtrada pela reconstrução lingüística da cadeia normativa que envolve a querela sub judice.

A obrigatoriedade de fundamentação é, assim, corolário do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma obrigação do magistrado ou do Tribunal, trata-se de um direito fundamental do cidadão, de onde se pode afirmar que, em determinadas circunstâncias e em certos casos, uma decisão, antes de ser atacada por embargos declaratórios, é nula por violação do inciso IX do art. 93.

Nessa seara, a conclusão a que se chega é que a prova é o único caminho pelo qual se alcança, no procedimento penal brasileiro, a fundamentação adequada da sentença (seja esta condenatória ou absolutória) a partir da exposição argumentativa dos motivos racionais que levaram o julgador àquela decisão. Somente um conjunto probatório acima da dúvida razoável é capaz de configurar, na instância criminal, motivação suficiente para ensejar este ou aquele desenlace da ação penal.

Em apertada síntese, pois, repisa-se que a prova é inevitavelmente a raiz da decisão no processo penal, à medida que é o instrumento do qual se valem as partes para influir na formação de convencimento do julgador. Diante disto, surgem as garantias processuais como o contraditório, observando-se a paridade de armas entre os sujeitos do processo penal para visar ao equilíbrio sobre a disposição dos elementos probatórios que são juntados aos autos.

²⁸ KNIJNIK, *loc. cit.*

²⁹ STRECK, Lenio L.; MENDES, Gilmar F. Comentário ao artigo 93º, IX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1324/1325.

Mais do que isto, contudo, a prova relaciona-se inerentemente com o dever constitucional de motivação da decisão judicial, eis que a exposição da motivação do magistrado, no sistema de valoração de provas da persuasão racional do juiz, permite um controle sobre aquela atividade judicial. É neste momento posterior à publicação do *decisum* que se pode verificar sua validade em matéria probatória, à medida que se afere não só eventual uso de provas ilegais, mas também a existência de um conjunto fático adequadamente comprovado acima da dúvida razoável que aponte pela culpa daquele réu.

É diante deste contexto que desponta a manifesta imprescindibilidade da imposição de proibições probatórias em qualquer sistema processual penal que preze pela primazia das decisões judiciais e por um processo justo ao acusado. A obtenção e produção de elementos probatórios ficará desprotegida e sujeita a violações de diversas naturezas – constitucionais, processuais e materiais –, caso o legislador olvide de instituir dispositivos adequados para garantir a lisura das provas que são apresentadas ao julgador. E, assim o sendo, toda a formação do convencimento judicial do juiz restará contaminada, resultando em um deslinde possivelmente injusto àquele feito.

2.3. A PROTEÇÃO PROBATÓRIA EM UMA ANÁLISE GERAL

Foi Ernst von Beling quem primeiro cunhou a expressão *proibição de prova*³⁰, a partir da obra *Die beweisverbote als grenzen der wahrheitsforschung im strafprozess*; ou, em tradução livre, a proibição das provas como limite da verdade na instrução criminal. A despeito do uso deste conceito pela doutrina alemã, nunca houve uma unanimidade de ideias, de modo que a jurisprudência é amplamente desencontrada em sua origem, bem como houve juristas que tentaram atribuir nova denominação³¹.

A atividade probatória está sujeita a inúmeras regras de natureza constitucional, material e processual, que devem ser respeitadas em observância ao bom andamento do processo enquanto instrumento de reconstrução de um evento passado para se averiguar a necessidade de aplicação de sanções penais. Neste sentido, a decisão judicial em matéria penal não está livre

³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra, 1992. p. 22/23.

³¹ ANDRADE, *loc. cit.*

ao arbítrio daquele julgador, mas encontra-se inevitavelmente submissa a limites externos que devem ser observados para a validade daquele *decisum*.

Morales³², nesta ordem, refere que:

Es evidente, por más eufemismo que se enarbole, que las decisiones que toma el juez no son absolutamente libres, pues él tiene que someterse a la supremacía constitucional y al principio de legalidad, de modo que debe cumplir los principios que le orientan y acatar las reglas que regulan la forma y modo de conocer, y las que regulan la decisión final. Algunos autores, especialmente los que asumen la teoría de la imposibilidad práctica de alcanzar la verdad en el proceso, aducen este argumento como límite a la verdad.

La mera presencia de normas que regulen la actividad probatoria no impide que se alcance la verdad o, al menos, una aproximación a la misma. Además estas normas se erigen en garantía de los derechos fundamentales, de la igualdad de las partes y de interdicción de la arbitrariedad. Normalmente, las reglas procesales sobre la prueba se pueden agrupar así: *a*) reglas que se refieren a los medios probatorios (cuáles son admisibles, cuáles no, los específicos para un procedimiento determinado, etc.); *b*) reglas que manejan la actividad probatoria (inicio y final, formas de realización, la iniciativa, la carga, etc.), y *c*) reglas que se refieren al resultado probatorio, concretamente a su valoración. Un análisis serio nos permite ver que, al menos, los dos primeros tipos de reglas no implican problema para el establecimiento de la verdad, pero las últimas sí que reducen el conocimiento a lo formal.

A proibição probatória, nesta seara, é um limite à forma com que se pode conhecer da aproximação do fato que se busca reconstruir por meio do processo penal. É uma restrição ao Estado – na forma do julgador, cujo ônus é exercer o *jus puniendi* de maneira legítima – e também às partes, visando à formação do convencimento do juiz natural da causa do modo mais justo possível. A decisão judicial só será adequada e válida a partir da observância de todas as regras a ela concernentes.

Por óbvio, o tema da proibição probatória já é abarcada pelo processo penal brasileiro, ainda que em uma escala menor do que em outros ordenamentos jurídicos. Neste sentido, busca-

³² MORALES, Rodrigo Antonio Rivera. **La prueba**: Un análisis racional y práctico. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 122/123. Em tradução livre, “É evidente, por mais eufemismos que se elaborem, que as decisões que toma o juiz não são absolutamente livres, pois ele deve submeter-se à supremacia constitucional e ao princípio da legalidade, de modo que deve cumprir os princípios que lhe orientam e acatar as regras que regulam a forma e modo de conhecer, e as que regulam a decisão final. Alguns autores, especialmente os que assumem a teoria da impossibilidade prática de alcançar a verdade no processo, aduzem este argumento como limite à verdade. A mera presença de normas que regulem a atividade probatória não impede que se alcance a verdade ou, ao menos, uma aproximação da mesma. Ademais, estas normas se erguem em garantia dos direitos fundamentais, da igualdade das partes e do impedimento da arbitrariedade. Normalmente, as regras processuais sobre as provas podem ser agrupadas assim: a) regras que se referem aos meios probatórios (quais são admissíveis, quais não são, as especificidades para um procedimento determinado, etc.); b) regras que regem a atividade probatória (início e final, formas de realização, a iniciativa, o ônus, etc.); e c) regras que se referem ao resultado probatório, concretamente à sua avaliação. Uma análise séria nos permite ver que, ao menos, os dois primeiros tipos de regras não implicam problema para o estabelecimento da verdade, mas as últimas, sim, restringem o conhecimento à forma.”

se conceituá-la a partir da posição demonstrada por Roxin³³ acerca da divisão das proibições de prova em dois grandes grupos: *prohibiciones de producción de la prueba y prohibiciones de valoración probatoria en particular* – em tradução livre, proibição de produção de prova e proibição de valoração da prova. Ainda, dentro do âmbito da vedação à produção da prova, Roxin³⁴ faz a seguinte subdivisão:

Según [las prohibiciones de obtención de la prueba], o bien

- a) determinados hechos no pueden ser objeto de la práctica de la prueba (*prohibiciones de temas probatorios*) o
- b) determinados medios de prueba no pueden ser empleados (*prohibiciones de medios probatorios*) o
- c) en la producción de la prueba no se puede hacer uso de ciertos métodos (*prohibiciones de métodos probatorios*), o se puede
- d) ordenar o realizar la obtención de la prueba sólo por determinadas personas (*prohibiciones probatorias relativas*)³⁵

Cabe, no ponto, diferenciar meios de prova e meios de obtenção de prova, eis que distinção vital para que se possa abordar as formas de vedação legal em matéria probatória. Enquanto o meio de prova é o instrumento por meio do qual se visa a influir no convencimento do magistrado – como um documento, uma perícia ou um depoimento –, o meio de obtenção de prova é a forma pela qual se adquire aquele elemento, sendo que Lopes Jr.³⁶ traz o conceito de “caminhos para chegar-se à prova”.

A legislação processual penal brasileira não faz particularmente uma distinção clara entre a prova ilícita e a prova ilegítima, tendo em vista que o art. 157 do CPP demonstra que o legislador compreendeu como ilícita também a prova obtida em desacordo com as normas processuais. Neste sentido, Lopes Jr.³⁷ ilustra a diferenciação entre os tipos de prova de maneira bastante elucidativa:

Devem-se distinguir prova ilegal, ilegítima e ilícita. A prova “ilegal” é gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita. Assim:

- **prova ilegítima:** quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc.;

³³ ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. P. 190 e 194.

³⁴ ROXIN, op. cit., p. 192.

³⁵ Em tradução livre, “Segundo [as proibições de produção de prova], a) determinados fatos não podem ser objeto da atividade probatória (proibições de temas probatórios); b) determinados meios de prova não podem ser empregados (proibições de meios de prova); c) na produção da prova não se pode fazer uso de certos métodos (proibições de métodos probatórios); ou se pode d) determinar ou realizar a obtenção da prova somente por determinadas pessoas (proibições probatórias relativas)”.

³⁶ LOPES JR., op. cit., p. 352.

³⁷ LOPES JR., op. cit., p. 394.

- **prova ilícita:** é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). Nesse caso, explica MARIA THEREZA, embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc.).

Antes de adentrar os próximos capítulos do presente estudo debruçando-se sobre a prova ilícita e a prova ilegítima individualmente, para compreender como se dá esta separação, adianta-se que é possível identificar alguns aspectos majoritários que as diferenciam: a natureza da norma que é violada; o momento do procedimento probatório em que se dá esta transgressão; e o tratamento processual dado àquele elemento probatório – aí inclusas também as sanções de sua obtenção/produção. Assim, cumpre tecer, em termos gerais, a diferenciação entre as duas espécies de proibições probatórias que há no processo brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não use expressamente o termo *prova ilegítima*, adota regras processuais que vedam a produção de determinados elementos probatórios. A título exemplificativo, cita-se a vedação ao depoimento trazido por escrito e a proibição de produção de prova testemunhal no que diz respeito ao sigilo profissional, resguardadas nos arts. 204 e 207 do Código de Processo Penal, respectivamente. Assim, a conclusão a que se chega é que tanto a Constituição Federal quanto o CPP fazem uso da terminologia *prova ilícita* em sentido amplo, abarcando também as ilegítimas.

Neste sentido, conforme Nuvolone³⁸, as provas vedadas (proibidas) subdividem-se em ilegítimas e ilícitas *strictu sensu*. Ainda que a doutrina não tenha logrado concordar em uma terminologia única para a teoria geral da prova em matéria de processo penal, a adoção da expressão *vedação probatória* indica uma tendência pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Esta foi a orientação adotada pela Constituição Federal de 1988, quando da redação do art. 5º, inc. LVI, ao assentar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

No ponto, a doutrina recente³⁹ considera que a Lei nº 11.690/08, que introduziu o art. 157 no Código de Processo Penal, deu ao dispositivo legal uma redação confusa também por não fazer nenhuma distinção entre a proibição estabelecida por norma processual ou material. E é justamente neste ponto que reside uma das distinções entre prova ilícita e prova ilegítima:

³⁸ NUVOLONE *apud* AVOLIO, *op. cit.*, p. 51.

³⁹ LOPES JR., *loc. cit.*

enquanto aquela é obtida em violação a um preceito constitucional ou uma norma de direito material, esta é resultado de uma prova produzida em desacordo com as formalidades processuais.

Mais do que o mero caráter da norma transgredida, outra diferença reside nas consequências que surgem da obtenção/produção daquele elemento probatório. Ao considerar-se que a prova ilícita *strictu sensu* resulta da violação de uma norma de caráter constitucional ou material, o resultado deve ser sua inadmissão ao processo, na esteira da regra contida no art. 5º, inc. LVI, da CF, que se repete no art. 157 do Código de Processo Penal. De outra banda, contudo, a violação de uma norma processual – que culmina na produção de uma prova ilegítima – não está sujeita à inadmissibilidade, mas a uma sanção que se encontra na própria lei processual.

Nesta seara, Avolio⁴⁰ pontua, no tocante ao desdobramento da produção de uma prova ilegítima que “tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade”. Em sentido contrário, contudo, o descumprimento de uma norma constitucional ou material quando da obtenção de uma prova tem, via de regra, sanções penais ao agente que o faz, como a violação de domicílio ou a tortura, que são definidos como ilícitos penais. Assim, a consequência transborda a esfera processual (a inadmissão daquela prova), alcançando a pessoa responsável.

Eberhardt⁴¹ aponta com precisão, ainda, que essa diferenciação necessária não se restringe somente ao caráter processual ou material da norma transgredida e às suas consequências, mas também abarca o momento do procedimento probatório em que se deu esta violação. A prova ilícita é resultado de vício na obtenção da prova, eis que o meio pelo qual isto ocorre está em desacordo com norma material ou constitucional. Em se tratando de prova ilegítima, por outro lado, o descumprimento ocorre somente quando da produção daquele elemento. São fases probatórias distintas e que não se confundem.

Note-se, nesta esteira, que a proibição de prova necessariamente implica em um conflito de interesses ao próprio Estado: de um lado, há o dever de proporcionar segurança pública, sendo que a punição pelo ato delitivo ainda é tida como componente essencial na redução da criminalidade pelas políticas públicas. Em contrapartida, a aplicação de uma sanção penal não

⁴⁰ AVOLIO, *op. cit.*, p. 50.

⁴¹ EBERHARDT, *op. cit.*, p. 237.

pode ultrapassar os limites oriundos de direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente a todos os cidadãos (inclusive os que se encontram em persecução penal).

Neste sentido, veja-se que mesmo as normas processuais infringidas quando da produção de uma prova ilegítima derivam de disposições da Constituição Federal em alguma medida, ainda que aquela proibição específica esteja expressa em texto de lei infraconstitucional. Isto se dá à medida que o fundamento da proteção probatória necessariamente é, em última esfera, garantir o devido processo legal e o exercício da ampla defesa ao réu, uma vez que tais garantias constitucionais são o cerne de todo o regime do Estado Democrático de Direito.

Portanto, quando se fala em proibição probatória, trata-se de um limite que é imposto pelo Estado, tendo como destinatário a si mesmo. Assim, deve ser apreciado sob duas ópticas distintas. É, em primeiro lugar, uma baliza que garante os direitos individuais de cada cidadão que se encontra em persecução penal – isto é, uma situação jurídica de vulnerabilidade ante o mecanismo do qual dispõe o ente estatal para exercer o *jus accusationis*. Mais do que isto, também é uma barreira ética do próprio Estado, que visa a preservar determinados interesses públicos, como a segurança jurídica e o próprio regime democrático.

Assim, a imposição de uma proibição probatória parte da observância da dignidade da pessoa humana pelo Estado, eis que a realização da justiça – vista como punição e ressocialização do agente criminoso – não pode ser um fim em si mesma, a ser perquirida a qualquer custo. Os fins não justificam os meios no Direito, pois é justamente o contrário: os meios convalidam o fim. É por isso que o mecanismo estatal de persecução penal deve apresentar uma atuação leal quando do exercício do *jus puniendi*⁴².

Morales⁴³, quanto ao dever estatal de preservar o próprio Estado Democrático de Direito a partir de um processo penal adequado e que observe a dignidade humana e os direitos fundamentais, aponta que:

⁴² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Anotada. Tomo I.** 2ª ed. Coimbra, 2010. p. 736/737.

⁴³ MORALES, *op. cit.*, p. 125/126. Na tradução livre, “O Estado Democrático constitucional deve garantir os direitos de seus cidadãos e não pode se tornar um promotor da transgressão destes, nem estimular sua lesão. A investigação criminal deve ocorrer conforme dita o Direito e em resguardo das garantias e direitos constitucionais. [...] As normas que consagram o direito à dignidade humana e à presunção de inocência, que estão inclusos como direitos fundamentais, marcam o assunto como normas regentes em relação ao permitido em matéria probatória, em especial no tocante ao processo penal. É claro que a atividade probatória deve preservar os direitos fundamentais, já que lesioná-los para tornar eficaz o processo significa tanto desnaturalizá-lo como mecanismo de proteção e garantia de seus direitos e de conservação da paz e convivência. O respeito aos direitos é uma relação unívoca com o devido processo.”

El Estado democrático constitucional debe garantizar los derechos de sus ciudadanos y no puede convertirse en promotor del quebrantamiento de aquéllos, ni estimular su lesión. La investigación en el caso penal debe hacer-se conforme a Derecho y en resguardo de las garantías y derechos constitucionales.

[...]

Las normas que consagran el derecho a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, que están configurados incluso como derecho fundamental, marcan la pauta como normas rectoras con relación a lo permitido en materia probatoria, en especial relativo al proceso penal. Es claro que la actividad probatoria debe preservar los derechos fundamentales, lesionar éstos para hacer eficaz el proceso es tanto como desnaturalizarlo como mecanismo de protección y garantía de sus derechos y de conservación de la paz y convivencia. El respeto a los derechos es una relación unívoca con el debido proceso.

É impossível, neste sentido, dissociar o devido processo legal das proibições probatórias. Somente a partir da vedação de eventual obtenção/produção e valoração de provas que violem direitos e garantias fundamentais que se pode alcançar uma decisão judicial legítima. Trata-se do próprio Estado respeitando as regras do próprio jogo democrático: tanto para proteger seus cidadãos do abuso do poder estatal de punir, quanto para proteger a integridade constitucional que zela pela manutenção da paz social. A partir do momento que o próprio aparato estatal desrespeita sua norma última – a Constituição –, que determina pela primazia do procedimento judicial justo, o próprio Estado Democrático de Direito é colocado em risco.

Assim, conclui-se inconcebível um processo penal justo sem a imposição de limites à atividade cognitiva do julgador, que se dá com uma vinculação intrínseca ao conjunto probatório sobre o fato ali apurado quando se adota o sistema da persuasão racional do juiz. Estas balizas são imprescindíveis para evitar uma violação massiva de direitos que há muito foram arrolados como fundamentais pelos mais diversos ordenamentos jurídicos.

A mero título exemplificativo, cita-se a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações, a integridade física e psíquica, dentre muitos outros aspectos essenciais à dignidade humana que acabam por configurar barreiras à atividade probatória, cuja violação acarreta na obtenção de uma prova ilícita. Repisa-se que mesmo a prova ilegítima – produzida em transgressão a uma norma processual – representa inevitavelmente uma violação do direito fundamental ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF), à medida que as garantias

fundamentais arroladas na Carta Magna também são limitações impostas ao legislador, conforme apontam Feldens⁴⁴ e Sarlet⁴⁵.

Portanto, a distinção entre as espécies de proibição probatória adotadas no processo penal brasileiro não pode fugir a um estudo mais detalhado sobre suas espécies – a prova ilícita *strictu sensu* e a prova ilegítima –, para compreender-se como se culmina em um elemento probatório ilegal e qual deve ser o seu tratamento. Para tanto, faz-se necessário uma digressão à origem terminológica, bem como uma análise mais detida de como a doutrina e jurisprudência têm enfrentado o tema recentemente.

⁴⁴ FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 57.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

3. A PROIBIÇÃO DA OBTENÇÃO DE PROVA: PROVA ILÍCITA

O art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal, institui uma proibição probatória que é, em verdade, uma norma aberta: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A positivação do que configura um meio ilícito de obtenção de elementos probatórios dá-se somente no art. 157 do Código de Processo Penal, cuja redação determina que “[...] as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” E, conforme já extensivamente repisado, é no caráter da norma infringida quando da coleta daquela prova que reside a maior diferenciação entre a prova ilícita e a prova ilegítima.

3.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLIDÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um meio ilícito de obtenção de prova é aquele que viola uma norma de caráter constitucional ou material. Os direitos fundamentais mais frequentemente postos em risco durante uma investigação criminal, pela natureza da busca por material probatório suficiente para lastrear uma acusação que possa dar início à ação penal, são a privacidade e a intimidade (que se desdobram, por exemplo, na inviolabilidade do domicílio e no sigilo das comunicações) e a integridade física e psicológica do indivíduo, eis que a extração de confissão mediante tortura ainda é, infelizmente, prática que não foi erradicada nas polícias.

Assim, a regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas é uma vedação à obtenção de qualquer elemento probatória fazendo uso de meios que venham, em última instância, a violar qualquer garantia fundamental que protege a dignidade da pessoa humana. Trata-se, inclusive, de uma norma que visa a desencorajar a autoridade investigatória a valer-se de práticas que violem os direitos humanos, à medida que o agente se encontra sujeito a uma sanção que pode alcançar sua esfera pessoal tal como posterior persecução penal, por exemplo, por eventual prática dos delitos de invasão de domicílio (art. 150 do CP) ou de tortura (art. 1º da Lei 9.455/97).

Sobre o tratamento penal dado à prova ilícita e o fato de que a sanção por sua obtenção perpassa a esfera processual, abrangendo não só o desentranhamento daquele elemento probatório, mas também a apuração de prática de crime pelo agente infrator, Avolio⁴⁶ norteia:

[...] por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita prende-se sempre à questão das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, nos quais já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais como os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e outros. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias. Assim, em se tratando da violação do sigilo da correspondência ou de infração à inviolabilidade do domicílio, ou ainda de uma prova obtida sob tortura, haverá sanções penais para o infrator. [...]

É no contexto da prova ilícita *strictu sensu* que a colidência de direitos fundamentais que permeia a discussão probatória torna-se mais evidente. O art. 5º da Constituição Federal, que arrola as garantias consagradas pelo ordenamento jurídico que revolvem a dignidade da pessoa humana, prevê, em seu inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de modo que é dever do Estado prover, ainda, na forma do *caput* do art. 5º, “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Trata-se de um raciocínio lógico: uma conduta, para ser tipificada enquanto delito, deve oferecer lesão ou ameaça a um bem jurídico tutelado por aquela norma. Em alguma medida, toda lei penal visa à proteção dos direitos fundamentais básicos arrolados no art. 5º, *caput*, da Carta Magna – vida, liberdade, igualdade, segurança ou propriedade. Assim, a persecução penal, para apurar e punir a possível prática de um ilícito penal é mera concreção fática da obrigação estatal de zelar pela segurança pública e repreender práticas delitivas. É, portanto, também a execução de uma garantia fundamental, em interpretação ampla do rol de direitos concernentes à dignidade da pessoa humana adotados pela Constituição Federal de 1988.

Assim, a persecução penal é uma das ramificações do exercício estatal da garantia fundamental à segurança e à apreciação judiciária de ameaça ou lesão a direito. O Estado não pode, contudo, fazê-lo a qualquer custo, à medida que os fins não justificam os meios quando se fala de Direito. É através da execução adequada dos meios – no caso, do processo penal – que se convalida e legitima o fim alcançado – uma possível condenação como forma de

⁴⁶ AVOLIO, *op. cit.*, p. 50.

repressão do ilícito penal. Necessita-se, assim, de uma observância das regras do jogo estabelecidas pelo mecanismo estatal, para a proteção última do indivíduo e para o resguardo de sua dignidade.

Como uma forma de contrapeso ao processo penal como instrumento estatal para a consecução, o rol de direitos fundamentais previsto no art. 5º da Constituição Federal se apresenta como limite ao próprio Estado na realização do *jus accusationis* e do *jus puniendi* pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, respectivamente. Esta restrição foi positivada na Carta Magna a partir do art. 5º, inc. LVI, que determinou inadmissíveis ao processo quaisquer provas obtidas por meios ilícitos.

Pacelli⁴⁷ pontua:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

Por óbvio, não pode o Estado ignorar os direitos fundamentais por ele próprio adotados, ainda que em prol da concreção de outra garantia consagrada – a segurança –, sob pena de esvaziamento de todas as normas arroladas no art. 5º da Carta Magna. O dever de zelar pelos direitos humanos é, inclusive, um compromisso adotado internacionalmente pelo Brasil quando da promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica, de 22/11/1969), a partir da qual foi assumida uma obrigação de proteção das liberdades reconhecidas⁴⁸.

⁴⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345.

⁴⁸ Cf. FELDENS, *op. cit.*, p. 101: “A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (22/11/1969), promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 678 (6/11/1992), é o documento normativo pelo qual os Estados se obrigam a lutar contra as violações de direitos humanos havidas no âmbito de suas respectivas áreas territoriais (jurisdições), adotando todas as ações necessárias à investigação e punição daqueles que tenham praticado atentados dessa ordem. Ao aderirem ao Pacto, os países subscritores assumem deveres de *proteção* e de *adoção de disposições de direito interno* para tornar efetivos os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, comprometendo-se perante a comunidade internacional a se submeterem à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. [...]”

De outra sorte, o raciocínio inverso também é válido: os demais direitos fundamentais tampouco podem ser postos em uma posição superior ao dever estatal de prover segurança pública – cuja materialização também se dá através da punição penal –, tendo em vista que não se pode falar na existência de uma hierarquia entre as garantias fundamentais adotadas pela Constituição Federal de 1988. Em verdade, os direitos humanos encontram-se em posição horizontal em respeito uns aos outros, de modo que é absolutamente imprescindível o encontro de um ponto de equilíbrio para a satisfação de todos em igual medida.

Assim, não existe um sentido lógico em compreender os direitos fundamentais como absolutos. Para sequer se cogitar da realização das garantias da dignidade da pessoa humana em medida que todas tenham uma mínima efetividade, é necessário determinar limites para que uns não se sobreponham aos outros – para que a busca pela segurança pública na esteira da persecução penal não inviabilize, por exemplo, a inviolabilidade do domicílio; mas também para que o direito à privacidade não seja sinônimo de impunidade.

Sarlet⁴⁹ batiza as limitações às garantias fundamentais como reservas legais, conceituando-as como “autorizações constitucionais que fundamentam a possibilidade de o legislador restringir direitos fundamentais”. O conceito chave nesta discussão, especialmente no tocante à ilicitude da prova, é o princípio da proporcionalidade: a interpretação dos direitos fundamentais, na maioria das Cortes Constitucionais, dá-se sob o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), que, de acordo com o pensamento de Alexy⁵⁰, traz a ideia de otimização; isto é, de que princípios são normas que exigem ser realizadas da melhor forma possível, dentro das possibilidades legais e fáticas.

Repisa-se que se trata de efetiva colidência entre os direitos que revolvem a dignidade da pessoa humana à medida que uma ressalva a um direito fundamental exige, necessariamente, um fundamento constitucional⁵¹. Assim, para não se olvidar que a segurança também é garantia fundamental, os direitos humanos arrolados no art. 5º da Constituição Federal não podem equivaler à impunidade. Caso assim o fosse, qualquer crime praticado no interior de uma

⁴⁹ SARLET, *op. cit.*, p. 409. Nesta esteira, “A identificação dos direitos fundamentais constitui condição para que se possa controlar o seu desenvolvimento normativo, partilhando com o legislador ordinário. A ideia de que existam limites ou restrições a um direito, que com este não se confundem, embora possa parecer trivial à primeira vista, oculta, todavia, uma série de problemas, resultantes, por um lado, da determinação do significado destes limites, por outro, da eventual distinção do que seja uma limitação e outras atividades normativas.”

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Traução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy, 2001.

⁵¹ SARLET, *op. cit.*, p. 410.

residência jamais poderia ser investigado, à medida que a inviolabilidade do domicílio é assegurada no art. 5º, inc. XI, da Carta Magna.

É com este fundamento – a necessidade de instauração de investigações e persecuções penais em respeito à paz social – que o legislador instituiu previsões constitucionais dentro das quais os agentes públicos estão autorizados a agir, sem que isto configure ilicitude de todo o conjunto probatório colhido a partir de determinada diligência. Resta, aí, configurada uma ponderação que tem dupla dimensão: tanto a proteção do direito fundamental do indivíduo, quanto a possibilidade de autonomia da investigação e da acusação pelo poder público⁵².

Neste sentido, a maioria dos direitos fundamentais trazem, no bojo de suas redações no art. 5º da Constituição Federal, limites intrínsecos para permitir uma investigação criminal efetiva, que não esbarre nas garantias ali arroladas de modo que se torne inviável e se transforme em sinônimo de impunidade. *Exempli gratia*, a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI) é relativizada diante de uma situação de *flagrante delicto* – cujo tema encontra-se em voga, de modo que será estudado com mais profundidade na próxima seção do presente trabalho –, enquanto o sigilo das comunicações telefônicas pode ser quebrado, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, inc. XII).

Assim, não é qualquer prova obtida mediante entrada dos agentes policiais em um domicílio que será ilícita, mas somente aquelas que fugirem à ressalva legal do estado de flagrante delito. No mesmo sentido, nem todo elemento probatório resultante de uma interceptação telefônica deverá ser inadmitido ou desentranhado do processo penal; serão ilícitos apenas aqueles que não respeitarem os ditames da Lei nº 9.296/96 em matéria de prazo, forma, autorização, dentre outros aspectos que podem culminar na ilicitude da prova, se desrespeitados.

⁵² EBERHARDT, *op. cit.*, p. 238/238, aponta: “Neste sentido, o legislador constituinte cuidou de estabelecer limites aos direitos fundamentais, como, por exemplo, a previsão constitucional da possibilidade de quebra de sigilo telefônico quando necessário à investigação criminal, ou a possibilidade de entrada forçada no domicílio quando há flagrante delito. A prova torna-se ilícita quando extrapola os limites pré-estabelecidos às garantias fundamentais, configurando violação direta àquele direito trazido pela Constituição Federal. Isto significa dizer que a atuação dentro dos limites constitucionais previstos não caracteriza a prova como ilícita. Filiamo-nos ao entendimento de que o princípio da proporcionalidade em matéria de direitos fundamentais deve ser aplicado pelo próprio legislado ao fazer constar as exceções dentro das quais a autoridade pública pode atuar na produção de provas e na sua posterior valoração. Não se trata de uma aplicação valorativa deste princípio pelo julgador para admitir a prova obtida por meio ilícito, transbordando o delineado pela CF, o que caracterizaria flagrante ilegalidade.”

Por óbvio, segundo Sarlet⁵³, que:

Como é fácil perceber, não é possível ao Constituinte – tampouco ao legislador ordinário – prever e regular todas as hipóteses de colisões de direitos fundamentais. Tendo em vista a caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas *prima facie*, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá “às custas” do outro. Situações de colisão de direitos fundamentais afiguram-se cada vez mais frequentes na prática jurídica brasileira devido ao alargamento do âmbito e da intensidade de proteção dos direitos fundamentais levado a cabo pela Constituição Federal de 1988 [...]. Muito embora as situações de conflito tenham, em sua ampla maioria, sido regulamentadas pela legislação ordinária, há casos em que a ausência de regulação esbarra na necessidade de resolver o conflito decorrente da simultânea tutela constitucional de valores ou bens que se apresentam em contradição concreta. A solução desse impasse, como é corrente, não poderá dar-se com recurso à ideia de uma ordem hierárquica abstrata dos valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores ou bens em favor do outro. Com efeito, a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição [...].

É neste interim que surge, em raciocínio também exposto por Sarlet⁵⁴, o conceito dos *limites aos limites dos direitos fundamentais*. A ideia é que se deve, necessariamente, encontrar um equilíbrio entre as duas garantias fundamentais contrapostas que resultam em uma ressalva legal àqueles direitos (como, por exemplo, o estado do flagrante delito que justifica a entrada forçosa em um domicílio), sob pena de esvaziamento daquela norma. Neste sentido, se qualquer circunstância fática, por exemplo, for capaz de caracterizar flagrante delito, então não há um fundamento válido para haver uma garantia de inviolabilidade de domicílio, em primeiro lugar.

Mais uma vez, aplica-se diretamente o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na imposição de um limite ao limite, à medida que “constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro, [e] desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos”. Há tanto a proibição da proteção em excesso (*Übermassverbot*, que inviabiliza o exercício de outro direito fundamental que colide com o primeiro), quanto a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*, que restringe tanto aquela proteção que acaba por esvaziar a norma)⁵⁵.

Assim, segundo Avolio⁵⁶:

⁵³ SARLET, *op. cit.*, p. 411/412.

⁵⁴ SARLET, *loc. cit.*

⁵⁵ Cf. SARLET, *op. cit.*, p. 415: “[...] em geral já aceitam a ideia de que o princípio da proporcionalidade possui como que uma *dupla face*, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção.”

⁵⁶ AVOLIO, *op. cit.*, p. 67.

[...] A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto. [...]

Insta mencionar, contudo, que existem determinados direitos fundamentais que não comportam limites – especialmente quando o fundamento para a ressalva legal é o interesse punitivo do Estado. Binder⁵⁷ traz uma análise das “limitações que restringem o acesso do processo penal à verdade histórica” que distingue adequadamente as vedações absolutas, como a tortura, a ameaça e a coerção pessoal, das vedações relativas, tais como as já referidas situações de flagrante delito que permite a violação do domicílio privado, bem como a Lei nº 9.296/96, que regulamenta a interceptação telefônica.

Não se admite a invocação do princípio da proporcionalidade a fim de validar provas obtidas em violação de determinadas garantias – as vedações absolutas propostas por Binder –, à medida que a violação de direito fundamental é tão abjeta que não comporta uma ponderação de interesses. Uma confissão extraída mediante a tortura do suspeito jamais poderá ser aceita como elemento probatório capaz sequer de ser admitido ao processo, muito menos de fundamentar uma condenação penal.

Nada obstante, no que diz respeito aos métodos de obtenção de prova nos quais se pode falar na aplicação da teoria da proporcionalidade, ainda é caso de mencionar a possibilidade do uso de prova ilícita *stricto sensu pro reo*. O elemento probatório efetivamente obtido fora dos limites legais preestabelecidos, para os defensores desta teoria, pode ser admitido ao processo quando em benefício do próprio réu, ou seja, para provar sua inocência. Lopes Jr.⁵⁸ sustenta que estaria o acusado agindo sob possível excludente de ilicitude – via de regra, estado de necessidade –, de modo que restaria legitimada sua conduta e a obtenção daquela prova.

Todavia, ainda que a prova ilícita obtida pelo próprio réu possa ser usada em seu favor, beneficiando-o para, por exemplo, comprovar seu não envolvimento no fato penal apurado, aquele elemento probatório oriundo de meio ilícito de obtenção de prova jamais poderá ser usado contra terceiro. Esta vedação se dá não somente pela não justificativa da proporcionalidade – que, quando *pro reo*, aceita o uso excepcional da prova ilícita para evitar

⁵⁷ BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 134.

⁵⁸ LOPES JR., *op. cit.*, p. 431.

a condenação de um inocente⁵⁹ –, mas também pela ausência da excludente de ilicitude, o que impede seu uso em desfavor de novo réu⁶⁰.

Assim, em apertada síntese, a ilicitude da prova é oriunda de sua obtenção por um meio que configura violação de direitos fundamentais para além do limite – se houver – necessário para proteger adequadamente o interesse estatal na persecução penal. Trata-se de uma ponderação de garantias fundamentais, na qual se contrapõe o dever do Estado de prover segurança aos seus cidadãos com a própria dignidade da pessoa humana, sendo caso de sopesar um equilíbrio para que ambos os direitos fundamentais sejam satisfeitos em adequada medida, evitando-se o esvaziamento do sentido de quaisquer das normas em jogo.

3.2. A TEORIA *THE FRUITS OF THE POISONOUS TREE* E AS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Qualquer elemento probatório derivado de uma prova ilícita estará igualmente eivado de nulidade⁶¹, conforme disposto no art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, que assim determina: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

Este dispositivo legal é mera positivação da teoria *the fruits of the poisonous tree*, cuja tradução literal a jurisprudência e a doutrina brasileira consignaram como sendo a teoria dos frutos da árvore envenenada. Neste sentido, o posicionamento adotado pelo legislador torna qualquer prova derivada de um primeiro elemento probatório ilícito também nula, por consequência, à medida que, segundo Nucci⁶², “O inadequado método seria a vedação da produção da prova ilícita, mas a aceitação de toda prova desta derivada, ou seja, expurga-se do processo o mal-raiz, aceitando-se as suas ramificações. Ledo engano em matéria de preservação de direitos fundamentais.”

⁵⁹ LOPES JR., *loc. cit.*

⁶⁰ EBERHARDT, *op. cit.*, p. 242.

⁶¹ EBERHARDT, *op. cit.*, p. 242.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 32.

Embora as raízes da doutrina dos frutos da árvore envenenada venham do preceito bíblico de que uma árvore envenenada é virtualmente incapaz de gerar bons frutos⁶³, o uso jurídico da expressão foi cunhado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1920, quando do julgamento do caso-paradigma *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*. Apurava-se naquele processo possível prática de ilícito pela *Silverthorne Lumber Co.* envolvendo sonegação de tributos federais devidos pela empresa.

À ocasião, os agentes federais responsáveis pela investigação criminal do contexto fático extraíram cópias manuscritas irregulares dos livros fiscais da sociedade, que haviam sido apreendidos sem autorização – isto é, em violação da privacidade dos proprietários⁶⁴. O conjunto probatório oriundo dos livros ilicitamente replicados demonstrou que a empresa vinha praticando fraude contra o fisco, mas estas provas, em decisão última proferida pela Corte Suprema dos Estados Unidos da América, acabaram sendo desentranhadas do processo após sua errônea admissão pelas instâncias inferiores⁶⁵.

O raciocínio tecido pelos magistrados da Suprema Corte foi no sentido de que a admissão destas provas ilícitas ao processo movido contra a *Silverthorne Lumber Co.* configurava violação direta à Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que visa à proteção do cidadão contra buscas e apreensões que não sejam expressamente autorizadas por uma decisão judicial devidamente fundamentada. O art. 4º da *Bill of Rights* da

⁶³ Evangelho de Mateus, 7:17-19. “Assim, toda a árvore boa produz bons frutos, e toda a árvore má produz frutos maus. Não pode a árvore boa dar maus frutos; nem a árvore má dar frutos bons. Toda a árvore que não dá bom fruto corta-se e lança-se no fogo.”

⁶⁴ Apenas para fins de esclarecimento, a Constituição Federal do Brasil adotou, no art. 5º, inc. XI, a posição de que “a casa é asilo inviolável do indivíduo”. Contudo, tem a doutrina há muito compreendido que a expressão “casa” é de interpretação ampla, abrangendo, inclusive, estabelecimentos nos quais se exerça atividade profissional. Neste sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. **Constituição e Direito Penal**: temas atuais e polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. Este posicionamento também foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a garantia constitucional também se estende a “(a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade”, conforme assentado pelo Min. Celso de Mello, em decisão liminar no MS nº 23.595/DF, publicada em 17 de dezembro de 1992. Disponível no Informativo nº 184 do Supremo Tribunal Federal, p. 14.

⁶⁵ O *syllabus* da decisão assim lê: “The Fourth Amendment protects a corporation and its officers from compulsory production of the corporate books and papers for use in a criminal proceeding against them when the information upon which the subpoenas were framed was derived by the Government through a previous unconstitutional search and seizure, planned and executed by its officials under color of a void writ, provided the defense of the Amendment be seasonably interposed, and not first raised as a collateral issue at the trial of the indictment.” Na tradução literal, “A Quarta Emenda [da Constituição] protégé uma corporação e seus agentes da entrega compulsória dos livros e documentos fiscais para uso em um processo criminal movido contra eles quando a informação que baseou a acusação foi obtida pelo governo por meio de uma busca e apreensão anterior inconstitucional, planejada e executada pelos agentes [governamentais] sob um mandado [de busca e apreensão] vago, desde que o argumento sobre a Emenda seja suscitado de forma tempestiva, e não arguido pela primeira vez como uma questão colateral no julgamento da acusação.” Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>>. Acesso em 14 out. 2018.

Constituição norte-americana⁶⁶, que deu origem à teoria dos frutos da árvore envenenada, é assim redigido:

Article [IV] (Amendment 4 - Search and Seizure)

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Trata-se, assim, de um posicionamento expressamente adotado pelo Código de Processo Penal com a reforma de 2008, que, a partir da promulgação da Lei nº 11.690/08, incluiu o art. 157, § 1º, determinando a inadmissão ao processo de todas as provas que contiverem ilegalidade, ainda que em sua origem. É, portanto, a compreensão de que a ilicitude daquela prova se transmite a todo elemento de informação que dela advier⁶⁷, de modo que a posição constitucional brasileira pela primazia dos direitos fundamentais em contraposto ao interesse estatal de punir veda a admissão da prova ilícita por derivação.

Para melhor ilustrar, Nucci⁶⁸ traz o exemplo de uma interceptação telefônica não autorizada – isto é, que foge à forma determinada pela Lei nº 9.296/96, cujo escopo é regulamentar o art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal⁶⁹ e, portanto, configura meio ilícito de obtenção de prova – que possibilita a localização de uma testemunha posteriormente ouvida em juízo. O depoimento oriundo desta diligência deve, na forma determinada pelo art. 157, § 1º, do CPP, ser desentranhada dos autos processuais, eis que derivada de uma prova (áudios apreendidos do alvo da escuta) obtida por meio ilícito (interceptação telefônica ilegal).

Pacelli e Fischer⁷⁰ apontam, com precisão, que esta linha doutrinária conta com um fundamento “logicamente irrepreensível: de que adiantaria invalidar a prova originariamente ilícita, se todo o seu conteúdo probatório pudesse ser obtido posteriormente, aproveitando-se a idoneidade ou força probante das informações então obtidas?” Visa-se, assim, à proteção de

⁶⁶ Em tradução livre, “Artigo 4º (Emenda nº 4 – Busca e Apreensão): O direito dos cidadãos de estarem seguros em si mesmos, em suas residências, em seus documentos, e em seus efeitos, contra buscas e apreensões desmotivadas, não deve ser violado, e nenhum mandado pode descumpri-lo sem causa provável, baseado em prova testemunhal ou afirmativa, e descrevendo minuciosamente o lugar a ser averiguado, e as coisas ou pessoas a serem apreendidas.”

⁶⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 374.

⁶⁸ NUCCI, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁹ “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

⁷⁰ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 355.

todo o conjunto de informações que eventualmente pode surgir a partir de uma prova obtida por meio ilícito.

Nesta senda, outro caso emblemático julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no qual houve a aplicação expressa da teoria – à época, já consolidada na doutrina norte-americana – dos frutos da árvore envenenada é a decisão que foi exarada no julgamento de *Wong Sun vs. United States*, decidido em 14 de janeiro de 1963. O deslinde dado pela Corte Suprema àquele caso é apto a ilustrar com perfeição o exercício prático da teoria *the fruits of the poisonous tree*, que foi adotada *ipsis litteris* pelo direito brasileiro.

Em contexto fático semelhante ao caso contra *Silverthorne Lumber Co.*, o cerne da discussão foi uma busca e apreensão imotivada, que gerou uma prova ilícita derivada. No caso, agentes do departamento de narcóticos realizaram uma diligência indevida em um estabelecimento de lavanderia, ocasião em que o proprietário, *Blackie Toy*, referiu que outro indivíduo estaria vendendo entorpecentes, Johnny Yee. Apreendidas as drogas, o revendedor realizou um acordo com os investigadores para delatar seu fornecedor, Wong Sun, que posteriormente foi preso⁷¹.

Assim, quando do julgamento do caso *Wong Sun vs. United States*, a Suprema Corte norte-americana decidiu pela inexistência de razões suficientes para justificar a prisão do primeiro indivíduo em seu próprio estabelecimento comercial, eis que a informação prévia era vaga e não ensejava a medida gravosa. Nesta seara, as declarações que levaram ao revendedor intermediário de entorpecentes eram ilícitas, devendo ser excluídas do processo. Restaria rompido, portanto, a cadeia de prova que levou à prisão de Wong Sun – que teria sido absolvido, caso não tivesse retornado por livre e espontânea vontade à delegacia, dias após sua prisão, para confessar o tráfico de heroína.

A prova relativa à confissão de Wong Sun foi considerada admissível e mantida nos autos, muito embora quaisquer elementos relativos ao réu nos depoimentos que haviam sido julgados ilícitos não pudessem servir para embasar a sentença condenatória. No caso, a manutenção das declarações prestadas pelo próprio Wong Sun deu-se porquanto a ligação entre as provas ilícitas que haviam levado à sua prisão e seu posterior retorno voluntário estava “tão atenuado” que rompia o nexos de causalidade entre um e outro⁷².

⁷¹ A trajetória fática e processual do caso *Wong Sun vs. United States* está disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>>. Acesso em 14 out. 2018.

⁷² “5. In view of the fact that, after his unlawful arrest, petitioner Wong Sun had been lawfully arraigned and released on his own recognizance and had returned voluntarily several days later when he made his unsigned

A compreensão que se extrai é, portanto, no sentido de que a teoria dos frutos da árvore envenenada necessariamente exige um nexo de causalidade entre a prova obtida por meio ilícito e quaisquer outros elementos informativos dela derivados. Uma vez rompida esta ligação – ou, no entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, uma vez suficientemente atenuada –, não há falar em ilicitude da prova derivada, à medida que não mais existe uma contaminação dos novos elementos probatórios.

Esta excludente da ilicitude da prova derivada é também admitida no ordenamento jurídico brasileiro, sendo expressamente positivada na segunda parte do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, quando este dispõe que “[...] salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. No ponto, Nucci⁷³ afirma que:

O nexo de causalidade é justamente o liame vinculador entre duas coisas. *Causa e efeito* compõem um fato quando há nexo causal entre ambas. Se determinada prova é considerada ilícita, por óbvio, somente se pode considerar outra prova dela derivada se houver nexo de causalidade (da prova A decorre a prova B). Inexistente o referido nexo, deixa de existir, igualmente, a derivação. Se da coerção exercida contra a testemunha Y, poder-se-ia considerar prova derivada a oitiva de Y, caso se desse após a colheita do depoimento de X. Apurado que Y já foi ouvido, é mais que natural não se tratar de prova derivada, pois inexistente qualquer nexo de causa e efeito.

A fonte independente também é critério isolante para a derivação. Algo pode ter dupla origem: A deriva de B e de C, em visão alternativa (A deriva de B e C, mas poderia derivar somente de B ou somente de C). Assim sendo, se B foi considerada prova ilícita, A não está contaminada *por derivação*. Afinal, A também deriva de C – e somente isto já é causa suficiente para sua existência. Logo, adquire sua limpidez da fonte independente e lícita, que é C.

Assim, uma prova, ainda que derivada de um elemento probatório obtido por meio ilícito, pode ser aproveitada quando não houver um nexo evidente de causalidade (como não havia, no caso *Wong Sun vs. United States*, entre a prisão irregular inicial de Wong Sun e seu posterior retorno voluntário para auxiliar nas investigações com sua confissão), ou quando a prova derivada puder ser obtida por uma fonte independente da primeira, que eivada de nulidade. O art. 157, § 2º, do CPP, conceitua a fonte independente de prova como sendo “aquela

statement, the connection between his unlawful arrest and the making of that statement was so attenuated that the unsigned statement was not the fruit of the unlawful arrest and, therefore, it was properly admitted in evidence.” Em tradução livre, “Tendo em vista o fato de que, após sua prisão ilegal, Wong Sun foi legalmente liberado após seu reconhecimento e retornou voluntariamente, vários dias depois, quando confessou mas não assinou a declaração, a conexão entre a prisão ilegal e a produção da confissão estava tão atenuada que não era mais fruto da prisão legal e, portanto, deveria ser adequadamente admitida como prova.” Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>>. Acesso em 14 out. 2018.

⁷³ NUCCI, *op. cit.*, p. 34.

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.”

Sobre as fontes independentes, Pacelli e Fischer⁷⁴ assim pontuam:

A independência da fonte não tem a ver, necessariamente, com a *inevitabilidade* da descoberta da prova. Tem que ver com o fato de uma prova *não ter relação de dependência, sobretudo casual, mas também cronológica*, com a prova contaminada. Uma diligência irregular por meio da qual se apreenda um veículo roubado, por exemplo, não impede a validade dos testemunhos que tenham presenciado a sua subtração, antes da apreensão. Pode-se até impedir o depoimento do agente responsável pela apreensão – e também pelo vício da prova – mas não se pode recusar a absoluta validade de outras provas, sem relação com o ato ilícito da apreensão.

Ainda dentro da exceção da fonte independente, a doutrina⁷⁵ ainda considera que a expressão “aos trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal”, carregada pelo art. 157, § 2º, do Código de Processo Penal, remete à teoria da *inevitable discovery exception*, isto é, a inevitabilidade da descoberta daquela prova. Trata-se de faceta da teoria norte-americana que não foi explicitamente transplantada para a legislação processual penal brasileira, mas que o entendimento doutrinário⁷⁶ considera aplicável segundo a redação do dispositivo legal que regulamenta a descoberta independente da prova.

Até mesmo para melhor ilustração, insta pontuar que a exceção da descoberta inevitável é oriunda também de berço estadunidense, quando a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Nix vs. Williams*, em 1984⁷⁷. Tratava-se de um caso de homicídio e ocultação de cadáver de uma criança, sendo que havia sido montada uma força-tarefa de buscas pelo corpo da vítima, envolvendo mais de duzentos voluntários. Em que pese as autoridades policiais tenham extraído uma confissão ilícita do acusado acerca do local em que havia sido enterrado o cadáver, considerou-se que a descoberta teria ocorrido de qualquer maneira, em virtude dos esforços empenhados na procura.

O direito norte-americano tutela, ainda, outras hipóteses de exclusão da ilicitude da prova derivada que não foram trazidas para o ordenamento jurídico brasileiro. Muito se fala na possibilidade de aproveitamento do elemento probatório obtido por meio ilícito, desde que demonstrada a boa-fé do agente produtor, de modo que sua conduta justificaria a validação daquela prova⁷⁸. A teoria da boa-fé do agente faz parte do conjunto de *exclusionary rules*, ou

⁷⁴ PACELLI, FISCHER, *op. cit.*, p. 357.

⁷⁵ PACELLI, FISCHER, *op. cit.*, p. 358/359.

⁷⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 382.

⁷⁷ LOPES JR., *op. cit.*, p. 433. O *syllabus* do caso *Nix vs. Williams* encontra-se disponível também em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>>. Acesso em 15 out. 2018.

⁷⁸ PACELLI, *loc. cit.*

regras excludentes (da prova), o que equivaleria ao entendimento brasileiro da inadmissibilidade do conjunto probatório ilícito.

É possível discutir, contudo, se a figura das *fundadas razões* criada pela jurisprudência pátria para justificar a aplicação do princípio da proporcionalidade em casos de busca e apreensão em domicílio não configuraria, *mutatis mutandis*, aplicação da teoria da boa-fé do agente produtor da prova, à medida que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é pela análise do conjunto fático a que a autoridade policial encontra-se exposta quando da diligência de busca e apreensão sem autorização judicial. Neste sentido, estudar-se-á o ponto com maior cuidado na próxima seção do presente capítulo, quando será realizada uma análise dos temas atuais em prova ilícita na jurisprudência.

Em verdade, o que se verifica da redação do art. 157 do Código de Processo Penal – e de todos os seus parágrafos, que acolhem algumas das *exclusionary rules* criadas pelo direito estadunidense – é o nítido intento do legislador de requerer um nexo de causalidade sólido o suficiente⁷⁹ para ensejar a contaminação de todos os elementos informativos oriundos da prova obtida por meio ilícito, a ponto de que sua admissão ao processo representaria violação reflexa de direito fundamental do réu. Não havendo esta correlação entre o elemento probatório e suas ramificações, não se pode cogitar da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Assim, para concluir as considerações feitas acerca da prova ilícita por derivação, a compreensão que se extrai é que o art. 157, § 1º e 2º, do CPP, tem clara inspiração do direito norte-americano, adotando a teoria criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América quase que *ipsis litteris*. Neste sentido, trata-se de mera ramificação da colocação dos direitos fundamentais do cidadão como óbice ao interesse punitivo estatal, à medida que o conjunto probatório deve ter sua licitude preservada em virtude da garantia da dignidade da pessoa humana aplicada ao processo penal.

⁷⁹ Cf. NUCCI, *op. cit.*, p. 35: “O zelo excessivo do legislador para conceituar a fonte independente tem por finalidade evitar o desgaste de interpretações duvidosas, evitando-se a perda de provas importantes somente porque, de algum modo, tiveram contato com provas consideradas ilícitas.”

3.3. A PROVA ILÍCITA NA ATUALIDADE: ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Não se desconhece que o tema da prova ilícita tem sido muito debatido pela jurisprudência nos tempos recentes, gerando decisões paradigma que merecem ser analisadas por demonstrarem o entendimento das Cortes Superiores sobre o assunto. Neste sentido, são duas as diligências mais frequentemente empreendidas em investigações criminais que colidem com direitos fundamentais, justificando uma abordagem mais aprofundada do limite da licitude nestes meios de obtenção de prova: (a) busca e apreensão; e (b) interceptação telefônica.

3.3.1. A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO (ART. 5º, INC. XI, DA CF) EM CONTRAPOSIÇÃO À BUSCA DOMICILIAR E APREENSÃO

A Constituição Federal de 1967 foi elaborada às vésperas do início do período dos *anos de chumbo* do regime militar na história brasileira. Sabidamente, durante o período ditatorial ocorreram inúmeras violações de garantias fundamentais – tanto que, eventualmente, afastou-se o direito de impetrar remédio constitucional como o *habeas corpus*. Ainda assim, mesmo a Carta Magna elaborada no ápice da ditadura militar previa o direito à inviolabilidade do domicílio, em seu art. 150, § 10º, que asseverava que “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.”

A redação do atual dispositivo que resguarda a inviolabilidade do domicílio é praticamente idêntica. A garantia é, agora, tutelada pelo art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.” Trata-se, pois, de um dos desdobramentos da garantia fundamental à privacidade, tendo em vista que a vida privada do indivíduo se desenvolve a portas fechadas⁸⁰.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. **Constituição e Direito Penal: temas atuais e polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

Assim, segundo Mendes⁸¹, “busca-se preservar não somente a privacidade do indivíduo, como, por igual, o seu direito de propriedade, a sua liberdade, a sua segurança individual, a sua personalidade”. Assim, restam constitucionalmente vedadas quaisquer formas de violação da privacidade do indivíduo – aí também inclusa a entrada forçosa, arbitrária e injustificada em seu domicílio por agente estatal –, eis que se tutela direito fundamental que compõe o cerne do próprio Estado Democrático de Direito. No entendimento de Martins⁸², “Trata-se de um direito fundamental clássico de resistência à intervenção estatal (status negativus), exercido originariamente contra a Administração e o poder de polícia do estado. [...]”.

Retomando o que já foi pontuado sobre o estabelecimento de limites aos direitos fundamentais, percebe-se que o legislador logrou prever quatro possibilidades que relativizam o direito fundamental em comento: (1) flagrante delito; (2) desastre; (3) prestação de socorro; e (4) autorização judicial. Destas, somente duas importam ao direito penal, sendo as situações de flagrante delito ou de determinação judicial⁸³. Resta delinear o debate a partir do entendimento jurisprudencial e doutrinário que se tem adotado sobre estas restrições impostas à garantia fundamental à privacidade.

A busca domiciliar é expressamente prevista como meio de obtenção de prova pelo art. 240 do Código de Processo Penal⁸⁴. Contudo, trata-se de diligência que, embora típica aos moldes da legislação processual penal, representa por si só uma transgressão à inviolabilidade do domicílio, ainda que necessária para fins de investigação criminal e apuração de possível prática delitiva. Repisa-se que um direito fundamental não pode esvaziar outro, de modo que a garantia à privacidade não pode inviabilizar o interesse estatal em punir quem descumpra a lei penal.

⁸¹ MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 289.

⁸² MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, inciso XI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 288.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 641.

⁸⁴ Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.

Todavia, a busca por substrato para a persecução penal não pode, durante a investigação criminal, ensejar a absoluta inobservância de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados ao cidadão – inclusive àqueles suspeitos de prática criminosa. Assim, tendo em vista a busca de um equilíbrio na contraposição da inviolabilidade do domicílio e do dever estatal de prestação de segurança pública, o art. 240, § 1º, do CPP traz a necessidade de *fundadas razões* que autorizem a busca domiciliar para fins de apreensão de coisas ou pessoas envolvidas em um contexto criminoso.

Neste sentido, a ponderação da viabilidade de relativização da proteção constitucional à privacidade do indivíduo deve ocorrer caso a caso. É necessário um critério sólido para separar a busca domiciliar necessária para fins de investigação policial da mera arbitrariedade injustificada. Ainda que a legislação não conceitue do que se tratam estas *fundadas razões* requeridas pelo art. 240, § 1º, do CPP, para a expedição de um mandado de busca e apreensão, convencionou-se ser um conjunto probatório mínimo que indique à existência de *fumus comissi delicti*, isto é, que indique possível prática delitiva por parte do agente, de modo que se justifica a averiguação em sua residência⁸⁵.

Quanto ao estado de flagrante delito, que também excepciona a garantia da inviolabilidade do domicílio, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação quando do julgamento do emblemático recurso extraordinário nº 603.616/RO⁸⁶ sobre a imprescindibilidade de verificação, *a priori*, de fundadas razões que levem a crer na provável prática delitiva no interior daquela residência. O critério das fundadas razões para viabilizar a entrada forçada no domicílio do agente – sem autorização judicial – foi adotado em aplicação análoga do art. 240 do Código de Processo Penal, o qual determina que a busca domiciliar só pode ser permitida pela via do mandado de busca e apreensão quando houver razão bastante para tal.

Assim, a orientação adotada pela Corte Suprema foi, pois, no sentido da imprescindibilidade de um contexto fático que possibilite a constatação de efetivo cometimento de crime naquele momento dentro do domicílio do agente. Isto pois, segundo o voto do Min. Rel. Gilmar Mendes quando daquele julgamento⁸⁷, “Do policial que realiza a busca sem

⁸⁵ PACELLI, FISCHER, *op. cit.*, p. 489.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05/11/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em 16 out. 2018.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05/11/2015.

mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida. Em verdade, dificilmente a certeza estará ao alcance da polícia. Se certeza do crime e de sua autoria houvesse, a diligência seria desnecessária”. Esta incerteza, contudo, não pode servir de *carta em branco* para autorizar a invasão arbitrária de domicílio para averiguação de possível e eventual prática delitiva, sob pena de esvaziamento da proteção constitucional.

Portanto, o raciocínio é que a situação de flagrante delito deve ser averiguada pelo agente policial antes da entrada no domicílio, por circunstâncias – percebidas ainda enquanto em via pública – que levem a crer, de forma suficiente, que esteja ocorrendo uma prática delitiva no interior daquele local. A justificação dá-se posteriormente, quando do registro da ocorrência policial, após o encontro seguro de indícios de crime. Para elucidar a necessidade de constatação prévia de fundadas razões, Sarlet e Weignartner Neto⁸⁸ assim referem:

A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante, com o devido respeito aos que pensam diversamente, é mero acaso, mas não cremos que o Estado democrático de direito jogue dados com seus cidadãos. Não percebida a situação de flagrante, visto que o executor da ingerência não consegue justificar racionalmente porque sua crença era pelo menos verossímil, não há como sindicá-la a proporcionalidade da medida – na ausência de circunstâncias minimamente externalizadas que permitam aferição intersubjetiva. A entrada em casa alheia, nesta situação, torna-se, *ipso facto*, irracional e, portanto, desborda das regras do jogo. E não pode, o aleatório subsequente (eventual apreensão de drogas, ou de armas, por exemplo), determinar a licitude de provas produzidas durante intervenção que, à partida, não se amparava em permissivo constitucional.

Assim, fixado o critério mínimo para permitir a entrada forçada de agentes policiais no domicílio do agente sob suspeita de flagrante delito, resta determinar quais situações poderiam caracterizar as fundadas razões do art. 240 do CPP aptas a justificarem a busca domiciliar sem autorização judicial para tanto. Geralmente, está análise dá-se em concreto, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal determinou naquele julgado que a verificação destas circunstâncias deve dar-se *a priori* da entrada na casa, com a devida justificação posterior por parte do agente estatal.

Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em 16 out. 2018. p. 12.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. **Constituição e Direito Penal**: temas atuais e polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 131.

3.3.2. A INVIOLABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (ART. 5º, INC. XII, DA CF) EM CONTRAPOSIÇÃO À INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Também é outro meio de obtenção de prova largamente utilizado nas investigações criminais a interceptação telefônica, a qual se conceitua como sendo “a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores”⁸⁹. Trata-se de colidência de direitos fundamentais à medida que o sigilo das comunicações telefônicas é constitucionalmente previsto, no art. 5º, inc. XII – cuja redação prevê, ainda, que esta garantia pode ser excepcionada, na forma prevista em lei, quando contraposta ao interesse estatal na persecução penal.

Assim, aplica-se diretamente o princípio da proporcionalidade quando da ponderação de interesses feita pelo próprio legislador quando da redação do art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, nos termos de que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. De mesma sorte que ocorre ao art. 5º, inc. XI, que prevê a inviolabilidade do domicílio, o dispositivo constitucional já traz em si próprio um limite a este direito fundamental.

Neste caso, é a Lei nº 9.296/96 que regulamenta a forma legal para a obtenção de prova por meio do uso de interceptação telefônica. As formalidades ali previstas não podem ser descumpridas, sob pena de ilicitude do conjunto probatório obtido mediante a captação das conversas telefônicas mantidas pelo agente que se encontra sendo interceptado. Neste sentido, ressalta-se que a própria súmula da Lei dispõe que o diploma legal tem “regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.”

Insta pontuar que a lei em comento foi aprovada em meio a um contexto fático de escândalos envolvendo o método de interceptação telefônica que, à época, era popularmente chamado de *grampo*. Na década de 1990, eram realizadas diligências imoderadas, violando o sigilo das comunicações de membros do alto escalão do governo – inclusive com fins políticos – sem indícios seguros de que havia uma prática delitiva em andamento que necessitasse da interceptação das chamadas telefônicas⁹⁰.

⁸⁹ AVOLIO, *op. cit.*, p. 106.

⁹⁰ Cf. AVOLIO, *op. cit.*, p. 167: “Em nosso país, a utilização das interceptações telefônicas (e de outras práticas que incidem sobre o sigilo das comunicações telefônicas ou de dados) no combate à criminalidade constituiu, por

A interceptação das comunicações não se confunde com a escuta, eis que esta última, embora efetivada por terceiro, exige o conhecimento e consentimento de um dos interlocutores. Ambas as modalidades de quebra do sigilo das comunicações podem ser telefônicas ou ambientais, no qual o instrumento de captação da conversa encontra-se no mesmo local que seus participantes. Tem-se, então, quatro modalidades pelas quais se pode obter prova mediante uma relativização do direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XII, da CF: interceptação telefônica, escuta telefônica, interceptação ambiental e escuta ambiental⁹¹.

A hipótese que foge a este rol é a da gravação clandestina, na qual um dos interlocutores registra sua própria conversa. Tendo em vista que o art. 1º da Lei nº 9.296/96 determina que suas disposições abrangem a interceptação de comunicações telefônicas “de qualquer natureza”, não tardou a surgir a discussão sobre a ilicitude da prova obtida mediante gravação ambiental realizada por um dos sujeitos da comunicação telefônica. O Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento de que “É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação”⁹².

Neste sentido, a prova obtida mediante gravação clandestina da própria conversa só é revestida de ilicitude quando, por motivo profissional ou cláusula de sigilo, o interlocutor tenha dever legal de resguardar a confidencialidade daquele diálogo. Cita-se, a título exemplificativo, profissões cujo exercício exige sigilo por força de lei, tal como a advocacia, a psicologia ou a medicina. Assim, este tipo de captação de comunicação não é regido pela Lei nº 9.296/96. Não se exclui, todavia, a possibilidade de considerar-se a prova ilícita pelo conteúdo da gravação clandestina – isto é, se for atentatório à dignidade do outro interlocutor, que desconhece que está sendo captado, pode configurar violação a direito fundamental e revestir aquele elemento probatório de ilicitude.⁹³

muito tempo, prática corriqueira, mesmo depois de vedada pela Constituição Federal de 1988, que a condicionou à competente regulamentação legal. Nesse período de inércia legislativa, bastava que a Polícia apresentasse indícios de que a pessoa proprietária da linha telefônica estivesse envolvida num crime, em geral de tráfico de entorpecentes, extorsão e sequestro, para que o Judiciário autorizasse a realização da operação técnica, impropriamente denominada ‘escuta’ ou, vulgarmente, ‘grampo’. [...] A falta de regulamentação da matéria não obstava, pois, a que na prática a utilização dos meios intrusivos na comunicação servisse aos mais variados propósitos, que não a finalidade precípua de constituir meio de prova eficaz no processo penal.”

⁹¹ EBERHARDT, *op. cit.*, p. 253.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 560.223/SP**. Agravante: Mundie & Advogados. Agravado: Marcelo José Dinamarco. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 12/04/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622351>>. Acesso em 16 out. 2018.

⁹³ CAPEZ, *op. cit.*, p. 389. Neste sentido, “[...] é preciso ressaltar que a gravação somente não será admitida, e será considerada ilícita, quando afrontar outra garantia, qual seja, a da inviolabilidade da intimidade (CF, art. 5º,

Quanto ao texto da lei, deve-se destacar alguns aspectos que frequentemente são descumpridos e causam a nulidade da prova obtida pelo meio que, conforme a previsão constitucional, torna-se ilícito a partir do momento em que não é mais observada a forma regulamentada pelo dispositivo legal. Nesta seara, insta sublinhar que o art. 2º da Lei nº 9.296/96 exige três elementos para autorizar a interceptação telefônica: (1) indícios razoáveis da autoria delitiva; (2) necessidade exclusiva do uso da quebra do sigilo das comunicações telefônicas para obtenção da prova; e (3) pena de reclusão cominada ao delito apurado. Ausente qualquer destes fatores, não há falar no uso deste meio na investigação criminal.

Outro ponto de suma importância é o prazo para a medida, também fixado no diploma legal. O art. 5º determina o prazo de 15 (quinze) dias para a execução da interceptação das comunicações do investigado, prorrogável por igual prazo, nos seguintes termos: “A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.” Ocorre que, apesar da redação dúbia que sugere que a prorrogação pode dar-se somente uma vez, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que “não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão fundamentando a dilatação do período”⁹⁴.

Assim, em suma, verifica-se que a prova obtida mediante interceptação telefônica, para revestir-se de licitude, deve observar todas as minúcias processuais determinadas por força da Lei nº 9.296/96 – que regulamentam desde as situações em que pode ser concedida a medida até o prazo pelo qual a decisão é válida. Neste sentido, trata-se de mero cumprimento do art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, que estabelece que o limite ao direito fundamental à inviolabilidade das comunicações só abrange o âmbito do diploma legal supramencionado. Ultrapassando os limites por ele imposto, a prova torna-se ilícita e, portanto, deve ser desentranhada do processo.

X). Dessa forma, se, excepcionalmente, o conteúdo for muito acintoso, a prova poderá, eventualmente, ser considerada ilícita, por afronta a outra norma de índole constitucional, a da inviolabilidade da intimidade e da vida privada. A gravação não feriu a inviolabilidade da comunicação telefônica, mas seu conteúdo acintoso poderá torná-la ilícita, ante o suplício da humilhação imposto ao outro interlocutor, o qual terá sua intimidade e sua imagem protegidas.”

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 69.177/MA**. Recorrente: W.B.M. Recorrido: Ministério Público Federal. Brasília, 21/08/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85970294&num_registro=201600774167&data=20180829&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 17 out. 2018.

4. A PROIBIÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA: PROVA ILEGÍTIMA

A segunda forma de proibição probatória encontrada no processo penal brasileiro é, pois, vedação à produção da prova em inobservância às formalidades legais preestabelecidas pela legislação para a coleta daquele elemento probatório. Trata-se, em sua maioria, de disposições infraconstitucionais, presentes no Código de Processo Penal e em leis especiais, regulamentando os procedimentos de produção de determinados tipos de prova, tais como a testemunhal e a pericial. Descumpridas as regras de cunho processual, admite-se que o legislador a tenha criado sem um fim específico, isto é, por mera liberalidade, o que não ocorre no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a forma é garantia de legitimidade do ato, sem a qual aquela prova se torna ilegítima.

4.1. A DISTINÇÃO ENTRE A PROVA ILÍCITA E A PROVA ILEGÍTIMA

A doutrina⁹⁵ indica ter sido o sistema alemão a melhor tratar o tema da prova proibida (no original, *Beweisverbote*, cuja tradução livre é *proibição de prova*), concomitantemente à criação das *exclusionary rules* do direito norteamericano como forma de repressão da obtenção de provas por meio ilícito (cf. 3.2). Beling⁹⁶, ao escrever a primeira obra científica sobre o tema⁹⁷, posicionou-se desde então contra o uso da prova ilícita para a descoberta da verdade real no processo penal, sob pena de inefetividade do Código de Processo Penal⁹⁸.

⁹⁵ MENDRONI, *op. cit.*, p. 166/167.

⁹⁶ BELING, Ernst *apud* MENDRONI, *op. cit.*, p. 167.

⁹⁷ *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*. Em tradução livre, “A proibição da prova como limites da pesquisa da verdade no processo penal.” Originalmente publicado pela editora Wissenschaftliche Buchgesellschaft, em Darmstadt, 1903.

⁹⁸ MENDRONI, *op. cit.*, p. 166. O autor aponta à existência de uma linha doutrinária que afirma que a obtenção da prova pelo agente investigatório não se confunde com a valoração posterior daquele elemento. Nesse sentido, a ilicitude somente revestiria o meio de obtenção, resultando em uma possível sanção de natureza cível ou penal ao indivíduo que produziu aquela prova. Considerando que a função do elemento probatório (cf. 1.1) é formar o convencimento do juiz acerca da verdade sobre aquele fato, esta parcela da doutrina consideraria que todas as provas devem ser admitidas ao processo, independentemente da ilicitude de sua obtenção. O agente responsável pelo cometimento do ilícito para obtenção daquele elemento de prova pode vir a ser responsabilizado posteriormente, não obstante, porém, a utilização do elemento probatório para fins de descoberta da verdade real. Tratar-se-iam de duas condutas distintas que não se confundem. Considera-se, contudo, que a verdade real é dogma a ser desconstruído, à medida que o processo penal é mero instrumento de reconstrução aproximada de um evento passado, conforme LOPES JR., *op. cit.*, p. 341.

A *Beweisverbote*, enquanto proibição de prova aos olhos da doutrina alemã, subdivide-se em *Beweiserhebungsverbote*, que é a proibição da admissão da prova, e *Beweisverwertungsverbote*, sendo esta a proibição da valoração da prova⁹⁹. Não há um consenso sobre a denominação das duas espécies de vedação probatória, seja a nível nacional ou mundial, mas o sistema brasileiro parece ter adotado os conceitos de *Beweiserhebungsverbote* e de *Beweisverwertungsverbote* como a proibição à prova ilícita e à prova ilegítima, respectivamente.

A prova ilegítima é um elemento probatório que foi produzido em dissonância com regras de cunho estritamente processuais, previstas no Código de Processo Penal. Em virtude de o ordenamento jurídico brasileiro – tanto no texto constitucional quanto na legislação processual – não trazer distinção entre a prova ilícita *strictu sensu* (obtida por meio que viola norma constitucional e/ou material) e a prova ilegítima, considera-se que se trata de categorias pertencentes a uma espécie mais ampla, que seria a prova ilícita em sentido amplo¹⁰⁰.

Lopes Jr.¹⁰¹ assevera que a prova se torna ilegítima “quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo penal.” E é nesse ponto que surge a distinção maior entre as duas espécies de prova proibida: a transgressão legal que gera a prova ilegítima ocorre no momento de sua produção, não havendo falar em inadmissão do elemento probatório ao processo, à medida que já superada essa fase.

Nada obstante, uma prova pode simultaneamente ser ilícita e ilegítima, se obtida por meio que viola uma lei de natureza material, enquanto as regras do jogo processual também impedem sua produção em juízo, como são as cartas interceptadas irregularmente¹⁰². O art. 233, parágrafo único, do CPP prevê a possibilidade que o destinatário apresente as cartas recebidas em juízo, mas o *caput* do dispositivo determina a inadmissão dos documentos dessa natureza obtidos de maneira criminosa – o que coincide com a criminalização da violação de correspondência pelo art. 151 do Código Penal, e com a proteção constitucional ao sigilo das comunicações, no art. 5º, inc. XII, primeira parte.

⁹⁹ MENDRONI, *op. cit.*, p. 171/172.

¹⁰⁰ EBERHARDT, *op. cit.*, p. 237.

¹⁰¹ LOPES JR., *op. cit.*, p. 394.

¹⁰² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070>. Acesso em 31 out. 2018.

Assim, em apertada síntese, a prova pode ser vedada em sentido absoluto quando o direito sempre proíbe sua produção, e em sentido relativo nas hipóteses em que a legitimidade daquele elemento probatório resta condicionada à observância das formas previstas em lei¹⁰³. O descumprimento de normas quando da obtenção e/ou produção sempre resultará em um ato ilegal, que, a teor do art. 157 do CPP, deve resultar no desentranhamento do processo da prova por meio dele obtida ou produzida, à medida que a redação do dispositivo legal é confusa e não faz distinção entre as espécies de proibição probatória¹⁰⁴.

Nessa seara, insta diferenciar entre as provas típicas e atípicas, à medida que as provas inominadas – ou atípicas – serão ilegítimas quando produzidas por uma variação deturpada do procedimento previsto para tanto no Código de Processo Penal. As provas nominadas são aquelas expressamente arroladas na legislação processual, “tais como a prova testemunhal, documental, acareações, reconhecimentos, interceptações telefônicas etc.”¹⁰⁵ Dessa feita, em se tratando de provas atípicas (não previstas na legislação), a doutrina ressalta a necessidade de observância dos limites probatórios impostos pela Constituição Federal e pela legislação processual, sob pena de produção de uma prova ilegal ou vedada, que deverá ser desentranhada do processo¹⁰⁶.

Assim, retomando a diferenciação entre a prova ilícita e a prova ilegítima, já referida em termos gerais quando do ponto 1.3. do presente estudo, encontra-se três pontos centrais que distinguem as duas formas de proibição probatória presentes no processo penal brasileiro, obtendo-se o conceito de prova ilegítima: a) a natureza da norma violada; b) o momento em que se dá a violação; e c) o tratamento processual e as sanções ao agente responsável pela produção ou pela obtenção daquele elemento probatório ilegal¹⁰⁷.

Primeiramente, conforme já se exaustivamente analisou até o momento, o cerne da distinção dá-se em virtude da natureza da norma violada no procedimento probatório que resulta

¹⁰³ MOURA, *op. cit.*

¹⁰⁴ LOPES JR. *op. cit.*, p. 394. No ponto, o autor considera que o art. 157 do Código de Processo Penal foi redigido de forma confusa ao apontar que são entendidas como ilícitas as provas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, tendo em vista que não faz referência à prova ilegítima, mas somente à prova obtida por meios ilícitos – isto é, especificamente com violação de norma constitucional ou material. Mais do que isso, a obra expressamente adota o posicionamento que o art. 157 tutela tão somente o tratamento processual dado às provas ilícitas erroneamente admitidas ao processo, resultando no necessário desentranhamento, sob pena de nulidade absoluta da decisão que as utilizar como fundamentação.

¹⁰⁵ LOPES JR., *op. cit.*, p. 380.

¹⁰⁶ LOPES JR., *op. cit.*, p. 381.

¹⁰⁷ Não foi encontrada, quando da presente pesquisa, uma única doutrina que trouxesse todas as diferenças entre a prova ilícita e ilegítima. Os três pontos foram angariados a partir da colheita de estudos realizados por MENDRONI, LOPES JR., EBERHARDT, CAPEZ, AVOLIO, dentre outros, conforme bibliografia listada ao final.

na prova ilegal. Enquanto a prova ilícita é oriunda da transgressão de uma norma constitucional ou material – isto é, um preceito legal, para fazer uso da expressão trazida pelo art. 157 do Código de Processo Penal –, o elemento probatório ilegítimo resulta da inobservância de uma regra processual, que é instituída em virtude da proteção dos interesses do próprio processo¹⁰⁸. Assim, noutras palavras, a violação que gera uma prova ilícita é sempre externa ao processo, enquanto a prova ilegítima é oriunda de uma desobediência normativa interna ao âmbito processual¹⁰⁹.

A violação se dá, portanto, às formalidades do processo determinadas, em grande maioria, pelo Código de Processo Penal. Essa modalidade de prova ilícita diz respeito, em essência, às formas exigidas pela legislação para validar a existência de um ato processual de produção de prova e legitimar seu uso para a formação de convencimento do julgador. Portanto, essa transgressão de uma norma não é uma conduta regulamentada pelo direito penal material enquanto crime – como o é o uso de tortura para obtenção de prova, por exemplo –, mas meramente o descumprimento da forma procedimental determinada para aquele ato que resultará na produção de uma prova.

Outro ponto no qual a doutrina é absolutamente convergente é a respeito do momento em que ocorre a violação legal que gera uma prova ilegítima. Nesse sentido, Eberhardt¹¹⁰ pontua que essa transgressão da norma que vicia a legitimidade do elemento probatório ocorre quando de sua produção, em juízo, de modo que já não se fala mais em inadmissibilidade. Retomando o conceito do procedimento probatório, a violação ocorre já na terceira fase, já no âmbito processual. Em contrapartida, a ilicitude *strictu sensu* da prova é sempre externa ao processo – seja em momento anterior ou concomitante –, no momento da obtenção de determinado elemento¹¹¹.

¹⁰⁸ MOURA, *op. cit.* Cabe, contudo, pontuar que mesmo uma regra de natureza processual parece ter, em última instância, um fundamento constitucional. à medida que o devido processo legal é garantia individual adequadamente positivada pelo rol analítico de direitos fundamentais adotado pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inc. LIV. Portanto, ainda que se admita a distinção entre a prova ilícita e a prova ilegítima em diversos ordenamentos jurídicos, é possível cogitar que ambas têm origem na proteção dos direitos fundamentais e nas garantias individuais daquele que se vê sujeito à persecução penal. Retoma-se, *in casu*, a necessária imposição de limites à descoberta da verdade pelo processo penal – sendo que a existência uma verdade real já é dogma a ser desconstruído –, sob pena de descaracterização do próprio sistema de direitos fundamentais, Buscar-se-á aprofundar a abordagem sobre a vulgarização do processo penal a partir do sistemático descumprimento de normas processuais (que, se repisa, vêm também do texto constitucional, em última instância) no ponto 4.3., mais adiante.

¹⁰⁹ LOPES JR., *op. cit.*, p. 394.

¹¹⁰ EBERHARDT, *op. cit.*, 237.

¹¹¹ MOURA, *op. cit.* Veja-se, a título meramente comparativo, que provas genuinamente ilícitas – tais como a obtida mediante violação do domicílio do agente, ou uma confissão extraída mediante tortura – não ocorrem no âmbito processual. São elementos probatórios que não são requeridos, mas meramente indicados para inserção nos

Nessa seara, a prova ilegítima é obtida por um meio plenamente legítimo ao ordenamento jurídico pátrio, mas sua execução se dá de forma errônea que não segue os ditames processuais. Assim, por óbvio, o vício reside em sua produção, tendo em vista que o meio de obtenção é lícito. Um exemplo clássico e bastante didático para compreender a distinção referente ao momento do procedimento probatório é a oitiva de testemunha: por óbvio, é lícita a obtenção de prova mediante depoimento pessoal, tratando-se da prova conhecida como testemunhal. Todavia, o procedimento regrado pelo art. 212 do Código de Processo Penal determina, dentre outros fatores, que o relato não seja induzido a partir dos questionamentos formulados, bem como que a acusação seja a primeira a questionar a testemunha. Inobservado o procedimento ali previsto, a prova testemunha será ilegítima.

Por derradeiro, insta frisar que a prova ilegítima é repetível, à medida que o vício que a torna ilegal encontra-se no procedimento de produção, e não no próprio meio de obtenção. Moura¹¹² traz o conceito de prova vedada em sentido relativo, eis que a proibição surge somente quando do descumprimento de uma tal norma processual. Se fosse absoluta – tal qual a prova obtida por meios ilícitos –, sua produção seria vedada em todas as circunstâncias, por se tratar de um vício originário e insanável, à medida que é regulado por uma norma de direito material que não admite interpretação circunstancial (*exempli gratia*, a tortura sempre será uma conduta criminalizada que gera prova ilícita, à medida que não existe um procedimento específico que, se observado, legitima a obtenção daquele elemento probatório).

Parece que a questão central, *in casu*, diz respeito à possibilidade de superar a ilegalidade; isto é, se a prova pode ser repetida, caso em que sua legitimidade estará condicionada ao regular procedimento previsto em lei processual, culminando em um elemento probatório plenamente passível de valoração na ação penal. É uma análise sobre a existência de circunstâncias nas quais aquela conduta de obtenção da prova é lícita, resultando na produção de um elemento probatório válido e legítimo, que pode ser valorado para fins de embasamento da decisão proferida pelo julgador. Lopes Jr.¹¹³, nessa seara, refere com precisão:

autos do processo, à medida que sua obtenção não se dá perante o juízo. Por corolário lógico, é daí que surge sua inadmissibilidade, pois compete ao juiz auferir a ilicitude do meio de obtenção e barrar sua entrada no processo.

¹¹² MOURA, *op. cit.* Trata-se de reprodução do pensamento de Nuvolone e Grinover, que, segundo a autora, caracterizavam a prova vedada como um elemento probatório contrário – absoluta ou relativamente – a uma regra legal ou a um princípio de direito positivo. Nessa seara, parece ser a distinção que a doutrina consignou entre a prova ilícita e a prova ilegítima, eis que a vedação em sentido absoluto proíbe a produção daquele elemento probatório em todas as circunstâncias, enquanto a relativização meramente condiciona a legitimidade da prova à observância da forma prevista em lei para sua produção.

¹¹³ LOPES JR., *op. cit.*, p. 395.

A distinção é ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas.

Noutra dimensão, as provas ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão processual (de ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. Nesse caso, o que foi feito com defeito pode ser refeito e, portanto, validado pela repetição.

Assim, trata-se de um vício que, como já referido, é interno ao processo, à medida que é mero descumprimento de uma norma processual que, em sendo refeito o ato de produção da prova, pode ser sanado e vir a resultar em um elemento probatório que, lícito e legítimo, servirá para que o julgador forme seu convencimento sobre o fato apurado naqueles autos. Pode-se, inclusive, pensar que o vício que deslegitima a prova é, pois, momentâneo, à medida que não é intrínseco ao meio de obtenção daquele elemento probatório, mas é mera inobservância pontual que pode ser relativizada ou superada quando da repetição do ato¹¹⁴.

Sob a perspectiva da *Beweisverwertungsverbote*, trata-se da proibição da valoração da prova, à medida que a possibilidade de apreciação para influir na formação do convencimento do julgador está condicionada à sua validade em termos processuais. Mendroni¹¹⁵ assim pontua:

Aplicável àquelas provas já constitucionalmente admitidas, mas cuja valoração no momento oportuno dependerá de que tenham seguido o seu caminho regular até a prolação da sentença. Existem incontáveis critérios legais em cada sistema processual penal que poderá fazer com que a prova seja retirada dos autos antes mesmo de sua análise valorativa. [...]

O sistema penal brasileiro traz também a ideia da vedação à valoração de uma prova produzida em desconformidade com regras processuais, ainda que não faça distinção ativa para com a prova ilícita como tratada no art. 157 do Código de Processo Penal. Como já pontuado, o cerne da prova ilegítima é que a violação normativa se dá quando de sua produção; assim, por óbvio, já houve um juízo de admissibilidade positivo daquele elemento probatório por parte do julgador. Nessa seara, considerando que a transgressão ocorre justamente no ato de produção, é mero corolário lógico seu reconhecimento antes da fase seguinte do trâmite da prova dentro do processo, que é a valoração.

Proíbe-se, assim, em última análise, a valoração de um elemento que foi efetivamente admitido (porquanto oriundo de meio lícito), mas erroneamente produzido. Não se fala em uma inadmissão da prova ilegítima, eis que não existe óbice para admitir sua produção, ao menos

¹¹⁴ LOPES JR., *op. cit.*, p. 395.

¹¹⁵ MENDRONI, *op. cit.*, p. 172.

em uma análise *a priori* da diligência requerida pela parte ao julgador. Wolter¹¹⁶, nessa esteira, considera que a proibição de valoração de uma determinada prova é uma sanção aplicada ao agente – isto é, à parte – que produz um elemento probatório em desrespeito à disciplina processual sobre aquele procedimento.

Por derradeiro, insta pontuar que, segundo Andrade¹¹⁷, a *Beweisverbote* não se confunde com as *exclusionary rules* do direito estadunidense, à medida que se trata de uma aspiração a “antecipar uma construção sistemática do direito das proibições de prova”, enquanto o sistema adotado pelos Estados Unidos da América é – até mesmo em virtude do sistema da *common law* –, uma criação jurisprudencial dos tribunais em face de situações concretas.

Tratam-se, pois, de dois sistemas diferentes no que diz respeito às proibições probatórias, sendo que a legislação brasileira, ainda que adote características de ambos, não pode ser completamente identificada em nenhum. É uma área do conhecimento penal que, sem sombra de dúvidas, necessitará de maiores estudos que venham a se refletir na criação de um sistema positivado de vedações de prova, à medida que o ordenamento jurídico brasileiro é regido pela *civil law*. Mais do que isso, parece que o sistema alemão da *Beweisverbote* oferece uma maior proteção, em última análise, à dignidade da pessoa humana, por ser uma teoria mais minuciosa que não se baseia no caso concreto para oferecer uma resposta processual¹¹⁸.

¹¹⁶ WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Tradução de Luís Greco, Alaor Leite e Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 128.

¹¹⁷ ANDRADE, *op. cit.*, p. 135.

¹¹⁸ Nesse sentido, o sistema alemão parece ter criado um conjunto de normas de caráter geral que visam a regulamentar a obtenção e produção de prova *antes* que elas aconteçam. Não se trata meramente de normas determinando a exclusão de eventual elemento probatório ilícito – tal qual ocorre com as *exclusionary rules* e com o teor do art. 157 do Código de Processo Penal, que é mera reflexão da teoria estadunidense. É uma análise *a priori* que determina quais os temas, meios e métodos que são absolutamente vedados no seio do procedimento probatório, de modo que o sistema de normas é amplamente conhecido e evita a obtenção do elemento probatório em violação de direito fundamental do suspeito de cometer uma prática delitiva. Trata-se, pensando em uma perspectiva das normas de proibição probatória enquanto proteção da dignidade da pessoa humana, de incumbir ao legislador a ponderação de interesses entre os direitos fundamentais em jogo – o interesse estatal de punir contraposto à garantia ameaçada ou efetivamente lesionada quando da produção daquela prova –, e não ao intérprete da lei (julgador), fator que, por si só, já demonstra que a análise sobre as garantias individuais se dá *a priori*. Por óbvio, isso não exclui uma possível análise caso-a-caso, quando arguida a ilicitude de determinada prova que foi admitida possivelmente de maneira errônea ao processo, mas é exceção, e não regra. Enquanto isso, o conjunto das *exclusionary rules* – assim como a determinação genérica de inadmissão das “provas ilícitas” (sem especificação, como já pontuado, sobre eventual abrangência das provas ilegítimas no âmbito de proteção do art. 157 do CPP) – tem como seu cerne uma análise *a posteriori* sobre a licitude de uma prova que já foi obtida. Isto é, não há uma disciplina centralizada e unificada sobre a proteção probatória, ponto que se julga importante para a melhor compreensão também do agente investigatório, que virá a obter as provas que eventualmente serão judicializadas – de modo que se parece ter uma maior proteção dos direitos fundamentais, ao tentar evitar sua violação.

4.2. A CONEXÃO ENTRE AS PROVAS ILEGAIS E O SISTEMA DE NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS

Não parece possível dissociar o tema da prova ilegal da teoria das nulidades – ou invalidades – dos atos processuais, mormente quando a prova ilegítima é caracterizada justamente pela inobservância da forma preceituada pela legislação para a realização de determinado evento processual que resultará, nesse caso específico, em um elemento probatório. Nesse sentido, repisa-se que é um ato interno ao processo, isto é, realizado no âmbito deste, de modo que resguarda intrínseca relação com o regime de invalidades dos atos processuais à medida que um evento processual nulo irá gerar, via de regra, uma prova ilegítima – que, como tanto, não deveria servir para fins de formação de convencimento do magistrado.

Nesse sentido, a doutrina¹¹⁹ tem dividido o regime de invalidades em matéria processual penal em quatro categorias: irregularidade, nulidade (absoluta e relativa) e inexistência. Enquanto a irregularidade é oriunda de um “defeito de mínima relevância para o processo”, de modo que não existe prejuízo à eficácia do preceito tutelado pela norma que rege aquele ato específico¹²⁰. De outra banda, uma nulidade ocorre quando o defeito no ato representa uma efetiva violação a um princípio – seja este de natureza constitucional ou processual. Em lugar último na escala, a inexistência do ato se dá quando resta ausente um elemento imprescindível para o seu surgimento no mundo jurídico. Segundo Cordero¹²¹, sequer se discute a invalidade propriamente dita do ato, à medida que o plano da existência antecede o da validade.

No âmbito das nulidades, em que efetivamente ocorre a violação do princípio constitucional ou processual tutelado por determinada norma, discute-se o caráter absoluto ou

¹¹⁹ CAPEZ, *op. cit.*, p. 698/702. Todavia, há pontos sobre o assunto nos quais a doutrina não é pacífica. CAPEZ, por exemplo, trata tanto a irregularidade quando a nulidade relativa como violações a normas legais, isto é, de caráter infraconstitucional, sem realizar qualquer distinção entre as transgressões a normas de direito material ou processual. Já a nulidade absoluta seria a violação direta ao texto constitucional. Correlacionando a sistemática das nulidades com a regulamentação do Código de Processo Penal no tocante às provas ilícitas, percebe-se que o autor optou por uma abordagem mais próxima ao texto do art. 157, que, conforme já referido anteriormente, não distingue entre as inobservâncias às normas processuais e às normas materiais. Assim sendo, parece que uma prova ilícita *strictu sensu* poderia ser considerada uma nulidade relativa, na visão do autor, visão com a qual não se compactua, tendo em vista que o uso da prova ilícita, via de regra, causa nulidade absoluta por considerar que o prejuízo à parte é presumido. Mais do que isto, o texto constitucional, mormente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, repete-se nas normas de direito material ao criminalizar condutas que os desrespeitem. Veja-se, nesse sentido, a tortura, que é vedada tanto pelo art. 5º, inc. III, da CF, quanto pela Lei nº 9.455/97. Assim, não parece adequada a distinção feita entre nulidade relativa e nulidade absoluta feita pelo autor, quando considerada sob a perspectiva das provas ilegais. Mostra-se mais conveniente a diferenciação realizada por LOPES JR. (*op. cit.*, p. 931), que é aquela que se adota no presente trabalho, conforme abordado na sequência.

¹²⁰ LOPES JR., *op. cit.*, p. 931.

¹²¹ CORDERO, *op. cit.*, p. 413.

relativo do vício. A nulidade absoluta é insanável, eis que diz respeito ao interesse público, de modo que o ato não se convalida pela prescrição ou pelo trânsito em julgado da decisão judicial. É o caso da sentença que se vale de prova ilícita para condenar o réu, por óbvio, tendo em vista que a ilicitude da prova é oriunda de uma violação de norma constitucional ou de direito material. Nada obstante, também é possível falar em nulidade absoluta no âmbito da prova ilegítima – ainda que a maioria dos procedimentos que resultam em um elemento probatório ilegítimo acabem por considerados meras nulidades relativas –, a exemplo do interrogatório realizado sem a presença de defensor¹²² e da perícia efetuada por somente um perito não oficial.

Por outro lado, há a nulidade relativa, isto é, aquela que, em sendo sanável, se convalida quando não arguida no momento oportuno. Mais do que isto, a parte deve demonstrar o prejuízo sofrido para justificar o pleito anulatório. Nesse sentido, a redação do art. 566 determina que “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. Nessa mesma seara, o art. 565 também impede a parte de suscitar nulidade que interesse somente à parte contrária. A partir da leitura conjunta destes dois dispositivos legais, resta evidente o intento do legislador em evitar a declaração de nulidade sobre atos inócuos, protelando o deslinde da ação penal.

Do que se depreende, pois, o Código de Processo Penal possui uma sistemática quanto ao regime de nulidades processuais penais, prevista no art. 564 e com determinações especiais no art. 572. Marques¹²³ aponta que o legislador adotou a óptica das “formalidades essenciais e acidentais, para os atos processuais”, notando, ainda, que a redação conferida a estes dispositivos legais é confusa e não aclara quais formalidades são imprescindíveis à validade dos atos. Sobre o tema, como adequadamente pontuados por Lopes Jr.¹²⁴, “A jurisprudência muda constantemente de humor nessa matéria, sendo extremamente arriscado definir, *a priori*, os casos de nulidade absoluta ou relativa a partir da estrutura do CPP.”

¹²² Não se desconhece, nessa esteira, que o art. 133 da Constituição Federal assenta que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” Todavia, em matéria processual, é o art. 261 do Código de Processo Penal que assenta a imprescindibilidade da presença do defensor nos atos processuais, ao dispor que “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.” Tal dispositivo requer uma interpretação conjunta com o art. 185, também do CPP, que determina que “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor constituído ou nomeado.” Assim, ainda que, conforme já aduzido na nota de rodapé nº 108, possa se cogitar que a prova ilegítima seja, em instância última, ilícita – na medida em que todas as normas processuais visam a assegurar o devido processo legal, garantido constitucionalmente no art. 5, inc. LIV –, a produção de prova perante o juízo sem a presença de defensor representa violação direta de norma de cunho processual, sendo, por conseguinte, ilegítima, e não ilícita.

¹²³ MARQUES, *op. cit.*, p. 397.

¹²⁴ LOPES JR., *op. cit.*, p. 934.

A relevância das considerações que se passa a tecer sobre o sistema de nulidades do processo penal brasileiro dá-se à medida que a decisão que usa uma prova ilícita é, via de regra, nula. Mais do que isto, Avolio¹²⁵ sugere que a nulidade é uma sanção aplicável à transgressão de uma norma processual – para a produção de uma prova, por exemplo, resultando em um elemento probatório ilegítimo. É a partir desse contexto que se discute, também, a distinção entre as formas de prova ilegal, tendo em vista que o tratamento processual outorgado a cada uma não se confunde. Assim, insta reforçar que o tema que revolve a prova ilícita não é a nulidade, mas a necessária inadmissão dela ao processo. A nulidade ocorre subsidiariamente, caso um elemento probatório ilícito seja erroneamente admitido aos autos e o julgador tenha dele se valido para formar seu convencimento.

Como bem refere Pacelli¹²⁶, ainda, o processo penal não admite atos írritos, à medida que a forma determinada dos procedimentos previstos na legislação processual atende ao fim precípuo de manter a igualdade entre as partes enquanto se busca uma decisão final. Inexiste paridade de tratamento entre acusação e acusado, logicamente, se não há uma sistemática normativa prévia para que as partes saibam exatamente quais os limites que devem ser respeitados naquele ato processual¹²⁷.

Assim, a forma dos atos caracteriza garantia processual, que possui estrita vinculação para com a igualdade do tratamento outorgado às partes no âmbito do processo e com o próprio devido processo legal. Não se trata de benesse exclusiva à defesa, tendo em vista que “na aplicação dos institutos processuais previstos pela legislação, há de se manter a paridade de armas, devendo-se declarar a nulidade”¹²⁸, de modo que a acusação também se beneficia do eventual reconhecimento da invalidade de um ato processual. Por óbvio, considerando-se a defesa como o polo mais fraco da relação processual, por encontrar-se em posição vulnerável perante o aparato estatal disponível à acusação, o regime das nulidades, via de regra, acaba por beneficiá-la mais do que o contrário, tendo em vista que a invocação da nulidade de

¹²⁵ AVOLIO, *op. cit.*, p. 50.

¹²⁶ PACELLI, *op. cit.*, p. 1037.

¹²⁷ A própria relação processual, para ser válida, está sujeita ao cumprimento dos pressupostos processuais, sob pena de ilegitimidade. No ato processual, o raciocínio aplicado é análogo: descumprido o pressuposto processual relativo à forma daquele procedimento, não existe legitimidade que o faça válido no mundo jurídico. Cf. MARQUES, *op. cit.*, p. 383: “Não existe relação processual válida ou regular, se não se atenderem aos pressupostos necessários para a constituição e desenvolvimento da instância. Ausentes esses pressupostos, inadmissível será o julgamento de mérito, não podendo, assim, o juiz, no processo penal condenatório, proferir decisão sobre a pretensão punitiva que é objeto da ação penal.”

¹²⁸ PACELLI, *loc. cit.*

determinado ato é instrumento a ser utilizado para garantir a igualdade de tratamento nos conformes ditados pela lei.

Nada obstante a forma dos atos processuais seja, em essência, garantia de adequação ao devido processo legal e, mais do que isto, garantia de segurança jurídica, tem a doutrina entendido que o processo penal brasileiro é regido pelo princípio da instrumentalidade, segundo o qual, “na apreciação da validade do ato processual, a verificação de ele ter atingido sua finalidade prevalece sobre a simples inobservância das regras formais.”¹²⁹ Trata-se de uma relativização ao formalismo excessivo, de modo que a maioria das violações de normas processuais que, via de regra, resultam na produção de uma prova ilegítima acabam por ser convalidadas, sendo consideradas meras irregularidades que não causaram prejuízo.

Dessarte, o processo penal brasileiro é norteado, segundo compreende há o Superior Tribunal de Justiça, pelo princípio *pas de nullité sans grief*, positivado na forma do art. 563 do CPP, no sentido de que “Nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes.” Esse princípio, o qual Capez¹³⁰ aponta como sendo o “princípio do prejuízo”, aplica-se tão somente às nulidades relativas, tendo em vista que o prejuízo à parte – e ao processo como um todo – é presumido em matéria de nulidade absoluta. O autor ainda assenta, nessa esteira, que a visão jurisprudencial atual é no sentido de que não é necessário um formalismo exacerbado, de modo que, se o ato processual atinge o fim a que se propõe sem prejudicar uma das partes, não há que ser declarada a nulidade do ato¹³¹.

Traz-se o ponto das nulidades relativas e do entendimento majoritário de necessidade de demonstração do prejuízo na matéria das provas ilegítimas justamente por esta última, como já exaustivamente abordado, configurar-se a partir da inobservância de um preceito processual quando do ato de produção de um elemento probatório no curso do processo e internamente a este. Assim sendo, a produção de uma prova ilegítima é, efetivamente, uma nulidade processual, por faltar àquele ato um dos elementos exigidos em lei, destituindo-o de validade. Contudo, por serem as formas processuais consideradas meras formalidades diante do princípio da instrumentalidade das formas e do *pas de nullité sans grief*, a maioria das inobservâncias processuais que resultam em provas ilegítimas são considerados nulidades relativas – isto é, que não têm grande impacto no processo.

¹²⁹ MARQUES, *op. cit.*, p. 395.

¹³⁰ CAPEZ, *op. cit.*, p. 703.

¹³¹ CAPEZ, *loc. cit.*

Em apertada síntese, Lopes Jr.¹³² relaciona o tema das nulidades no processo penal com a discussão sobre as proibições probatórias:

[...] os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto “garantia” a ser respeitada.

Assim, a problemática em torno da prova ilícita e da prova ilegítima deve ser analisada nesse contexto. Importante destacar, novamente, que não se podem fazer analogias ou transmissão mecânica das categorias do processo civil para o processo penal, pois, aqui, partimos da inafastável premissa de que a forma dos atos é uma garantia, na medida em que implica limitação ao exercício do poder estatal de perseguir e punir. Portanto, desde logo, em que pesem as diversas manifestações do senso comum teórico e jurisprudencial, devem ser repelidas as noções de prejuízo e finalidade que têm conduzido os tribunais brasileiros a absurdos níveis de relativização das nulidades (e, portanto, das próprias regras e garantias do devido processo).

Nada obstante o cerne da diferenciação entre prova ilícita *strictu sensu* e prova ilegítima, como se buscou demonstrar até o presente momento a partir deste estudo, seja justamente a natureza da norma violada quando da obtenção ou produção daquele elemento probatório – se processual ou material/constitucional –, pode-se considerar que a prova ilegítima é, em esfera última, também uma prova ilícita, tanto que Eberhardt¹³³ considera que a prova ilícita (em sentido amplo) é categoria ampla que se subdivide nas duas modalidades aqui estudada. Nessa seara, mesmo que a prova ilegítima caracteriza-se por ser produzida a partir de uma norma de caráter exclusivamente processual – isto é, cujo âmbito de proteção surge somente em virtude de interesses processuais¹³⁴ –, não se pode olvidar que o devido processo legal é direito fundamental constitucionalmente assegurado pelo art. 5º, inc. LIV.

Assim, considera-se que o entendimento sedimentado pelas Cortes Superiores e pela doutrina majoritária, no sentido de que a maioria das violações a normas de caráter processual – inclusive em procedimentos de produção de prova – configura somente nulidade relativa, sujeita ao princípio *pas de nullité sans grief*, colide com o a garantia fundamental ao devido processo legal¹³⁵. E não é só: a orientação que vem sendo exarada pelos julgadores, exigindo a demonstração de prejuízo para decretar a nulidade do ato, é perigoso à medida que,

¹³² LOPES JR., *op. cit.*, p. 393.

¹³³ EBERHARDT, *op. cit.*, p. 237.

¹³⁴ MOURA, *op. cit.*

¹³⁵ Sobre a questão das nulidades relativas, cf. LOPES JR., *op. cit.*, p. 934: “É elementar que as nulidades relativas acabaram se transformando em um importante instrumento a serviço do utilitarismo e do punitivismo, pois é recorrente a manipulação discursiva para tratar como mera nulidade relativa àquilo que é, inequivocamente, uma nulidade absoluta. Ou seja, a categoria de nulidade relativa é uma fraude processual a serviço do punitivismo.”

recentemente, passou a ser adotado também na matéria das nulidades absolutas, na qual o prejuízo deveria ser, em tese, presumido¹³⁶.

Nesse sentido, exemplo da aplicação recente do princípio *pas de nullité sans grief* é o agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* nº 153.747/RJ¹³⁷, na qual a Primeira Turma da Corte Suprema negou a declaração de nulidade em razão da ausência de juntada da mídia com a íntegra das gravações das ligações telefônicas interceptadas, à medida que a defesa técnica do réu não teria demonstrado o prejuízo sofrido. Assim, segundo o STF, “O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção.”¹³⁸

A título exemplificativo, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou que a inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal – referentes ao procedimento adequado para o reconhecimento de pessoas e coisas – configura mera nulidade relativa, que se sujeita, para a declaração da invalidade do ato, a comprovação do prejuízo causado à parte. O entendimento foi asseverado quando do julgamento do agravo regimental no agravo em recurso especial nº 195.028/PR¹³⁹.

É consabido que o reconhecimento de coisas e pessoas é meio de prova no processo penal brasileiro, estando sujeito à forma determinada pelo art. 226 para restar convalidado. Nesse sentido, Eberhardt¹⁴⁰ considera que qualquer reconhecimento realizado fora dos moldes previstos na legislação processual é informal e, por conseguinte, se reveste de valor probatório menor do que aquele tido como formal. Nada obstante, a Corte Superior demonstrou a óbvia aplicação do princípio *pas de nullité sans grief* no caso do descumprimento das formalidades, de modo que só se declara a nulidade do ato – seja para considerá-lo nulo e refazê-lo, seja para desconsiderá-lo enquanto prova.

¹³⁶ LOPES JR., *op. cit.*, 932.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* nº 153747/RJ**. Agravante: Frederico Lemos Sampaio Vianna. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 24/08/2018. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748152241>>. Acesso em 08 nov. 2018.

¹³⁸ Excerto da ementa do RHC nº 153.747 AgR/RJ.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 195.028/PR**. Agravante: Wolney da Silva Paula. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. 09/10/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88417484&num_registro=201201315559&data=20181031&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 nov. 2018.

¹⁴⁰ EBERHARDT, *op. cit.*, p. 192.

Parece haver, assim, um descuido em relação ao papel da forma enquanto garantia do processo penal, eis que se determina que a inobservância de uma formalidade pode ser relativizada desde que o ato atinja seu fim. Ocorre que esta faceta da teoria das nulidades processuais, mormente aplicada em atos que visam à produção de prova no âmbito do processo, acaba por gerar evidente insegurança jurídica, a partir da assunção de que as formas foram previstas em lei por mera liberalidade do legislador, sem um propósito real¹⁴¹ – que, no caso, é a proteção do devido processo legal e da paridade de tratamento dentro do próprio processo, em evidente proteção aos direitos fundamentais do acusado¹⁴².

4.3. A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE AS NORMAS PROCESSUAIS DE PRODUÇÃO DE PROVA MAIS FREQUENTEMENTE DESCUMPRIDAS

Repisa-se, segundo Avena¹⁴³, que “Ilegítimas são as provas produzidas a partir da violação de normas de natureza processual, isto é, normas que têm fim em si próprias. Aqui não há qualquer reflexo em nível constitucional.” Portanto, por óbvio, encontram-se majoritariamente no Código de Processo Penal as proibições probatórias que, se inobservadas, resultam na produção de uma prova ilegítima. Nada obstante, a legislação especial também pode prever procedimentos específicos para a produção de determinados elementos de prova, como se estudará mais adiante nesta seção; porém, independentemente da fonte, certo é que são abundantes os exemplos de formalidades processuais que, se descumpridas, resultam em prova ilícita.

Mendroni¹⁴⁴, nesse aspecto, refere-se à violação normativa que gera a prova ilícita enquanto um “vício de forma”, referindo, ainda, que não é possível falar na existência de um vício formal de uma prova que não possua uma disciplina legal sobre o procedimento para sua produção. Noutras palavras, se a legislação processual não estabelece uma forma determinada para a produção de determinado elemento probatório, esse não poderá ser considerado ilegítimo. Em uma análise última, não é possível haver uma transgressão a uma lei processual sobre a matéria se não houver uma norma a ser violada.

¹⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 189.

¹⁴² LOPES JR., *op. cit.*, p. 938/939.

¹⁴³ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal para Concursos Públicos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008. p. 171.

¹⁴⁴ MENDRONI, *op. cit.*, p. 107.

Assim, as provas atípicas – não previstas no Código de Processo Penal –, via de regra, não podem ser consideradas ilegítimas, a menos que constituam uma tentativa de deturpar o procedimento previsto para a produção de uma prova típica. Nesse sentido, por exemplo, a prova testemunhal deve necessariamente ser produzida de forma oral perante o juízo da causa, a teor do art. 204 do CPP. Eventual juntada de depoimento escrito constitui violação dessa norma, que proíbe expressamente que a testemunha traga seu relato redigido. Portanto, depoimento escrito de testemunha¹⁴⁵ é elemento probatório atípico que configura mera distorção do procedimento previsto para a produção de uma prova nominada – sendo, por conseguinte, ilegítimo.

Sobre as provas nominadas e inominadas, não há exatamente um consenso na doutrina. Lopes Jr., por exemplo, defende que o rol do Código de Processo Penal é taxativo, e que as provas atípicas são situação excepcional, desde que observados os limites da licitude e da legitimidade daquele elemento probatório¹⁴⁶. De outro lado, Cordero sustenta que é admissível ao processo penal toda e qualquer prova que não for vedada¹⁴⁷ – ou seja, qualquer prova útil que não transgrida uma proibição probatória pode ser admitida aos autos para influir na formação do convencimento do julgador. Independentemente do posicionamento adotado, contudo, é evidente que uma prova só pode ser ilegítima se for, ao mesmo tempo, típica, existindo um procedimento determinado em lei para a sua produção, considerando-se que é justamente pela violação dessa formalidade que se esvai a legitimidade.

Assim, passa-se a analisar algumas das previsões legais em matéria de produção probatória mais frequentemente violadas, segundo doutrina e jurisprudência. Assim, para iniciar um estudo exemplificativo das provas ilegítimas constantes do Código de Processo Penal, traz-se à baila os casos arrolados por Avena¹⁴⁸:

a) Perícia realizada por apenas um perito não-oficial, ou seja, aquele nomeado pelo delegado ou pelo juiz na ausência de perito oficial: viola-se, com isso, a regra geral do art. 159, § 1.º, do CPP (redação da Lei 11.690/2008), determinando que “na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”. Ora, por que essa regulamentação? Porque assim entendeu o legislador. Quisesse, poderia ter estabelecido, de modo diverso, à semelhança do que fez no art. 50, § 1.º, da Lei

¹⁴⁵ Por óbvio que, em se trazendo o exemplo do relato escrito de uma testemunha, não se fala sobre a degravação da prova oral que costuma ser realizada pelo juízo e acostada aos autos. Essa prova não é atípica, nem ilegítima, à medida que a mídia (CD/DVD) contendo a gravação original da coleta do depoimento deve sempre constar dos autos, bem como a degravação.

¹⁴⁶ LOPES JR., *op. cit.*, p. 380.

¹⁴⁷ CORDERO, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴⁸ AVENA, *op. cit.*, p. 171/172.

11.343/2006 (Lei de Drogas) possibilitando a realização da perícia provisória por apenas um *expert* (fala-se em “perito”, no singular).

b) Reconhecimento judicial do réu realizado com inobservância das formalidades legais do art. 226 do Código de Processo Penal: afronta-se neste caso, igualmente, norma de índole meramente processual, sem qualquer fim constitucional.

c) Juntada pela defesa, aos autos, de notícia jornalística e declarações de testemunhas, informando a morte do réu, para fins de extinção da punibilidade com base no art. 107, I, do CP: por ofender a regra do art. 62 do CPP, que restringe à certidão de óbito o único modo de comprovar-se o falecimento do réu, a prova torna-se ilegítima ao fim pretendido. Inexiste, porém, qualquer conotação constitucional no referido art. 62, razão pela qual não impediria tivesse o legislador disposto, por exemplo, que a morte do réu possa ser comprovada por qualquer meio lícito.

Do que se verifica, os procedimentos determinados em lei para que a prova seja produzida em juízo desta ou daquela maneira ficam a critério do legislador. São sempre formalidades que poderiam ter sido estabelecidas de outro modo, se o momento legislativo quando da redação do dispositivo legal fosse orientado por outros princípios¹⁴⁹. Todavia, por óbvio, não se pode presumir que o legislador assinale formas inúteis aos atos processuais, por mera liberalidade. A escolha de uma formalidade é livre, mas, via de regra, é orientada pelos princípios da segurança jurídica, da celeridade do ato, do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, para além dos exemplos trazidos por Avena e aqui transcritos, cumpre estudar mais detalhadamente a ilegitimidade que pode ocorrer quando do descumprimento das formas legais estabelecidas para a produção de prova pericial, eis que é, sem sombra de dúvidas, um dos casos de ocorrência mais comum no processo penal. A este exemplo, somam-se a inobservância do art. 212 e do art. 479, ambos do Código de Processo Penal, que também representam duas situações bastante frequentes na persecução penal: a formulação de perguntas à testemunha pelo magistrado e a exibição de documentos, perante o Plenário do Júri, que foram juntados menos de três dias antes da sessão de julgamento.

Primeiramente, tem-se o caso da prova pericial. O art. 159 do Código de Processo Penal determina que o exame de perícia deve ser feito por perito oficial. Na falta deste – situação que ocorre com muita frequência em cidades menores, que não dispõem de pessoal para a função –

¹⁴⁹ Nessa seara, insta pontuar novamente que a forma dos atos processuais é a garantia – especialmente ao acusado – da paridade de tratamento, oferecendo segurança jurídica às partes de como aquela prova pode ou não ser produzida em juízo. Tal detalhe assume especial relevância em um Código de Processo Penal que, originariamente, não traz um sistema processual penal acusatório (no qual o acusado é efetivamente parte na relação processual), mas possui fortes propriedades inquisitoriais. Inclusive, cf. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7: “em uma suposta balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma consequente exacerbação dos poderes dos agentes policiais.” Assim, o descumprimento de uma forma predeterminada para um ato processual representa uma afronta a ambas as partes envolvidas naquela relação, à medida que se cria uma presunção que qualquer conduta é aceitável, independentemente das regras previstas, desde que o ato alcance o fim a que se propõe.

, segundo o § 1º daquele dispositivo legal, cumpre a duas “pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.” Todavia, é comum que não haja especificação da escolaridade dos peritos nomeados, ou que apenas uma única pessoa realize o exame pericial, em desacordo com a formalidade proposta pelo CPP.

Como bem pontuado por Avena¹⁵⁰, nada impedia o legislador de ter determinado em contrário, exigindo somente uma pessoa idônea quando da falta de perito oficial. Inclusive, o fez no art. 50, § 1º, da Lei nº 11.343/06 – exemplificando, nessa seara, que a legislação especial também inclui proibições probatórias que, se inobservadas, resultam em provas ilegítimas. E esta requisição legal em relação à prova pericial é constantemente infringida, à medida que não se desconhece as condições de trabalho que os Institutos-Gerais de Perícias se encontram submetidos.

Assim, diante da quantidade de casos envolvendo o desrespeito da forma determinada em lei para o exame pericial realizado por peritos não oficiais, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se pela ocorrência de nulidade relativa quando da perícia feita por somente uma única pessoa¹⁵¹, de modo que o ato só é declarado inválido quando dele decorre prejuízo concretamente demonstrado pelas partes. Nessa mesma esteira, também se pontua que a Corte Superior decidiu pela validade da perícia não oficial realizada por policiais civis, em se considerando que, a um, não existe vedação legal para tanto¹⁵²; e, a dois, a falta de peritos oficiais tornou quase que corriqueira a prática do exame pericial pelos policiais.

Trata-se de um posicionamento complicado. A Súmula nº 361 do Supremo Tribunal Federal assenta expressamente que “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão.” E os dois posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça apontados vão de encontro ao teor do verbete, demonstrando a evidente aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, de modo que, mesmo sendo nulo o exame pericial, esta invalidade só é declarada se causar

¹⁵⁰ AVENA, *op. cit.*, p. 171/172.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.692.392/PA**. Agravante: A. de S. M. Agravado: Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Min. Felix Fischer. 03/04/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81704554&num_registro=201702164470&data=20180406&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 out. 2018.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.556.961/RS**. Agravante: Rudinei Cesar da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Jorge Mussi. 04/02/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=56059166&num_registro=201502256835&data=20160222&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 09 nov. 2018.

prejuízo. Sem embargo, aprova do prejuízo do descumprimento da forma legal para a realização de um exame pericial é complexa e, muitas vezes, extremamente difícil de ser produzida, em função do papel relativo da própria prova pericial. Nesse sentido, Eberhardt¹⁵³ lembra que a perícia é mera demonstração da probabilidade de que o delito tenha ocorrido desta ou daquela maneira, não estando o julgador vinculado ao resultado exarado pelo perito.

Em segundo lugar, há a polêmica envolvendo o art. 212 do Código de Processo Penal. Este dispositivo legal teve sua redação alterada pela reforma legislativa de 2008, passando a determinar que as próprias partes formulem seus questionamentos diretamente às testemunhas, de modo que o julgador que preside a solenidade passaria a ter o papel de vedar a indução a respostas e dirimir eventuais dúvidas remanescentes. Evidentemente, a imposição desta forma para a realização do ato visa a aproximar o processo penal brasileiro de um sistema mais acusatório, ao colocar o juiz em uma posição complementar, e não protagonista¹⁵⁴.

Não é de todo incomum a ausência do Ministério Público quando da audiência de instrução, de modo que o juiz substitui o representante do *parquet*, tomando para si a responsabilidade de formular as perguntas às testemunhas, até mesmo em virtude da celeridade processual. Nada obstante este protagonismo absoluto esvaziar por completo o sentido de uma aproximação de um sistema acusatório intentada pela reforma processual de 2008, o Superior Tribunal de Justiça foi firme ao rotular o descumprimento do art. 212 do CPP como uma nulidade relativa¹⁵⁵, que, inclusive, está sujeita à preclusão, caso não haja impugnação em tempo oportuno¹⁵⁶.

É curioso, no ponto, que o afastamento do chamado sistema presidencialista de inquirição tem íntima relação com o art. 400 do Código de Processo Penal, que determina uma ordem a ser seguida na oitiva das testemunhas, sendo ouvidas primeiro as arroladas pela acusação e, só então, as arroladas pela defesa, com a instrução processual culminando, ao final, com o interrogatório do réu. A única ressalva legal é a juntada posterior de depoimento tomado

¹⁵³ EBERHARDT, *op. cit.*, p. 78.

¹⁵⁴ LOPES JR., *op. cit.*, p. 459.

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 394.346/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Autoridade coatora: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Luiz Henrique Inocencio Batista. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 23/08/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86666898&num_registro=201700722738&data=20180829&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 nov. 2018.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 885.644/RS**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Claudomiro Soares Ribeiro. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 02/06/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61690919&num_registro=201600920778&data=20160614&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 10 nov. 2018.

por meio de carta precatória. No entanto, a Corte Superior firmou orientação no sentido de que é possível a inversão da ordem da oitiva das testemunhas, para fins de viabilizar a realização da solenidade¹⁵⁷, com vistas à celeridade processual.

Mais uma vez, nesse caso, parece ser inviável a efetiva prova do prejuízo suportado pela defesa a partir da inversão da ordem predeterminada pela legislação processual para a oitiva das testemunhas. Em se considerando que a lógica de ter o legislador optado por fazer inquirir primeiro as testemunhas arroladas pela acusação é justamente para permitir que a defesa contradite o teor daqueles depoimentos com os relatos das pessoas por ela trazidas, a formalidade perde o sentido de ser quando descumprida. É impossível saber, previamente, quais serão as informações trazidas por aquele depoente, para justificar o prejuízo em não haver uma oportunidade posterior de trazer uma testemunha que ofereça esclarecimento diverso sobre os fatos.

Por fim, a nulidade gerada pela exibição, quando da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, de documento juntado aos autos menos de três dias úteis antes, a teor do art. 479 do CPP, é relativa, na esteira do que tem sido entendido pelo Superior Tribunal de Justiça, e depende da comprovação de prejuízo efetivo pela parte¹⁵⁸. Nesse sentido, a doutrina percebe a fixação de um prazo mínimo para a apresentação de novas provas antes de expô-las ao Plenário do Júri como uma “garantia revestida de forma”¹⁵⁹, à medida que visa a assegurar um prazo razoável para que ambas as partes tomem ciência do teor do documento que será utilizado para a formação da convicção dos julgadores.

O caso específico da proibição de prova assentada pelo art. 479 do Código de Processo Penal é curioso por aproximar-se muito de uma prova ilícita, enquanto ainda no âmbito da prova ilegítima. Um documento acostado aos autos a menor de três dias da sessão de julgamento configura um elemento probatório ilegítima, porquanto, nada obstante tenha como finalidade última permitir o exercício da plena defesa e do contraditório – direitos fundamentalmente

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n° 461.002/SP**. Impetrante: Daniel Salviato. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Gabriel Silveira Baptista. Relator: Min. Ribeiro Dantas. 23/10/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88919836&num_registro=201801853579&data=20181031&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 10 nov. 2018.

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial n° 744.187/DF**. Agravante: Edson de Almeida Teles do Júnior. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. 03/04/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81472219&num_registro=201501689742&data=20180413&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 09 nov. 2018.

¹⁵⁹ LOPES JR., p. 829/830.

positivados no art. 5º, inc. XXXVIII, alínea ‘a’, e inc. LV, respectivamente –, é regra de cunho processual¹⁶⁰, que estabelece uma forma a ser cumprida pelas partes para que a prova seja revestida de legitimidade e possa, então, ser utilizada para embasar uma decisão judicial.

Mais do que isto, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que o teor do art. 479 do Código de Processo Penal, no sentido de que provas a serem lidas e exibidas perante o Plenário do Júri devem ser juntadas ao menos três dias antes da sessão de julgamento, aplica-se somente a documentos que digam respeito diretamente aos fatos apurados¹⁶¹. Assim sendo, conforme o entendimento da Corte Superior, compete à parte demonstrar que a apresentação daquela prova causou surpresa que obstou o exercício do pleno direito de defesa, por exemplo. Ocorre que o Tribunal do Júri é revestido de uma complexidade própria que dificulta a demonstração do prejuízo nestes casos, tendo em vista que não se pode afirmar que a decisão final dos jurados teria feito uso daquela prova ilegítima, eis que se optou pelo uso do sistema da íntima convicção, que não exige uma decisão fundamentada dos julgadores¹⁶².

Assim, diante destes três exemplos, o que se verifica é a clara tendência da jurisprudência de compreender violações de normas processuais que culminam na produção de provas ilegítimas como atos relativamente nulos, cuja declaração da invalidade – com a determinação da repetição da diligência, ou com a proibição de valorar seus resultados como prova – depende da demonstração efetiva e concreta do prejuízo suportado pela parte. Essa comprovação, no entanto, muitas vezes é de difícil produção, resultando em um sistema que prima pela instrumentalidade das formas e pela celeridade processual, mas parece esquecer que a forma dos atos é garantia que visa a resguardar a eficácia do direito fundamental ao devido processo legal, na forma do art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal.

¹⁶⁰ Querendo, o legislador poderia ter determinado algum outro prazo que julgasse adequado e suficiente, como o fez na redação do art. 466, § 2º, do Código de Processo Civil, ao estabelecer que o perito deve dar ciência às partes dos exames e diligências a serem realizados com uma precedência de ao menos 05 (cinco) dias. Nesse sentido, *in verbis*, “O perito deve assegurar aos assistentes das partes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, com prévia comunicação, comprovada nos autos, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias.”

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.654.684/SP**. Agravante: Fabio de Souza Rodrigues. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nefi Cordeiro. 04/09/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85606607&num_registro=201700346361&data=20180912&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 09 nov. 2018.

¹⁶² Cf. PACELLI, *op. cit.*, p. 719: “E o Tribunal do Júri, no que tem, então, de democrático, tem também, ou melhor, *pode ter também*, de arbitrário. E isso ocorre em razão da inexistência do dever de motivação dos julgados. A resposta à quesitação pelo Conselho não exige qualquer fundamentação acerca da opção, permitindo que o jurado firme seu convencimento segundo lhe pareça comprovada ou revelada (aqui, no sentido metafísico) a verdade. E, convenhamos, esse é realmente um risco de grandes proporções. Preconceitos, ideias preconcebidas e toda sorte de intolerância podem emergir no julgamento em Plenário, tudo a depender da eficiência retórica dos falantes (Ministério Público, assistente de acusação e defesa).”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise sobre as formas de proibição probatória do processo penal brasileiro passa necessariamente por um estudo sobre o próprio papel da prova enquanto instrumento processual de reaproximação de um fato passado que é apurado enquanto crime. Mais do que isto, também é imprescindível conceber o elemento probatório como garantia de fundamentação da decisão judicial, para só então permitir uma adequada compreensão sobre as vedações probatórias em matéria penal que, se violadas, geram a prova ilícita e a prova ilegítima. É somente após esse reconhecimento que se pode auferir as origens de cada espécie de elemento probatório ilegal, seus reflexos para o agente que o obtém e/ou produz e o tratamento processual a ele outorgado.

É evidente que a fundamentação de um *decisum* judicial ocorre com embasamento nas provas que foram obtidas e produzidas durante o curso processual. Só é possível exercer controle posterior da atividade judicial – tanto no aspecto formal, quanto no aspecto material – a partir de uma decisão que explicita seus motivos e seu trajeto de valoração do conjunto probatório. Dentro desse contexto, é imprescindível que a legislação processual penal resguarde a prova, à medida que é inimaginável uma decisão condenatória que, ao cercear a liberdade do indivíduo, vale-se de um elemento probatório que foi carreado aos autos em inobservância dos direitos fundamentais daquele cidadão.

Nessa esteira, o ordenamento jurídico brasileiro conta com duas formas de vedação probatória: a proibição de obtenção de prova – que, descumprida, gera a prova ilícita –; e a proibição de produção de prova – que culmina em uma prova ilegítima, se inobservada. Em uma análise geral, foram identificados três pontos que as distinguem: (a) a natureza da norma violada; (b) o momento do procedimento probatório em que ocorreu a transgressão normativa; e (c) o tratamento outorgado à prova ilegal, no âmbito processual, e ao agente que a obteve/produziu, no âmbito material.

A admissão ao processo de provas obtidas por meios ilícitos é vedada constitucionalmente, sendo estes conceituados, pelo teor do art. 157 do CPP, como aqueles que descumprem normas de caráter constitucional ou legal. O dispositivo legal que rege as provas ilícitas não especifica, todavia, se abrange também as normas de cunho processual, de modo que a legislação brasileira não possui uma distinção muito clara entre prova ilícita e prova ilegítima, parecendo, *prima facie*, tratar ambas da mesma maneira.

Nada obstante, a doutrina distingue as espécies de prova ilegal da seguinte maneira: enquanto a prova ilícita é aquela obtida em violação a uma norma constitucional ou a uma norma de direito material, a prova ilegítima resulta de um procedimento de produção que descumpra formalidades estabelecidas por lei processual. É nesse ponto que a redação do art. 157 do Código de Processo Penal torna-se confusa, por não estabelecer se as normas *legais* ali abrangidas incluem também as regras de caráter exclusivamente processual. Sem embargo, considera-se que não, tendo em vista que a prova ilegítima é fruto de um ato processual nulo, que pode ser repetido. De outra banda, a prova ilícita sempre será ilícita, pois as violações – tais como tortura, violação de domicílio ou interceptação telefônica ilegal – não são circunstanciais, e sempre representarão uma afronta a um direito fundamental do indivíduo.

Nesse sentido, no tocante às provas ilícitas, é de se considerar que nem todo elemento probatório obtido em desrespeito a um preceito constitucional – frequentemente a um direito fundamental – será necessariamente considerado ilícito. Isto porque, segundo entendimento jurisprudencial com o qual se discorda no presente trabalho, as garantias individuais podem ser relativizadas, admitindo uma violação parcial (desde que ainda preservado um mínimo de eficácia), em situações de colisões com outras normas de mesma natureza, como o é o direito à segurança pública, que se ramifica no dever estatal de persecução penal. Assim, faz-se necessária uma ponderação de interesses, analisando a situação caso-a-caso, para determinar a licitude daquele elemento probatório.

Por óbvio, se uma prova foi reconhecida como ilícita, então todas as dela derivadas também o serão. Trata-se, nesse contexto, da teoria *the fruits of the poisonous tree*, surgida no direito estadunidense, que determina o desentranhamento de quaisquer elementos probatórios encontrados fortuitamente quando da obtenção de uma prova ilícita. Exemplificando, é o caso da testemunha ouvida em juízo, cujo nome surgiu no curso de uma interceptação telefônica realizada em inobservância às determinações da Lei nº 9.296/96. A prova testemunhal deverá ser reconhecida como ilícita por derivação, eis que não teria sido encontrada senão por força de outra prova ilícita. O direito brasileiro, contudo, assim como o norteamericano, reconhece a possibilidade de utilização de uma prova derivada quando esta possa ser encontrada por meios independentes em relação ao ilícito, ou se a descoberta era inevitável.

Assim, verifica-se que o que está em jogo, quando se fala de prova ilícita, é o resguardo direto dos direitos fundamentais do acusado. Ainda que se possa considerar que a ilegitimidade da prova, por outro lado, também represente uma proteção à garantia ao devido processo legal,

as normas violadas que resultam em um elemento probatório ilegítimo são consideradas pela doutrina como tendo cunho exclusivamente processual – isto é, estabelecidas pelo legislador por interesses processuais. São formalidades procedimentais para a produção de determinada prova.

É assim que se conclui, então, pelo segundo ponto que distingue as formas de prova ilegal: enquanto a violação que resulta em uma prova ilícita ocorre externamente ao processo, quando de sua obtenção, uma prova só se tornará ilegítima quando produzida já no âmbito processual. Tratam-se, pois, de momentos distintos do procedimento probatório – daí o porquê de não poder se falar, a rigor, da inadmissibilidade de uma prova ilegítima, eis que o juízo de admissão de um elemento probatório é fase anterior à sua produção. Assim, se produzida erroneamente, em violação a normas processuais, a prova não poderá ser valorada quando da decisão judicial sobre o mérito da causa, mas não precisará necessariamente ser desentranhada, até mesmo em virtude do entendimento jurisprudencial sobre o regime de nulidades processuais.

É assim que se alcança o último ponto de distinção entre a prova ilícita e a prova ilegítima, ou seja, suas consequências. Veja-se que a maioria dos direitos fundamentais, quando descumprido, caracterizam uma conduta criminosa: por exemplo, os crimes de tortura e violação de domicílio. O agente que produz uma prova ilícita em inobservância a estes preceitos estará sujeito a ser punido penalmente por aquele fato. Noutra giro, quem produz uma prova ilícita terá como consequência – se muito – a proibição de valoração daquele elemento probatório ilegal. São decorrências internas ao próprio processo.

Portanto, verifica-se que o processo penal brasileiro, ainda que a pequenos passos, adota elementos dos sistemas de proibição probatória estadunidense (prova ilícita) e alemão (prova ilegítima), embora não possua uma aproximação mais detalhada com nenhum dos dois. Trata-se de um ordenamento jurídico que não possui um sistema sólido de proibições probatórias, cabendo ao julgador, muitas vezes, determinar que aquele elemento probatório está em acordo com as normas gerais de proteção probatória. Assim, inegavelmente é um campo do direito processual penal que necessita ser objeto de maiores estudos para assegurar a melhor forma de proteção do cerne de todas as decisões judiciais: a prova.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy, 2001.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal para Concursos Públicos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

AVOLIO, Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal, v. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 560.223/SP**. Agravante: Mundie & Advogados. Agravado: Marcelo José Dinamarco. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 12/04/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622351>>. Acesso em 16 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 195.028/PR**. Agravante: Wolney da Silva Paula. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. 09/10/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88417484&num_registro=201201315559&data=20181031&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 744.187/DF**. Agravante: Edson de Almeida Teles do Júnior. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. 03/04/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81472219&num_registro=201501689742&data=20180413&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 09 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 885.644/RS**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Claudomiro Soares Ribeiro. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 02/06/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61690919&num_registro=201600920778&data=20160614&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 10 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.556.961/RS**. Agravante: Rudinei Cesar da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Jorge Mussi. 04/02/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=56059166&num_registro=201502256835&data=20160222&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 09 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.654.684/SP**. Agravante: Fabio de Souza Rodrigues. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nefi Cordeiro. 04/09/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?comonente=ATC&sequencial=85606607&num_registro=201700346361&data=20180912&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 09 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial nº 1.692.392/PA**. Agravante: A. de S. M. Agravado: Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Min. Felix Fischer. 03/04/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81704554&num_registro=201702164470&data=20180406&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* nº 153747/RJ**. Agravante: Frederico Lemos Sampaio Vianna. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 24/08/2018. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748152241>>. Acesso em 08 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas corpus* nº 394.346/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Autoridade coatora: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Luiz Henrique Inocencio Batista. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 23/08/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86666898&num_registro=201700722738&data=20180829&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 10 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas corpus* nº 461.002/SP**. Impetrante: Daniel Salviato. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Gabriel Silveira Baptista. Relator: Min. Ribeiro Dantas. 23/10/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88919836&num_registro=201801853579&data=20181031&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 10 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 603.616/RO**. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05/11/2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>. Acesso em 16 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 69.177/MA**. Recorrente: W.B.M. Recorrido: Ministério Público Federal. Brasília, 21/08/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85970294&num_registro=201600774167&data=20180829&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 17 out. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar. F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANTÓN, Fernando Diaz. **La motivación de la sentencia penal y otros estudios**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial**. 7ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal. Tomo II**. Tradução de Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALATESTA, Nicola Flamarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal. Volume II**. Campinas: Millennium Editora, 2009.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal**: estudo sobre a valoração das provas penais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Anotada. Tomo I**. 2ª ed. Coimbra, 2010.

MORALES, Rodrigo Antonio Rivera. **La prueba**: Un analisis racional y práctico. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070>. Acesso em 31 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Provas no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____; NETO, Jayme Weingartner. **Constituição e Direito Penal: temas atuais e polêmicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado. Volume I.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal:** Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Tradução de Luís Greco, Alaor Leite e Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018.