

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

RAFAEL SANTOS SOARES

**AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E SEU JUÍZO DE
INADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.**

Belo Horizonte

2022

RAFAEL SANTOS SOARES

**AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E SEU JUÍZO DE
INADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto.

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CER-6/3167.

S676p Soares, Rafael Santos

As provas obtidas por meios ilícitos e seu juízo de inadmissibilidade no processo penal brasileiro [manuscrito] / Rafael Santos Soares.-- 2022.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito

1. Processo penal - Brasil - Teses. 2. Prova criminal - Brasil - Teses. 3. Processo decisório - Teses. 4. Ilegalidade. 5. Heurística - Teses. I. Pinto, Felipe Martins. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343.1(81)



ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO RAFAEL SANTOS SOARES

Realizou-se, no dia 22 de agosto de 2022, às 08:00 horas, Online, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa da tese intitulada *AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E SEU JUÍZO DE INADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO*, apresentada por RAFAEL SANTOS SOARES, número de registro 2018653410, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Felipe Martins Pinto - Orientador (UFMG), Prof(a) Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (UFMG), Prof(a). Daniela de Freitas Marques (UFMG), Prof(a). Antônio de Padova Marchi Júnior (UNIBH), Prof(a). Flávio da Silva Andrade (UFMG).

A Comissão considerou a tese:

Aprovada, tendo obtido a nota 100.

Reprovada

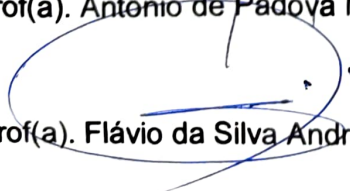
Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.
Belo Horizonte, 22 de agosto de 2022.

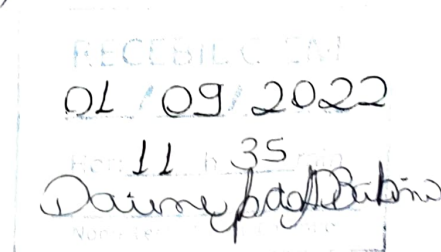

Prof(a). Felipe Martins Pinto (Doutor) nota 100.


Prof(a). Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (Doutor) nota 100 (com)


Prof(a). Daniela de Freitas Marques (Doutora) nota 100.


Prof(a). Antônio de Padova Marchi Júnior (Doutor) nota 100.


Prof(a). Flávio da Silva Andrade (Doutor) nota 100 (com)



AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Ivone e Arnaldo (em memória), meus guardiães, primeiros e maiores incentivadores.

À minha esposa Érika pela confiança e dádiva dos frutos de nosso amor, Isabela.

Ao meu irmão Matheus, melhor companheiro, e aos meus familiares e amigos, por estarem sempre comigo e me compreenderem.

Ao meu orientador Professor Felipe Martins Pinto, pela amizade e ensinamentos de uma década, que hoje compõem parte do que sei e tentarei ensinar, e que guardarei como as melhores lembranças do legado que levarei por toda a vida. Aos Professores Gláucio Ferreira Maciel, Fernando Gonzaga Jayme e Daniela de Freitas Marques, por todas as sugestões que engrandeceram o processo de pesquisa, nas bancas de qualificação. Ao Professor Antônio de Padova Marchi Júnior que gentilmente aceitou compor a banca examinadora deste trabalho e ao caro amigo e Professor Flávio da Silva Andrade, pela troca de ideias e companheirismo que, ao lado do Carlos Henrique, tornaram toda essa caminhada leve e prazerosa.

Aos diletos parceiros de escritório Arnaldo Campagnani, Paula Brener, Ana Luiza, Gabriella Damasceno e Letícia Junger, pela amizade e solicitude, por todos os momentos felizes, vitórias que conquistamos e dificuldades que superamos.

Aos Professores da Faculdade de Direito da UFMG e aos colegas de docência da pós-graduação da PUC, ESA (OAB-MG) e de graduação das Faculdades Pitágoras e Arnaldo Janssen, bem como aos alunos(as) de todas essas instituições pela confiança, paciência e aprendizado proporcionados.

Ao povo brasileiro, financiador da Universidade Federal de Minas Gerais.

A Deus, por iluminar meu caminho e nele colocar todas essas pessoas.

RESUMO

Esta tese trata do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal brasileiro. O trabalho demonstra como o entendimento equivocado que confere às provas ilícitas o mesmo tratamento da teoria das nulidades processuais atrelou-se à aplicação da teoria da proporcionalidade, vindo a flexibilizar a norma positivada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, comprometendo o devido processo legal e a imparcialidade do juiz natural. Para se chegar ao objetivo proposto, parte-se de uma pesquisa histórica dos fundamentos de existência do princípio, delimitando sua extensão considerando a corrente consagrada no texto constitucional e sua concepção enquanto direito humano. Na sequência, são estudadas as três principais teorias em matéria de admissibilidade das provas ilícitas, apontando suas ideias e promovendo uma análise crítica de seus fundamentos. Apresenta-se, ainda, um estudo jurisprudencial qualitativo acerca da teoria da proporcionalidade, destacando como seu modelo regulatório autoriza, na prática, manipulações interpretativas que relativizam o princípio constitucional. Ainda, são estudados os efeitos cognitivos potencialmente causados no julgador por intermédio do contato com a prova inadmissível, quebrando sua imparcialidade objetiva. Por fim, à luz das conclusões extraídas de experimentos de psicologia cognitiva, são discutidos os mecanismos de desenviesamento como forma de mitigação do fenômeno, seguida da elaboração de uma proposta que visa estabelecer controle mais rigoroso ao ingresso da prova ilícita nos autos do processo, evitando a contaminação do magistrado e aprimorando o funcionamento da Justiça.

Palavras-chave: Processo penal. Prova ilícita. Efeitos cognitivos. Inadmissibilidade.

ABSTRACT

This thesis analyzes the constitutional principle of exclusionary rule of illegally obtained evidence in Brazilian's criminal procedure. It demonstrates how the wrongful opinion that gives the inadmissible evidence the same treatment of procedural nullities' system, was connected to the application of proportionality's doctrine, resulting in mitigation of the constitutional rule (art. 5º, LVI), compromising due process of law and judge's impartiality. In order to achieve the proposed objective, the research starts with a historical investigation of the principle's origins, delimiting its extension considering the theory adopted in the Constitution and its nature as human right. Subsequently, it studies the three main theories regarding the admissibility of illegal evidence, pointing out their ideas and promoting a critical analysis of their foundations. A qualitative jurisprudential overview about the theory of proportionality is also presented, focusing in its regulatory model as a doctrine that relativizes the constitutional rule. It also delimitates the cognitive effects potentially provoked in judge's conviction through the contact with the inadmissible evidence, violating his formal impartiality. Finally, observing the conclusions extracted from cognitive psychology experiments, debiasing mechanisms are discussed as a way of mitigating the phenomenon, followed by the elaboration of a proposal that aims to establish more rigorous control over the insertion of illegal evidence in criminal procedures, avoiding judge's conviction contamination and improving Justice.

Keywords: Criminal procedure. Illegally obtained evidence. Cognitive effects. Inadmissibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	14
2.1 Hipóteses do estudo histórico	15
2.2 As primeiras Constituições e o marco regulatório das provas no processo penal (1824-1937)	16
2.2.1 O Tribunal de Segurança Nacional e a prova ilícita: o caso do “Quitandeiro do Ministro”	24
2.3 A sistemática das provas no Código de Processo Penal de 1941	28
2.4 As Constituições de 1946 e 1967 e a manutenção do tratamento legal da prova ilícita	36
2.4.1 O Código de Processo Penal Militar (1969) e o Código de Processo Civil (1973): vedações probatórias baseadas em critérios valorativos.....	37
2.5 A positivação da garantia fundamental da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988	40
2.5.1 A opção do Poder Constituinte Originário pela corrente da inadmissibilidade geral das provas ilicitamente obtidas.....	45
2.6 O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos como direito humano	48
3 TEORIAS SOBRE A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS	52
3.1 Teoria da admissibilidade geral das provas ilícitas	54
3.2 Teoria da inadmissibilidade geral das provas ilícitas	62
3.3 Teoria da proporcionalidade	73
3.3.1 A flexibilização jurisprudencial do princípio de vedação à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos	86
3.3.2 Conclusões da pesquisa jurisprudencial	118
4 CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS E JURÍDICAS DA INTRODUÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO	120
4.1 Os efeitos cognitivos da prova ilícita e sua relação com os sistemas de pensamento humano: Sistema 1 (rápido) e Sistema 2 (devagar)	124
4.2. A proteção da imparcialidade do juiz como corolário do princípio da inadmissibilidade das provas que violam o ordenamento jurídico	138

4.3 Mitigando os efeitos cognitivos prejudiciais das heurísticas e vieses proporcionados pela introdução da prova ilícita no processo: o desviesamento (<i>debiasing</i>)	146
4.3.1 Métodos de desviesamento criados pela Lei Federal nº 13.964/2019: o instituto do juiz de garantias (art. 3º-C do CPP) e o afastamento do magistrado conhecedor do conteúdo da prova ilícita (art. 157, §5º do CPP)	148
4.4. Análise crítica do art. 157, §5º, do Código de Processo Penal e sua necessária complementação com outros instrumentos de proteção da imparcialidade do julgador	161
5 A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA COMO UMA REGRA QUE OBJETIVA IMPEDIR SUA INTRODUÇÃO NO PROCESSO	167
6 CONCLUSÕES	178
7 REFERÊNCIAS	183

1 INTRODUÇÃO

No livro “Introdução à Teoria dos Sistemas”, o professor Charles West Churchman afirmou que é sempre sábio levantar questionamentos sobre as suposições mais óbvias e simples¹.

Em uma ciência aplicada, como é o caso do direito, o fator humano torna ainda mais complexos os fenômenos sociais, os conflitos e as soluções práticas. Abstratamente considerados, se o problema jurídico pode parecer singelo e sua resposta normativa categórica, quando chega o momento de implementá-la, aplicadores da lei suscitam interpretações divergentes que, por sua vez, originam controvérsias secundárias, para os quais há a necessidade de outras reflexões e intervenções. O que aparentava certeza, subitamente se transforma em um espaço de novas indagações e ponderações.

O que significa dizer que as provas ilícitas são “inadmissíveis no processo”?

Talvez até um iniciante no curso de direito, ou mesmo um leigo, possam responder prontamente à pergunta central que este trabalho acadêmico procura investigar. Afinal, tomada em sentido literal, inadmissível é a qualidade daquilo que não pode ser utilizado, que não serve para nada. Logo, significaria afirmar que as prova ilícitas não possuem nenhum valor, são imprestáveis para quaisquer efeitos.

No entanto, talvez o inexperiente ou o graduando não consigam compreender a natureza e tampouco apontar com exatidão a correta extensão desse direito fundamental, estatuído no art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República. Talvez concordem, a título de exemplo, com a utilização da prova ilícita em situações específicas, encontrando na teoria da proporcionalidade um arrimo para seu pensamento. Com efeito, não só o senso comum o faz. Sob os mais diversos pretextos (gravidade do crime, busca da verdade, livre convencimento motivado, ausência de prejuízo, dentre outros), Tribunais compostos por juristas experientes flexibilizam a norma jurídica que proíbe a utilização de provas ilícitas nos processos criminais.

¹ CHURCHMAN, Charles West. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

Outra dificuldade que naturalmente exsurge, ainda que adotada a corrente de inadmissibilidade das provas ilícitas que expressa entendimento compatível com o modelo constitucional de processo penal, diz respeito à forma de operacionalizar a aplicação desta regra.

No sistema de regulação da inadmissibilidade probatória vigente, a impugnação da prova ilícita e sua declaração de invalidade ocorrem, ordinariamente, após sua obtenção e introdução nos autos do processo.

A confissão obtida em afronta aos direitos constitucionais do investigado, as mensagens e os diálogos oriundos de interceptações telemáticas ou telefônicas clandestinas, os documentos e objetos apreendidos em diligência de busca sem autorização judicial, os vestígios coletados e examinados com violação à cadeia de custódia, o reconhecimento do suspeito conduzido em desobediência às formalidades legais, enfim, os meios de prova ilegalmente obtidos são, de um modo geral, primeiro inseridos nos autos para, só então, poderem ser examinados, questionados e, eventualmente, retirados do processo.

Neste arquétipo falível de regência de inadmissão das provas ilícitas, o desentranhamento é medida paliativa, não preventiva. O juiz tem contato com a prova proibida e, após tomar ciência e conhecer do seu conteúdo, determina sua retirada dos autos. Pode acontecer, também, da ilicitude probatória ser reconhecida somente em um tribunal superior, o qual, após determinar seu desentranhamento, devolve o caso para apreciação da instância inferior.

Estudos de psicologia comportamental comprovam os efeitos cognitivos potencialmente deletérios para a imparcialidade do magistrado, decorrente da consagração do atual juízo de inadmissibilidade das provas ilícitas no direito processual penal brasileiro.

A Lei Federal nº 13.964/2019 tentou mitigar o problema ao criar o instituto do juiz de garantias para exercer o controle de legalidade dos elementos probatórios colhidos na investigação. Ainda, inseriu no Código de Processo Penal o §5º do art. 157, prescrevendo que o juiz que conhecesse da prova ilícita não poderia sentenciar o caso, dispositivo cuja redação suscita inúmeras controvérsias. Não bastassem as dúvidas

inerentes às inovações legislativas, ambas as medidas foram, em 22/01/2020, suspensas por tempo indeterminado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, por ocasião do julgamento de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 6.299-DF².

A ideia de afastar do processo decisório o magistrado “contaminado” pelo conhecimento da ilicitude do elemento probatório, embora possa ser aceita como medida jurídica importante para preservação da imparcialidade do julgador, representa uma alternativa corretiva e não impeditiva do fenômeno que se quer combater.

Antes de trocar o magistrado é necessário construir mecanismos de preservação de sua imparcialidade, impedindo, na origem, seu contato com a prova ilícita.

A proposta de tese, portanto, insere-se nessa lacuna e apresenta-se como sugestão para a construção de mecanismos que impliquem em autênticos obstáculos ao ingresso da prova obtida ilicitamente nos autos, evitando, assim, a própria contaminação do juiz natural do processo. Melhor que “desentranhar o juiz” (o que até pode vir a se tornar necessário) é nem mesmo “entranhar” a prova ilícita, edificando uma barreira à sua introdução no processo e prevenindo-se, dessa forma, prejuízos à atuação das partes e ao funcionamento da Justiça.

A tese compreende um raciocínio analítico calcado, em síntese, em quatro etapas, cada qual construída em uma seção do trabalho. As estratégias metodológicas foram adequadas para atender à natureza e ao propósito de cada fase da pesquisa. A metodologia foi discriminada no início de cada um dos capítulos que compõem este relatório.

Preliminarmente, foram resgatadas as origens históricas da garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, bem como perscrutado o processo legislativo que resultou na positivação da norma insculpida no art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República de 1988. Identificou-se, pela interpretação histórica e doutrinária, qual foi a corrente adotada pelo Poder Constituinte Originário do Brasil no tratamento da matéria. Ainda, buscou-se delimitar a natureza jurídica do princípio enquanto direito humano implícito nas Convenções e normas de direito internacional. Na

² O relator Min. Luiz Fux atribuiu efeito extensivo da medida para alcançar as ADIs nº 6.298, 6.300 e 6.305-DF que tratam da mesma matéria.

execução desta etapa, o método eleito consistiu na verificação de fontes jurídicas primárias, consistentes na exploração do texto das Constituições brasileiras e legislações infraconstitucionais pretéritas, até a incorporação da garantia fundamental na Constituição vigente, além das regras de direito internacional instituídas em tratados e convenções que tivessem relação com a temática. A incursão histórica foi complementada com recurso a fontes formais mediatas dos períodos revisitados, eminentemente doutrinárias. Foi apresentado estudo de caso ilustrativo do problema.

Na segunda parte, a investigação voltou-se para as diversas teorias que tratam da (in)admissibilidade das provas ilícitas, destacando suas ideias principais e argumentos contrários à sua adoção. A teoria da proporcionalidade foi explicitada e sua desconformidade explorada a partir de julgados exemplificativos que incorporam pretextos jurídicos para se legitimar a serventia processual das provas ilícitas, concluindo-se com a apresentação de suas falhas epistemológicas e descabimento na ordem jurídica constitucional. O método escolhido nesse segundo trecho foi o de coletar excertos de decisões judiciais que formassem uma amostra não aleatória, representativa de cada uma das teorias abordadas. Especificamente ao tratar da teoria da proporcionalidade, a pesquisa dedicou tópico exclusivo à apresentação de julgados que expressassem diferentes motivações para sua aplicação. Igualmente, houve suporte bibliográfico da doutrina nacional e estrangeira na exposição das teorias e suas respectivas análises críticas.

A terceira etapa consistiu na investigação das consequências psicológicas e jurídicas potencialmente desencadeadas pela sistemática vigente de controle das provas ilícitas no processo. No modelo atual, em que a juntada da prova aos autos corriqueiramente ocorre antes da verificação dos parâmetros de validade de sua concreta obtenção, eventual declaração de ilicitude superveniente não ilide o fato de que o magistrado terá conhecido o conteúdo da prova, tornando-o suscetível a processos mentais heurísticos e vieses nocivos à cognição judicial imparcial. Destarte, da contaminação do julgador pelo contato com provas ilícitas decorre a possibilidade de ocorrência das heurísticas da perseverança da crença, disponibilidade e da ancoragem, bem como dos vieses da confirmação e primazia. Por consequência, justifica-se a proposta de se pensar em alternativas ou mecanismos de mitigação das heurísticas e vieses, procedimento conhecido como desviesamento ou *debiasing* que contempla,

entre outros, a criação do instituto do juiz de garantias e, sobretudo, a norma do §5º, do art. 157 do Código de Processo Penal, que retira o poder decisório do julgador que teve acesso às provas ilícitas. Ao final do capítulo, foram arguidas dúvidas no tocante à redação do dispositivo legal. Na construção dessa seção, a metodologia envolveu a consulta a livros especializados, artigos científicos e relatos de pesquisa experimental da área da psicologia comportamental cognitiva e do próprio direito.

Por último, foi proposta a ideia de criação de novos instrumentos de desviasamento, em complementação aos já existentes, como forma de impedir o próprio contato do julgador com a prova ilícita, preservando sua imparcialidade. A justificativa para tanto reside no fato de que o juízo de inadmissibilidade das provas ilícitas não pode ter a mesma regulação da sistemática das nulidades processuais. Nesse sentido, ao prescrever serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, contempla um imperativo que não se satisfaz com a atual disciplina da matéria. O controle de admissibilidade probatória no processo penal deve ir além da mera expulsão ou declaração de ineficácia da prova irregular: exige o estabelecimento de um rigoroso juízo de admissibilidade após sua obtenção, mas antes de sua incorporação aos autos do processo. Novamente aqui, o método empregado foi o bibliográfico-doutrinário.

Os marcos teóricos que norteiam a obra são os seguintes: (I) a afirmação de Julio Maier segundo a qual no direito processual “a inadmissibilidade tenta evitar o ingresso (jurídico) no processo do ato processual irregular, enquanto a nulidade visa expulsar o ato irregular já incorporado ao procedimento”³ e; (II) a constatação de Luiz Flávio Gomes, para quem “o escopo maior (e mais enfático) da regra da inadmissibilidade da prova ilícita consiste, como se vê, em impedir não só o ingresso jurídico da prova no processo, senão sobretudo sua própria introdução material ou física nos autos”⁴.

A necessidade de compreender a dimensão jurídica do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos resultou na tese aqui sugerida: o aprimoramento dos instrumentos de controle da introdução dos elementos probatórios no processo, como método de preservação da imparcialidade do julgador e melhor

³ MAIER, Julio B. J. *Función normativa de la nulidade*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, p. 141.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 809, Março de 2003, p. 477.

funcionamento da Justiça criminal. Trata-se de uma proposta científica assumidamente inacabada.

Espera-se, com esta tese, lançar as bases para que os próximos pesquisadores, assumindo-a com ponto de partida, possam refletir sobre quais seriam esses mecanismos jurídicos e como operacionalizá-los, erigindo o necessário filtro processual à incorporação de provas ilícitas e, com isso, atribuindo máxima efetividade ao direito humano constitucionalmente assegurado de proibição de sua admissão no processo, conforme prescreve a Constituição da República de 1988.

2 HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

Entre os doutrinadores do Direito transparece uma preocupação natural em traçar um esboço histórico dos temas abordados em seus estudos. Para além de um retrato da evolução legislativa em um intervalo de tempo, o método histórico deve servir à compreensão do contexto do surgimento de um determinado instituto, o propósito de sua criação à época, os problemas ou lacunas que buscava suprir e, principalmente, à análise comparativa de sua aplicação, averiguando sua interpretação adequada e necessidade de sua manutenção ou alteração para conformação ao ordenamento jurídico vigente.

Não se desconhece que o método histórico aplicado em sua integralidade exige uma abordagem transdisciplinar do problema que ultrapassa as limitações desta pesquisa, motivo pelo qual é correto afirmar que há um evidente recorte jurídico nas fontes consultadas, abstraindo-se da análise de questões sociais, políticas, econômicas e culturais subjacentes a cada contexto. Por isso, a pesquisa assume seu caráter eminentemente descritivo da evolução legislativa até a positivação da garantia constitucional de proibição geral da admissão das provas ilícitas, em 1988.

Com o objetivo de demonstrar de que forma o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos surgiu na legislação brasileira, este capítulo recorrerá a fontes primárias e secundárias.

As fontes primárias consultadas envolveram o estudo da legislação sob uma perspectiva constitucional e internacional. Para tanto, elegeu-se como ponto de partida os diversos textos constitucionais como parâmetro de análise das normas infraconstitucionais vigentes em cada período observado. Deste modo, foram exploradas as Constituições brasileiras desde a primeira, em 1824, até 1988, ano da última promulgada no país. No plano infraconstitucional, os códigos de processo penal editados pela União, com suas respectivas alterações e, ainda, promulgados por alguns dos Estados membros da Federação (no período em que podiam legislar sobre matéria processual) foram examinados. Ao final, promoveu-se uma breve abordagem da temática no plano da legislação do direito internacional público (tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário).

As fontes secundárias investigadas consistiram em obras de autores pertencentes a cada período histórico pesquisado, com o escopo de auxiliar na hermenêutica legislativa, buscando encampar o entendimento do cenário jurídico pela doutrina, além de autorizar a testagem das hipóteses formuladas. Com exclusivo propósito ilustrativo, algumas decisões judiciais foram inseridas nesse estudo, sem a preocupação de extrair conclusões assertivas ou generalizantes acerca do entendimento jurisprudencial dominante em cada espaço temporal, o que demandaria uma pesquisa transversal quase inexequível, devido ao intervalo de cerca de duzentos anos desde o seu marco inicial.

2.1 Hipóteses do estudo histórico.

O estudo da história é indispensável, como dito, pois permite conhecer as circunstâncias e as justificativas que motivaram a consagração desse princípio no sistema jurídico, bem como averiguar o tratamento destinado às provas ilícitas ao longo dos séculos, identificando eventuais anacronismos interpretativos e a necessidade de reformulação dos contornos jurídicos de sua aplicação hodiernamente. Outrossim, serve à reflexão de como o instituto era trabalhado em outros contextos, permitindo a comparação com os tempos atuais, aferindo sua conformidade e adequação à Constituição e às leis vigentes.

A premissa que norteia a investigação é de que antes da expressa proibição da utilização de provas ilícitas nos processos criminais, que somente ocorreu na Constituição Federal de 1988, as antigas Constituições brasileiras prescreviam apenas normas assecuratórias de outros direitos fundamentais, dos quais se poderia extrair, *a contrario sensu*, a proibição de sua violação. Essa constatação é relevante por conduzir ao levantamento de duas hipóteses:

- a) As vedações em matéria probatória, antes do advento da cláusula geral de proibição das provas ilicitamente obtidas na Constituição de 1988, erigiam-se circunstancialmente na aplicação do direito a casos concretos, a partir da interpretação das normas prescritivas dos direitos fundamentais e das restrições casuísticas da lei infraconstitucional à utilização de determinados meios de prova. Destarte, as respectivas situações potencialmente violadoras de tais prescrições representavam os meios de prova ilícitos.

b) Mesmo sem a cominação expressa da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas, supõe-se que, historicamente, o tratamento do ato processual probatório esteve intimamente vinculado à epistemologia dos atos processuais comuns, o que levou à construção de uma teoria da prova ilícita condicionada pelos mesmos princípios e características da sistemática das nulidades processuais. Assim, forjou-se a ideia segundo a qual as consequências do descumprimento das formalidades na obtenção da prova seriam idênticas àquelas aplicadas à desobediência na execução de outros atos processuais em geral, qual seja, a nulidade. Deste modo, a decretação da nulidade da prova sujeitar-se-ia aos mesmos cânones, princípios e requisitos da teoria das invalidades dos demais atos do processo.

2.2 As primeiras Constituições e o marco regulatório das provas no processo penal (1824-1937).

Iniciando a incursão histórica pela Constituição de 1824, a primeira do Brasil, constata-se que inexistia cláusula proibitiva à utilização de provas ilícitas, embora houvesse, no Título 8º, art. 179, a previsão de um rol de direitos e garantias individuais fundamentais, contemplando, dentre outras, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das correspondências e a proibição da tortura⁵.

Menos de uma década depois, em 1832, o país conquistou sua independência legislativa em matéria de processo penal, com o intitulado “Código de Processo Criminal de Primeira Instância”. O instituto probatório era regulado de forma esparsa e casuística de acordo com o meio de prova, não havendo disposições gerais e tampouco qualquer norma dedicada às provas ilícitas.

⁵ Constituição do Império de 1824. Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.[...]

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis. [...]

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracçãõ deste Artigo.

Assim, na Parte Segunda, Título II do Código, ao tratar da “forma do processo”, o Capítulo VI era intitulado “Das Provas” (art. 84 a 95) e sua disciplina concernia especialmente ao método de produção da prova testemunhal (a despeito de conter um dispositivo relativo aos documentos e “cartas particulares” e outro pertinente à confissão do réu). No Capítulo VII, art. 96 a 99, tinha-se o regramento da acareação, confrontação e interrogatório, também sem qualquer disposição sobre ilicitude probatória.

Chama a atenção, todavia, o disposto nos art. 189 a 202, particularmente o art. 193 do Código que, ao tratar da busca e apreensão, estabelecia ser “não exequível”, o mandado que não preenchesse os requisitos legais, sendo punível o oficial de justiça que com ele procedesse⁶. Analisando o conteúdo do referido dispositivo legal, percebe-se que a ilicitude do mandado de busca e apreensão implicava em sua ineficácia, a exemplo do que ocorria com os atos nulos. As reformas posteriores de 1841 (Lei nº 261) e 1871 (Lei nº 2033) nada trataram a respeito das provas ilícitas.

Tal percepção é interessante porque revela o primeiro indício de que o tratamento legal da prova ilícita no Brasil edificou-se amalgamado à sistemática das nulidades, o que culminou, posteriormente, na inapropriada construção teórica da ilicitude probatória calcada nos princípios reitores da teoria das invalidades dos atos processuais em geral.

Com o objetivo de testar esta segunda hipótese suscitada no início do capítulo, buscou-se averiguar a doutrina contemporânea às legislações do Império. Nesse sentido, tratando sobre o processo penal e as nulidades à época da Constituição de 1824 e o Código de Processo Penal de 1832, a obra de José Antonio Pimenta Bueno, datada de 1857, assim destacava:

Em geral tudo que fôr illegitimidade das partes, ou sua incapacidade, falta de notificações legais, inobservancia da ordem legítima do juízo criminal, ou procedimento tumultuario, **mutilação ou inversão dos actos do processo**, e sobre tudo denegação das dilações devidas ou dos meios de defesa, **de provas** ou de acusação; **qualquer d’essas violações da lei, dizemos, é sem dúvida uma nulidade palpável**⁷.

[...]

⁶ Código de Processo Criminal de 1832. Art. 193. O mandado de busca, que não tiver os requisitos acima, não é exequível, e será punido o Official, que com elle proceder.

⁷ BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional do Diario, 1857, p. 70.

O instrumento ou documento particular é sujeito a muitas falsificações, e por isso mesmo não faz prova sinão quando reconhecido como verdadeiro: cod. art. 92. O simples reconhecimento só pela comparação da letra é muito fraco: Per. e Sz. § 174, e not. 334. Quando algum instrumento ou documento refere-se a outro, nada prova sem que o referido seja produzido e examinado, ou que as partes concordem no que elle estabelece: Per. e Sz, § 179. **As cartas particulares não devem ser apresentadas em juizo sinão nos termos do art. 93 do cod. Emquanto estão confiadas á fé publica, ao correio, não devem de forma alguma ser violentadas para servir de prova, e menos admittidas quando roubadas d'elle, ou de qualquer portador.** Depois que chegão ao poder d'aquelle a quem são dirigidas, este pode sem duvida servir-se d'ellas para provar seu direito, quando denegado, nunca porém para revelar puras confidencias de amizade; seria um modo deshonoroso de violar o segredo e a confiança. Si são apresentadas por um terceiro, succede de duas uma, ou são com o consentimento do escriptor ou pessoa a quem fôrão dirigidas ou não: no primeiro caso dá-se o mesmo factio já indicado, isto é, dá-se apresentação igual a que fôsse feita por essa mesma pessoa, e deve reger-se similhantemente: **no segundo seria um furto, um crime digno de punição, e nunca uma prova admissível.** Todavia, quando achadas no poder d'aquelle que as recebeu, ou a quem elle confiou por occasião de busca ou diligencia da justiça, então é um papel como outro qualquer, como a escripturação do indiciado, que pode ministrar prova, pois que foi obtido por meio legal e não reprovado: Helie vol. 5.º p. 631⁸.

O trecho supracitado, em sua parte final, também corrobora a primeira hipótese, pela qual os parâmetros de aferição da ilicitude probatória estavam vinculados ao regramento infraconstitucional de cada meio de prova, sem que houvesse cláusulas gerais de proibição ou inadmissibilidade, fruto de uma construção casuística.

Ainda no Código de Processo Criminal de 1832, os artigos 134 a 149 disciplinavam a fase chamada de “formação da culpa”, que permitia ao magistrado reunir elementos para submeter o réu a julgamento.

Nesse expediente, havia a determinação de adoção dos meios de provas mais comuns à época: interrogatório, inquirição de testemunhas, cartas e documentos, além do tradicional exame de corpo de delicto⁹. Daí surge a primeira indagação: qual era a

⁸ _____, *Obra citada*, p. 151.

⁹ Código de Processo Criminal de 1832. Art. 134. Formar-se-ha auto de corpo de delicto, quando este deixa vestigios que podem ser ocularmente examinados; não existindo porém vestigios, formar-se-ha o dito auto por duas testemunhas, que deponham da existencia do factio, e suas circumstancias.

Art. 135. Este exame será feito por peritos, que tenham conhecimento do objecto, e na sua falta por pessoas de bom senso, nomeadas pelo Juiz de Paz, e por elle juramentadas, para examinarem e descreverem com verdade quanto observarem; e avaliarem o damno resultante do delicto; salvo qualquer juizo definitivo a este respeito.

Art. 136. O Juiz mandará colligir tudo, quanto encontrar no lugar do delicto, e sua vizinhança, que possa servir de prova.

consequência de eventual descumprimento das formalidades procedimentais relativas ao modo de obtenção das provas? Implicaria, pois, na nulidade do elemento de convicção e, eventualmente, do processo criminal?

Para responder a esta pergunta, adicionalmente à legislação e à doutrina da época, foram pesquisados dezenas de julgados do Supremo Tribunal de Justiça (pretérita denominação do Supremo Tribunal Federal), catalogados em obra rara que compila arestos do período de 1829 a 1884. Neles, encontrou-se decisões diversas reconhecendo a nulidade de processos criminais por falta ou deficiência no exame de corpo de delito, ausência de acareação, confissão obtida de forma irregular, quebra de formalidades na inquirição de testemunhas e violações de correspondência, dentre outros métodos ilegais. Todavia, descabe colacionar o vasto acervo jurisprudencial examinado. Apenas a título ilustrativo, veja-se trecho de sentença proferida pelo Supremo Tribunal em caso no qual o réu, escravo, havia sido condenado à pena de morte:

A falta e defeitos do corpo de delicto invalidão o acto. A simples confissão do réo, extrajudicialmente, e prova defeituosa não habilitão para a condemnação, maxime em caso de morte [...]. Sentença de revista crime entre partes, recorrente Raymundo, crioulo, escravo, e recorrida a Justiça [...]. Rio de Janeiro, 11 de Junho de 1833, Presidente Machado de Miranda¹⁰.

Reforçando a hipótese anteriormente levantada, Vicente Alves de Paula Pessoa, comentando o Código de Processo Criminal vigente, aduzia que a inexistência e o descumprimento das formalidades legais atinentes ao exame de corpo de delito era causa de nulidade do processo: “corpo de delicto é a investigação da existencia de um crime e de todas as suas circunstancias, sendo a base essencial de todo o procedimento criminal. O processo sem ele é nullo, e não pode suprir-se pela confissão da parte”¹¹. Nesse sentido, veja-se outro acórdão do Supremo Tribunal Federal, agora datado do final do século XIX:

É concedida a ordem de *habeas corpus* preventivo do constrangimento ilegal de que estão ameaçados os pacientes, por quanto, embora pronunciados como indiciados em crime de incendio, mostra-se que pela lei estadual da Bahia, que alterou a disposição do art. 18, §2º, da lei geral n. 2033, de 1871, é permittida a concessão de *habeas corpus* a réos pronunciados, sempre que haja evidente nullidade do processo,

¹⁰ ALMEIDA, Candido Mendes de; ALMEIDA, Fernando Mendes de. *Arestos do Supremo Tribunal de Justiça*: colligidos em ordem chronologica até hoje. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1885, p. 119.

¹¹ PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Codigo do Processo Criminal de Primeira Instancia do Brazil*: com a Lei de 3 de Dezembro de 1841, nº 261 e Regulamento nº 120 de 31 de Janeiro de 1842. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1899, p. 33.

hypothese que ora se verifica, devendo-se, no desacordo das duas leis, aplicar a lei estadual, por ser de direito processual o ponto de que se trata.

[...]

Que a nullidade evidente, na espécie dos autos, consiste:

a), na imprestabilidade do auto de corpo de delicto (fls. 25 e 26), cuja insuficiência é reconhecida pelo próprio juiz da pronuncia, que, com infeliz originalidade, a tenta suprir pela sua asseveração pessoal (informações a fls. 14 v.), sendo certo que o auto de corpo de delicto é fundamental em delictos de natureza do de que se trata, é indispensável para base do processo e aplicação da multa *ad valorem* do damno causado (art. 136 do Código Penal);¹²

Com a Constituição republicana de 1891, alguns progressos em matéria de direitos fundamentais foram observados, ainda que formalmente, como a previsão expressa do *habeas corpus* e da ampla defesa (art. 72, §16 e §22), a abolição formal da pena de morte e de galés (art. 72, § 20, 21), conquanto não fizesse qualquer referência à ilicitude probatória em termos gerais¹³.

A Constituição de 1891 era inspirada no sistema federativo norte-americano e marcou o início de um novo modelo legislativo em matéria processual, ao prescrever, no seu art. 34, §23º, a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre o processo nas infrações penais sujeitas à Justiça Federal. Com isso, abriu-se caminho para que os Estados da Federação adotassem seus próprios Códigos processuais, nos limites da competência de seus respectivos territórios e conforme sua organização judiciária. Esse fenômeno ficou conhecido como quebra da unidade processual.

Ao longo das décadas seguintes foi possível observar a edição de dezenas de códigos estaduais distintos, alguns deles tratando conjuntamente de processo civil e criminal, como ocorreu em Mato Grosso (Lei nº 75/1894), Rio de Janeiro (Lei nº

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudencia*: accordãos anexos ao relatório apresentado pelo Presidente do Tribunal e proferidos em 1898. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1899, p. 34. Disponível no acervo de obras raras do STF: <http://sistemas.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/419>. Acesso em: 18/06/2019.

¹³ Apesar da consagração formal de direitos fundamentais, o governo militar do período republicano foi marcado por perseguições políticas de opositores, suspensão de garantias, exílios, como as retratadas na célebre “Oração Perante o Supremo Tribunal Federal”, realizada por Rui Barbosa, por ocasião da sustentação oral realizada em 23/04/1892 no primeiro *habeas corpus* impetrado junto ao STF em favor de presos políticos contrários ao regime do Marechal Floriano Peixoto. BARBOSA, Rui. *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Organização e seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa. Brasília: Senado Federal, 1999, p 121-155.

1.137/1912) e Bahia (Lei nº 1.119/1915). De outro lado, Estados como São Paulo, Pará, Alagoas e Goiás optaram por não editarem legislações próprias, sendo regidos pelo Código processual imperial, não obstante a criação de um ou outro regulamento sobre tema específico¹⁴.

Apesar disso, as legislações processuais estatais não trouxeram grandes inovações quando comparadas à federal e apenas teriam dificultado a aplicação do direito nos diversos entes federativos, graças às divergências sutis entre os diplomas normativos.

Dentre os críticos deste regime legislativo descentralizado, Pontes de Miranda sustentava a ausência de racionalidade na adoção de vários Códigos processuais diversos formalmente, mas idênticos materialmente, porquanto representavam imitações entre si¹⁵. No mesmo sentido, Antônio Marques dos Reis e José Frederico Marques:

os diversos Codigos de Processo locais se imitam todos, não apresentando qualquer delles innovações de monta. Ha alguns absolutamente semelhantes, parecendo mesmo resultado de copias. O do Rio Grande do Norte não differe do de Minas Geraes, dando-se o mesmo com os outros¹⁷.

o golpe dado na unidade processual não trouxe vantagem alguma para nossas instituições jurídicas; ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal¹⁸.

Nesse contexto, a pesquisa voltou-se, então, para a análise de alguns dos Códigos estaduais de processo penal, a fim de identificar se as hipóteses levantadas no início do capítulo são confirmadas também pelas legislações estaduais. O estudo confirmou a hipótese. Abaixo, citam-se algumas dessas conclusões.

O CPP do Amazonas de 1901, instituído pela Lei nº 334, estabelecia ser nulo o processo em que fosse preterido algum termo essencial (art. 149, §2º), assim

¹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma global do Código de Processo Penal: uma refundação garantista?* Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 21-34, jul./dez. 2017, p. 23.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1938, p. 216.

¹⁶ A título de exemplificação, as disposições citadas do CPP de Minas Gerais foram espelhadas no CPP do Distrito Federal (Decreto nº 16.751/1924, art. 255, 277, 278), Paraíba (Decreto nº 285/1932, art. 252, 270, §1º, §2º)

¹⁷ REIS, Antonio Marques dos. *Constituição Federal Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934, p. 93.

¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 104.

considerados, dentre outros, no art. 150 “o corpo de delicto directo ou indirecto nos crimes que deixam vestígios (§ 1º); [...], a inquirição das testemunhas, em número legal (§5º); o interrogatório (§6º)”. O Código ainda previa, no art. 151, §1º e §2º que os defeitos nas formalidades dos atos processuais seriam supridos quando não prejudicassem ou influíssem nos atos e termos posteriores¹⁹.

Seu antecessor, o pioneiro CPP do Rio Grande do Sul, instituído pela Lei nº 24/1898, embora não contivesse no rol das nulidades cominadas nos art. 325-329 nada que fizesse referência a qualquer meio de prova, mais a frente, ao regulamentar o funcionamento dos “actos publicos”, desvelava a nítida confusão entre os atos de instrução probatória e as nulidades processuais, prescrevendo regras de flexibilização dos defeitos processuais.

Art. 351 - Na audiencia em que o réu é interrogado podem as partes arguir quaesquer nullidades e propôr novas testemunhas ou outros meios de prova. [...]

Art. 352 - As nullidades arguidas só devem ser attendidas quando são manifestamente procedentes.

Art. 353 - Si as nullidades são consideradas ou julgadas procedentes, tem logar a repetição ou rectificação dos actos nullos na mesma audiencia em que se proceder á inquirição das novas testemunhas²⁰.

Em Minas Gerais, promulgou-se separadamente um Código de Processo Civil (Lei nº 830/1922) e outro Código de Processo Penal (Decreto nº 7.259/1926).

Dentre as curiosidades do CPP mineiro de 1926, constava, no Título V, a exigência de certos requisitos para que a confissão tivesse “valor de prova” (art. 230), a expressa proibição da obtenção de confissões forçadas (art. 233), a inadmissibilidade absoluta das cartas “obtidas por meios criminosos” ou “sem o consentimento dos seus autores” (art. 256 e parágrafo único)²¹. Tais normas já haviam sido consagradas

¹⁹ AMAZONAS. Lei nº 334, de 14 de fevereiro de 1901. Promulga o Código do Processo Penal do Estado do Amazonas. Manaus: Imprensa Oficial, 1901. Disponível no catálogo de obras raras do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, por meio do endereço: <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/handle/123456789/550>. Acesso em 15/02/2021.

²⁰ RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 24, de 15 de agosto de 1898. Decreta e promulga o Código de Processo Penal. Porto Alegre: Imprensa Oficial, 1898. Disponível no catálogo de obras raras do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, por meio do endereço: <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/handle/123456789/479>. Acesso em 15/02/2021.

²¹ Este dispositivo chamou a atenção durante a pesquisa por conter uma proibição absoluta de admissibilidade de um meio de prova, ainda que específico. Determinava o Código de Processo Penal do

anteriormente no CPP do Amazonas (Lei nº 334/1901, art. 239, 240, 243) e do Sergipe (Lei nº 753/1918, art. 128, 141, 142),

Com o passar dos anos, as transformações políticas no Brasil resultaram na Revolução de 1930 e, com ela, na criação de uma nova Constituição, quatro anos mais tarde.

Dentre os destaques da Constituição de 1934, promoveu-se o resgate do sistema unitário, com a prescrição no art. 5º, inciso XIX, alínea “a”, da competência privativa da União para legislar sobre direito processual. Coube ao governo federal, em cumprimento ao art. 11 das Disposições Transitórias, a nomeação de uma comissão de juristas para a elaboração do novo Código de Processo nacional. Os trabalhos de Bento de Faria, Plínio Casado e Gama Cerqueira resultaram no Anteprojeto de 1935, apresentado à Getúlio Vargas pelo então Ministro da Justiça Vicente Ráo²².

Entretanto, com a ruptura proporcionada pela Carta Constitucional do Estado Novo, outorgada em 10 de novembro de 1937, interrompeu-se a discussão do anteprojeto Ráo, muito embora se tenha mantido a centralização da legislação processual sob o comando da União.

A Constituição de 1937, de matriz totalitária, promoveu a concentração de poderes no Executivo e, no tocante aos direitos individuais, ampliou as hipóteses de pena de morte (art. 122, §13º), além de condicionar o exercício da liberdade de manifestação e pensamento e outras garantias às restrições legais (v. art. §15 e art. 123). O autoritarismo estatal ampliou-se com a suspensão de diversos direitos fundamentais elencados no art. 122 da Constituição quando houve a decretação oficial do estado de guerra, por intermédio do Decreto Presidencial nº 10.358/1942. Assim, o ingresso do Brasil na Segunda Guerra Mundial resultou, no plano do direito interno, na abolição do direito ao

Estado de Minas Gerais: Art. 256. As cartas particulares não serão admittidas em juizo sem consentimento dos seus autores, salvo, quando offerecidas pelos destinatários em defesa dos seus direitos.

Paragrapho unico. As cartas, porém, obtidas por meios criminosos não serão absolutamente amittidas em juizo. MINAS GERAIS. Decreto nº 7.259, de 14 de junho de 1926. Aprova o Código de Processo Penal do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1926. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/56686/pdf/56686.pdf>. Acesso em: 15/02/2021.

²² Aponta Pierangelli que uma das curiosidades do Projeto Vicente Ráo, de 1935, era a previsão da criação dos “juizados de instrução” que suprimia o inquérito policial, embora mantivesse as atribuições investigatórias da Polícia Judiciária. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru/SP: Jalovi, 1983, p. 166.

habeas corpus (§16º), fim da liberdade de livre circulação (§2º) e locomoção em território nacional (§9º e 10º), flexibilização da inviolabilidade do domicílio e das correspondências (§6º) e das garantias contra prisões (§11º), além da limitação do próprio direito de propriedade (§ 14º).

A Constituição de 1937 foi outorgada num momento de crise universal de ordem e de autoridade. Já existia no mundo o estado potencial de guerra e dentro de cada país esboçava-se o quadro da luta ou da oposição ideológica que a guerra viria transportar do espaço nacional para o espaço internacional, conferindo ao conflito mundial o caráter ideológico que extrema, de maneira tão acentuada uma da outra, as duas guerras mundiais que se abateram sobre a humanidade no período de uma geração²³.

Durante a vigência da carta constitucional de 1937, foi criada a lei que regulamentou o funcionamento do procedimento do tribunal do júri em âmbito nacional (Decreto-lei nº 167/1938), apontada por José Frederico Marques como o primeiro diploma legislativo de conteúdo processual penal para todo o Brasil, após a reunificação do direito processual²⁴.

Em 1939, o Brasil editou o Código de Processo Civil e, dois anos mais tarde, em 3 de outubro de 1941, foi expedido o Decreto-lei nº 3.689, outorgando o Código de Processo Penal que até hoje permanece em vigor, não obstante suas reformas pontuais ao longo das últimas oito décadas.

2.2.1 O Tribunal de Segurança Nacional e a prova ilícita: o caso do “Quitandeiro do Ministro”.

Naqueles anos que antecederam a proclamação formal do estado de guerra o mundo caminhava numa escalada paulatina de autoritarismo estatal. A ascensão de Getúlio Vargas ao poder em 1930, mediante golpe militar apoiado pelos setores descontentes com o resultado das eleições, apesar de não ser marcada por uma revolução com dezenas de milhares de mortos, nos moldes como ocorreu em outros países, serviu

²³ PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras*. Vol. IV, 1937. 3ª ed. Brasília/DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 32.

²⁴ MARQUES, José Frederico. *Evolução histórica do processo penal brasileiro*. Revista Investigação, ano I, nº 7. São Paulo, 1949, p. 123.

para iniciar um processo gradual de alteração do estado das instituições e dos poderes constituídos²⁵.

Apesar de nos primeiros anos de governo ser promulgada uma Constituição tecnicamente democrática, a de 1934 teve, dentre todas da história, a vigência mais curta.

Com o afã de sufocar os movimentos revoltosos de esquerda e direita, desde a intentona comunista de 1935 até o levante integralista de 1938, Getúlio progressivamente centralizou o poder e outorgou, em 1937, uma nova Constituição, conhecida como “Polaca”, porquanto inspirada na carta constitucional polonesa de 1935.

Inseriu-se neste processo de recrudescimento do poder estatal, verificado no período em que vigorou o regime de exceção imposto pelo ex-Presidente Getúlio Vargas, a criação do Tribunal de Segurança Nacional, em 11 de setembro de 1936, por intermédio da Lei nº 244.

O órgão, que tinha competência para julgar crimes contra a ordem política e social, a economia popular e contra as instituições militares e a segurança nacional, só foi abolido com o fim da segunda guerra, pela Lei nº 14 de 17/11/1945.

Ao longo de seu funcionamento, o Tribunal de Segurança Nacional foi responsável por julgar casos que se tornaram famosos por suas injustiças, perseguições e bárbaras violações de direitos humanos cometidos contra os suspeitos. A título de exemplo, os processos de Luis Carlos Prestes e Arthur Ernest Ewert (Harry Berger)²⁶,

²⁵ Veja-se, a título de exemplo, que na Europa revoluções com centenas de milhares de mortes ocorreram na Rússia (1917) e na Espanha (1936-1939), resultado, respectivamente, nos regimes do Stalinismo e Franquismo.

²⁶ Luis Carlos Prestes foi preso em 05/03/1936 juntamente com sua esposa Olga Benário, no Rio de Janeiro. No mesmo ano, Olga foi deportada para a Alemanha, mesmo estando grávida, após ter o pedido de *habeas corpus*, que pleiteava sua manutenção no cárcere brasileiro, negado pelo Supremo Tribunal Federal. Acabou morendo em um campo de concentração nazista, enquanto Prestes e Harry Berger, bem como os demais líderes da Aliança Nacional Libertadora (ANL) foram julgados em 07/05/1937, pelo Tribunal de Segurança Nacional. O primeiro foi condenado a 16 anos e 8 meses de prisão, enquanto o segundo foi sentenciado a 16 anos. O julgamento do caso foi marcado pela corajosa defesa exercida por Sobral Pinto, que chegou a invocar o art. 14 da Lei de Proteção aos Animais, ao clamar por um tratamento digno ao preso. Berger, que havia sido preso em 26/12/1935 ficou preso debaixo de uma escadaria que dava acesso ao pavimento superior do quartel da Polícia Especial. Sem luz, ar, cama ou cadeira e vestindo apenas um macacão que lhe servia de roupa, foi ainda barbaramente torturado e, segundo relatos, enlouqueceu, vindo a ser solto apenas em 1945, com o fim da Guerra. *In*: www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/arthur-ernst-ewert e <https://atlas.fgv.br/verbetes/luis-carlos-prestes>.

além de Graciliano Ramos (cujo suplício foi autorretratado na obra *Memórias do Cárcere*)²⁷.

Um de seus casos mais célebres envolveu um humilde feirante chamado Augusto Pereira e ficou conhecido como o caso do “quitandeiro do Ministro”. À época, o réu foi acusado da prática do crime tipificado no então art. 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 869/1938, o qual previa:

Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego:

III - obter ou tentar obter ganhos ilícitos, em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo", etc.);

Pena: prisão celular de 1 a 6 meses e multa de 500\$0 a 10:000\$0 (preceito secundário determinado pelo artigo único do Decreto-Lei nº 2.524, de 23 de Agosto de 1940).

Segundo a acusação, no dia 20/05/1942, na Rua Real Grandeza, nº 160, no Rio de Janeiro, Augusto teria vendido, a um soldado chamado José Pio da Costa, 1kg de cenoura, 1kg de tomate, 1kg de nabo e 2kg de chuchu, todos com preços majorados, transgredindo assim a tabela oficial de preço fixado para a venda daquelas mercadorias.

Nas investigações, foi apreendido o caderno de vendas diárias, contendo as anotações das saídas de produtos com valores superfaturados em relação aos estabelecidos pelo governo. A defesa alegou que a elevação foi de “uma ninharia”, sustentando tese hoje equivalente ao princípio da insignificância. O acusado, todavia, confessou em seu interrogatório a infração, asseverando que a majoração de preços teria ocorrido com a anuência do comprador, o que não foi confirmado. Baseando-se nesta confissão e nas teses suscitadas pelo próprio defensor, que não negavam o fato em si, mas tão somente tentavam justificá-lo, o Tribunal, em 11/06/1942, condenou o réu à pena de 3 meses e 15 dias de prisão, além de multa de 500\$000.

O caso teria passado despercebido não fosse o fato de a conduta do réu ter melindrado o ex-Presidente do próprio Tribunal de Segurança Nacional e também

²⁷ Graciliano Ramos, escritor, foi preso em março de 1936 pela polícia e levado para o Rio de Janeiro. Detido sem acusação formal, fica preso sem julgamento até janeiro de 1937, quando é liberado. Atuou em sua defesa o advogado Sobral Pinto. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere*. Rio de Janeiro: Record, 2020.

ministro do STF, Frederico de Barros Barreto. Em obra de autoria do notável advogado Sobral Pinto intitulada “Autópsia de uma calúnia”²⁸, são revelados os sórdidos detalhes do processo, bem como documentos e cartas remetidas à época para autoridades. René Ariel Dotti assim narra os episódios daquela época:

O Advogado Sobral Pinto foi apresentado ao seu futuro cliente pelo seu colega de profissão, o Dr. Cunha Vasconcellos. Em rápidas palavras, o colega narrou-lhe que Augusto Pereira, sendo o quitandeiro do Ministro Barros Barreto, fora por este mandado autuar sob a acusação de que vendera para a sua residência mercadorias por preço superior ao fixado na tabela oficial. Mas, se tal ocorrera - esclareceu o Dr. Cunha Vasconcellos - era porque as mercadorias vendidas ao Ministro eram de qualidade especial e "esmeradamente escolhidas". Tal circunstância excluiria, segundo jurisprudência do próprio Tribunal de Segurança Nacional, a aplicação da tabela. Por outro lado, a venda tinha sido feita a crédito, outra circunstância favorável pois em todo o comércio do Rio de Janeiro a venda naquela condição autorizava uma pequena elevação de preço. E um argumento poderoso ainda remanesca, segundo a exposição do Advogado Cunha Vasconcellos: o Ministro Barros Barreto, em gesto inesperado, mandara figurar nos autos de infração e de apreensão como sendo comprador daquelas mercadorias o seu ordenança, o soldado raso José Pio da Costa. Falsamente se declarou naqueles atos processuais que o suposto consumidor residia na Rua Visconde de Caravelas, 57.²⁹

Nota-se, portanto, que o verdadeiro freguês da quitanda e destinatário final dos produtos se tratava de Frederico de Barros Barreto, o qual, segundo o trecho acima, teria mandado que o soldado José Pio da Costa se apresentasse como comprador, a fim de materializar a infração penal. Isso porque o Ministro certamente sabia que, sendo ele o comprador, não poderia reclamar dos preços superiores por dois motivos que inocentariam o réu das acusações: primeiro, o fato dos produtos serem de qualidade superior, escolhidos especialmente para ele e, segundo, porque a venda foi realizada à crédito, circunstâncias tais que permitiam, legalmente, o vendedor exacerbar os preços em relação aos valores previstos na tabela oficial. O Ministro, que possuía débitos em atraso com a quitanda “São Sebastião”, de propriedade do réu Augusto, teria então solicitado para que outra pessoa se apresentasse como compradora. Contudo, os indícios não passaram despercebidos de Sobral, que notou que o valor da compra seria incompatível com o salário de um soldado, além do fato de que o caderno apreendido

²⁸ SOBRAL PINTO, Heráclito Fontoura. *Autópsia de uma calúnia*: exposição pelo advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1942.

²⁹ DOTTI, René Ariel. *O quitandeiro do ministro*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 6. Abril – Junho de 1994, p. 186-197.

com o intermediário José Pio era de propriedade do Ministro Barreto, contendo, inclusive, anotações de próprio punho deste. Ao pleitear o exame de caligrafia (grafotécnico), teve seus requerimentos indeferidos pelo magistrado relator do caso.

Com altivez que lhe era peculiar, conta-se que Sobral, após expor as minúcias abjetas da trama, em sustentação oral proferida na sessão de julgamento do recurso de apelação nº 1.402 no Plenário do TSN em 17/06/1942, abandonou o local quando a acusação apresentou uma carta, juntada às pressas aos autos, que continha a assinatura do réu, com dizeres que, entretanto, não possuíam sua letra. Na carta, o réu insinuava que Sobral teria inventado todas aquelas histórias envolvendo o Ministro para prejudicá-lo. Em troca da assinatura, o juiz do caso Capitão Eronides de Carvalho, teria prometido reduzir a condenação do réu para trinta dias, os quais, já cumpridos, resultaram em sua soltura imediata.

O caso traz à luz um episódio nefasto do Judiciário brasileiro denunciador de outra faceta da iniquidade propiciada pelo uso das provas obtidas por meios ilícitos: além de equívocos involuntários, permitem estratégias, perseguições e ataques deliberados à Justiça.

2.3 A sistemática das provas no Código de Processo Penal de 1941.

Como dito na introdução deste capítulo, a interpretação das normas infraconstitucionais deve se conformar ao modelo constitucional vigente em cada época. Sob esta premissa, os parâmetros, princípios informadores e finalidades do Código de Processo Penal de 1941 são compatíveis com a Constituição de 1937 e o contexto político, social e econômico daqueles tempos, marcado pela ascensão de regimes totalitários na Europa e o cenário já deflagrado da maior guerra mundial oficialmente declarada na história da humanidade³⁰.

O Código era adequado ao seu tempo. Não se pode olvidar que boa parte das críticas que hoje lhe recaem resultam de sua incompatibilidade com a ordem democrática edificada na Constituição de 1988, que estabeleceu o sistema processual acusatório. Naquela época, todavia, o Código de 1941 foi recebido com entusiasmo de uma grande

³⁰ Segundo historiadores, o marco inicial da II Guerra Mundial é a invasão da Polônia pela Alemanha, em 1º de Setembro de 1939. Dois dias depois, França, Inglaterra e outras colônias declararam guerra à Alemanha. O ingresso do Estado brasileiro no conflito internacional ocorreria somente em 31 de Agosto de 1942, por meio do supracitado Decreto Presidencial nº 10.358.

novidade no tocante ao direito processual penal. Não é demais recordar que o Decreto-lei nº 3.689/1941 (CPP) foi produto de intensos trabalhos de renomados juristas do período, alguns lembrados até os dias atuais como Nelson Hungria, Roberto Lyra e Cândido Mendes. Todavia, o diploma normativo, se analisado sob a ótica constitucional hodierna, carece de absoluta conformidade.

Dentre as inovações celebradas ao tempo de sua criação, o Código de Processo Penal de 1941 arquitetou um modelo de atividade probatória que inseriu o magistrado como seu principal ator e, ainda, reafirmou a preconizada ideologia flexibilizadora do procedimento, relativizando as nulidades processuais. Essa lógica disforme para os paradigmas atuais, contemplava os elementos que, na visão de Franco Cordero, sintetizam o processo genuinamente inquisitorial³¹.

Anunciou-se que o juiz passaria a ser o gestor da prova, tendo o poder de indeferir-las, produzi-las de ofício, apreciá-las conforme seu livre convencimento e, eventualmente, desconsiderar eventuais omissões de formalidades legais exigidas para sua produção. A postura de hostilidade aos mecanismos de anulação processual foi compartilhada por Francisco Campos (então Ministro da Justiça) e pelos juristas encarregados de elaborar o Código de Processo Penal. Veja-se constatação de José Frederico Marques acerca da sistemática das nulidades no código de processo penal de 1941:

O Cód. de Proc. Penal, apesar de ter mantido grande fidelidade aos postulados essenciais do sistema acusatório, não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado (...)³².

³¹ Para o autor, é um erro acreditar que o procedimento inquisitório é um procedimento sem atores. Ao contrário, a inquisitorialidade pressupõe características como a tortura, amorfismo jurídico, lógica disforme e o automatismo persecutório na instrução processual. Nas palavras do processualista italiano, “è falso che metodo inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell'ordennance criminelle 1670, monumento dell'ingegno inquisitoriale, il monopolio dell'azione spetta agli hommes du roi; sebbene in Italia i pretori agiscano e giudichino, lo stile è accusatorio quando, mancando un'istruzione, tutto sia risolto nel dibattimento. A qualificare i processi non è solo la meccanica della prima mossa. L'autentico 'clou' sta nel quadro psichico, svelato dalle parole: i vecchi rituali destinati a contese tra eguali, imponevano un gioco pulito, a battute alterne; qui gli individui non contano niente e l'imputato è soltanto -'bête à aveu'”. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 47-48.

³² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I. São Paulo: Forense, 1961, p. 106.

Condizentes com os auspícios de Estados tipicamente totalitários, o Código de processo penal italiano e o seu sucessor brasileiro, embora abolissem a confissão como prova máxima da culpa, concentravam atividades instrutórias na figura do julgador.

Implementando a idealizada inquisitorialidade estatal na persecução criminal, o Código autorizou a iniciativa probatória de ofício por parte do magistrado³³, o que leva Jacinto Nelson Miranda Coutinho a concluir que “o sistema processual penal brasileiro é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu princípio unificador é o inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo”³⁴.

Vincenzo Manzini, jurista que entre 1926 e 1930 auxiliou Alfredo Rocco³⁵ na construção de uma legislação para a Itália que espalhasse a aspiração autoritária de Mussolini, propagandeou o discurso de guerra contra a criminalidade, encampado igualmente pelo governo brasileiro da época. Em seu Tratado de Direito Processual Penal Italiano, Manzini respondia ao central questionamento “Por que punir?” objetivamente dizendo que “se pune para defender o ordenamento jurídico”³⁶. No prefácio da obra, escrito pelo próprio Alfredo Rocco, dessume-se o espírito antidemocrático e a exaltação ao fascismo. Para o idealizador do Código italiano, que serviu de inspiração ao nacional, a liberdade humana é uma concessão do Estado e não um direito humano inato:

À fórmula das doutrinas liberais, democráticas e socialistas: a sociedade pelo indivíduo, o fascismo substitui o outro: o indivíduo pela sociedade. Mas com esta diferença, que enquanto essas doutrinas aniquilam a sociedade no indivíduo, o fascismo não anula o indivíduo na sociedade. Ela o subordina ... O desenvolvimento e a prosperidade dos indivíduos de cada geração, quando proporcionais e harmoniosos, tornam-se condições para o desenvolvimento e a prosperidade de toda a unidade social ... Há uma concessão liberal e uma concessão fascista de liberdade. O fascismo também acredita que é necessário garantir ao indivíduo as condições necessárias para o livre desenvolvimento de

³³ Relacionando a gestão probatória a cargo do magistrado com o sistema inquisitorial, Jacinto Nelson Miranda Coutinho assevera: “Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a *gestão da prova*”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: a. 30, n° 30. 1998, p. 166.

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP de todo inquisitorial*. In: Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República. PRADO, Geraldo; Malan, Diogo. (Coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 257.

³⁵ Alfredo Rocco (1875-1935) exerceu a função de Ministro da Justiça do Estado italiano entre os anos de 1925 e 1932. Nesse período, à mando do então Primeiro-Ministro Benito Mussolini, responsabilizou-se pela elaboração do Código Penal e Código de Processo Penal italianos, ambos datados de 1930.

³⁶ “*Si punisce per difendere l’ordine giuridico*”. Tradução livre. In: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, p. 84-85.

suas faculdades; O fascismo também acredita que uma anulação e mortificação da personalidade da personalidade individual devem ser excluídas do estado moderno. Mas não porque reconheça o direito de um indivíduo à liberdade superior do Estado, mas porque acredita que o desenvolvimento da personalidade é um interesse do Estado ... A liberdade, portanto, é dada ao indivíduo e aos grupos em o interesse social. Como todos os direitos individuais, a liberdade também é uma concessão do Estado³⁷.

A similitude da legislação brasileira com o *Codice di Procedura Penale* italiano de 1930 é revelada na Exposição de Motivos, com direito a diversas citações apologéticas a ideologia de Rocco. As disposições do então novo Código de Processo Penal do Brasil nortearam-se por um nítido escopo persecutório, que enxergava nas garantias processuais obstáculos no enfrentamento ao crime e um favorecimento indevido aos infratores:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus (...) um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos³⁸.

No que tange ao sistema de avaliação das provas, o ordenamento acatou o sistema do livre convencimento fundamentado, mas sem descuidar da inquisitória persecução da “verdade material”.

³⁷ “Alla formula delle dottrine liberali, democratiche e socialiste: la società per l’individuo, il fascismo sostituisce l’altra: l’individuo per la società. Ma con questa differenza, che mentre quelle dottrine annullavano la società nell’individuo, il fascismo non annulla l’individuo nella società. Lo subordina... Lo sviluppo e la prosperità degli individui di ciascuna generazione, quando siano proporzionati ed armonici, diventano condizioni dello sviluppo e della prosperità di tutta l’unità sociale... Vi è una concessione liberale e una concessione fascista della libertà. Anche il fascismo crede che occorra garantire all’individuo le condizioni necessarie per il libero sviluppo delle sue facoltà; anche il fascismo crede un annullamento e una mortificazione della personalità della personalità individuale siano da escludersi dallo Stato moderno. Ma ciò non perchè riconosca un diritto dell’individuo alla libertà superiore dello Stato, ma perchè crede che lo sviluppo della personalità sia un interesse dello Stato... La libertà, pertanto, è data all’individuo e ai gruppi nell’interesse sociale. Come tutti i diritti individuali, anche la libertà è una concessione dello Stato”. Tradução livre. ROCCO, Alfredo. “Prefazione”. In: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, pp. IX-X.

³⁸ BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal* – Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Publicado no Diário Oficial de 13 de Outubro de 1941.

O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou subjetivas, quer no curso da instrução criminal, que a final, antes de proferir a sentença [...]. **Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material.** O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência [...]. Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o in dubio pro reo ou o non liquet³⁹.

Em seu texto originalmente aprovado, havia disposições gerais sobre a prova no Título VII, instituindo restrições quanto ao estado das pessoas (art. 155), o ônus da prova do alegante, a possibilidade de o juiz proceder de ofício para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes (art. 156) e o sistema do livre convencimento motivado de valoração (art. 157).

Sobre os meios probatórios, o silêncio do acusado, no interrogatório, continuava ser interpretado em seu desfavor, embora não pudesse ser considerado tecnicamente como confissão. Por fim, inovou o CPP ao regulamentar o reconhecimento de pessoas e coisas, uma nova fórmula de inquirição de testemunhas e, por fim, ao disciplinar a busca pessoal e domiciliar.

Parcas eram as restrições à atividade probatória. As que existiam eram bastante casuísticas e similares aos parâmetros das legislações precedentes.

Relacionando o legado inquisitorial com a ausência de maior complexidade no tratamento da temática da prova, Geraldo Prado afirma que “a simplicidade das normas de regência do Código de Processo Penal (CPP) de 1941, sobre o assunto, levava em conta a ideia-força de que os fins justificavam os meios”⁴⁰.

De outro lado, nos casos excepcionais em que o legislador se preocupou em tipificar a metodologia de produção da prova, as ciências auxiliares do direito hoje

³⁹ BRASIL. Exposição de Motivos do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. DOU: 13/10/1941, retificado em 24/10/1941, de autoria de Francisco Campos, ex-Ministro da Justiça.

⁴⁰ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21.

criticam o anacronismo de procedimentos e metodologias incorporadas a uma legislação que remonta à década quarenta do século passado, com pontuais alterações recentes que não resolvem o problema⁴¹. Literaturas especializadas como a criminalística, medicina-legal, psiquiatria, psicologia, matemática, criminologia, dentre outras, costumam destacar a importância de aprimoramento periódico dos parâmetros existentes para prospecção probatória⁴².

Corroborando a hipótese de que os métodos de produção e obtenção de provas estavam atrelados à epistemologia dos atos jurídico-processuais comuns, João Mendes de Almeida Júnior apontava que “desde que a lei considere determinada forma para a substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio”⁴³. Ao regular o instituto das nulidades, o legislador incluiu no rol dos vícios processuais os atos probatórios defeituosos, como a falta de exame de corpo de delito, nas infrações que deixam vestígios (art. 564, inciso III, alínea “b”).

Ademais, em dispositivo que reproduzia a engrenagem antigarentista das antigas Ordenações Filipinas, previu que as nulidades não poderiam ser decretadas caso o “ato” (probatório, inclusive) não houvesse influído na apuração da verdade substancial ou na decisão do juiz, a teor do que ainda consta no art. 566 do CPP.

Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

⁴¹ Apenas a título de exemplo, em recente estudo realizado por pesquisadores da PUC/RS e da UFRS, que contou com a colaboração de professores da Universidade do Texas (EUA) e de Portsmouth (Inglaterra), coordenado pela psicóloga Dra. Lilian Milnitsky Stein e subsidiado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), constatou-se que duas das principais provas utilizadas para resolução dos casos penais no Brasil são o reconhecimento pessoal e a colheita de depoimentos testemunhais e que, especificamente em relação a esses meios de prova, as técnicas e métodos de produção e valoração estão distanciadas “daquilo recomendado pela literatura científica”. BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e Depoimentos Forenses*. Série Pensando o Direito. Brasília: Ipea, 2015, p. 70-71.

⁴² Pode-se citar ainda, como exemplo, o “teste de nitrito” que foi utilizado pelos Institutos de Criminalística durante anos para verificar o tempo do disparo de armas de fogo e, hoje, “após inúmeros testes e experimentos de validação, é tido como não confiável e não mais é aceito pela Associação Brasileira de Criminalística”. Outro exemplo é a fonética forense, ramo cujas técnicas de identificação de voz ainda estão sendo desenvolvidas por cientistas e, num futuro próximo, poderão estar ultrapassadas, o que sugere que “as técnicas utilizadas na Criminalística, como quaisquer outras técnicas científicas, devem ser colocadas à prova constantemente, desde que a contestação também siga o rigor científico”. VELHO, Jesus Antônio; GEISER, Gustavo Caminoto; ESPINDULA, Alberi (orgs). *Ciências forenses: uma introdução às principais áreas da criminalística moderna*. 3 ed. Campinas: Millennium, 2017, p. 8.

⁴³ JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *Direito judiciário brasileiro*. 5ª ed. Notas de João Mendes Neto. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 202.

É curioso notar que, nas antigas Ordenações Filipinas que vigoraram entre os anos de 1603 e 1832 (no que se refere ao processo penal), era prevista essa mesma regra de convalidação do ato processual defeituoso, quando a decisão do magistrado chancelasse sua convicção acerca da “justiça” ou da “verdade”, independente de irregularidades ou vícios processuais⁴⁴.

Naqueles tempos, o eventual conflito entre a decisão de anulação de um processo (defeituoso ou “mal ordenado”) e, de outro lado, a decisão de preservar o ato viciado que não interferisse na “verdade material”, seria resolvido optando-se pela convalidação do segundo, de modo idêntico ao que hoje se impõe pela norma vigente do CPP.

Ao prezar pela descoberta da “verdade substancial” independente do respeito à formalidade na execução dos atos do procedimento, o que se verifica é uma completa deslegitimação da função do processo como um instrumento de validação democrática do provimento.

Imiscuído no legado inquisitorial do Código, o art. 566 reforça o ideal de perseguição ilimitada da verdade. A marca do autoritarismo congênito é a chave para abertura da porta do arbítrio: entre a escolha pela decretação da nulidade do ato disforme (a anulação de um ato probatório ilícito) ou, em contrapartida, a manutenção da incolumidade da marcha processual, há diversos fatores que podem ser considerados pelo magistrado. Isso porque, conforme já destacado em outra oportunidade⁴⁵, a declaração de

⁴⁴ “Livro V - Título LXIII - Que os Julgadores julguem por a verdade sabida, sem embargo do erro do processo. **Para que se abbreviem as demandas com guarda do direito e justiça das partes, mandamos que os Julgadores julguem, e determinem os feitos segundo a verdade, que pelos processos for provada e sabida, ou per confissão da parte,** não julgando mais do pedido pelo autor, **posto que [ainda que, mesmo que] o processo seja mal ordenado, ou errado, ou falte nelle alguma solemnidade,** que para boa ordem ou substancia do Juizo se requeira [...], ou faltasse no processo outra alguma cousa substancial do Juizo, igual de cada huma destas, ou de menor substancia; a qual faltando, ou sendo errada no processo, todo o Juizo e sentença, que delle procedesse, seria nenhuma, segundo Direito. **Porque sem embargo disto, queremos, que não seja o processo annullado, nem se possa dizer a sentença (postoque seja passada em cousa julgada) nenhuma, se a verdade for sabida pelo processo, e o Julgador julgou o que lhe pareceo justiça, por as provas no processo feitas sobre a verdade e substancia da cousa.** Porém, se no primeiro Juizo antes da sentença diffinitiva, ou no caso da apellação, ou agravo antes da sentença, for allegado per cada huma das partes, como foi algum dos ditos erros no processo, pode-lo-hão os Julgadores supprir, se necessario for, sem por isso os autos serem nenhuns. Mas depois da sentença ser dada, se os erros não forem suppridos em cada hum dos ditos Juizos, não poderão allegar os ditos erros, ou nullidades: e allegando-se, não serão recebidos, e todavia os autos e sentenças serão valiosas.” PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. 14. ed. segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870.

⁴⁵ Este argumento, relativo ao art. 566 do CPP e à sistemática das nulidades, foi explorado na dissertação de mestrado apresentada no ano de 2014 ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG (v. SOARES, Rafael Santos. *Nulidades no processo penal: entre a relativização das formas e a proteção aos*

uma nulidade no processo penal ou de uma prova pode produzir inúmeras consequências “sopesadas” pelo julgador: a invalidação dos atos e provas subsequentes ou dela derivadas (art. 573, §1º, CPP); o reconhecimento ou o incremento das chances de ocorrência da prescrição penal; o relaxamento da prisão do réu por excesso de prazo; a impossibilidade de repetição de certos atos ou renovação de provas; a absolvição daquele se supõe ser culpado. São tantas as variáveis que o móvel da consciência do juiz, os motivos reais que o levam ao veredicto condenatório podem, retoricamente, serem ocultados da motivação formal de sua decisão. Teria sido a prova ilícita indevidamente introduzida nos autos, ou tal circunstância foi, de fato, irrelevante para a “descoberta da verdade substancial ou a decisão da causa”, a teor do que dispõe o art. 566?

Cabe lembrar, neste ponto, a advertência de Eugênio Pacelli, segundo o qual seria faticamente possível (embora antijurídico), na sistemática do CPP vigente, o magistrado declarar a ilicitude de uma prova carreada aos autos e, não obstante o seu desentranhamento, alegar, retoricamente, ter encontrado no “robusto conjunto probatório” (ocasionalmente inexistente), motivos suficientes para condenar o réu, a despeito da prova ilícita⁴⁶. Bastaria, para tanto, argumentar que a prova corrompida não afetou a apuração da verdade e, tampouco, maculou sua própria consciência, quando, na prática, foi justamente o elemento sensível que o tirou da posição de dúvida que poderia favorecer o acusado. Em razão da possibilidade de interferência processual de extrema relevância causada pela privação de um elemento probatório, o magistrado pode tender a considerar múltiplas questões que poderão até mesmo envolver a avaliação da gravidade do delito apurado, a extensão da lesão ao bem jurídico, a pressão ou clamor popular pela elucidação do crime; pode preocupar-se em preservar a ordem pública, combater a impunidade, concretizar o direito material, descobrir a verdade real, promover a paz, efetivar a Justiça, ou outros escopos que a clássica doutrina da instrumentalidade atribuiu ao processo e que o Código de Processo Penal inadequadamente encampou.

Pode-se, portanto, afirmar, que o art. 566 do Código de Processo Penal, vigente até os dias atuais, igualmente contribui para erigir uma (hoje) inconstitucional sistemática da prova ilícita sob as bases de uma obsoleta e inadequada (ao processo penal) teoria das

direitos fundamentais do imputado. Dissertação. Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 864-865.

invalidades processuais, características do sistema inquisitorial. Ao tratar da mecânica das provas no sistema inquisitório, Franco Cordero ensinava que nesse modelo judiciário a insegurança jurídica impera, precisamente porque nele não há critérios seguros, já que “as provas, em suma, constituem pontos juridicamente amorfos do fenômeno judicial: nenhuma regra estabelece como devem ser resolvidas as questões de fato; e como os tribunais não dão justificativas, falta material para se chegar a conclusões seguras”⁴⁷.

Em linhas gerais, essas foram as inovações e a conjuntura do Código de Processo Penal de 1941.

2.4 As Constituições de 1946 e 1967 e a manutenção do tratamento legal da prova ilícita.

Com o fim da guerra, em 1945, foram restabelecidas as bases que permitiam resgatar os direitos e garantias individuais até então suspensos ou restringidos pelo Decreto nº 10.358/1942.

Foi então que o regime democrático constitucional de 1946 criou o voto direto, secreto e universal e restituiu o rol de prerrogativas dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país, inserindo no art. 141 diversas prescrições que reproduziam a Constituição de 1934⁴⁸ e, décadas mais tarde, seriam transportadas para o texto Constituição de 1988.

No período de quase 20 anos até a nova deposição do Executivo federal, nenhuma transformação relevante ocorreu na legislação acerca do tema das provas ilicitamente auferidas.

O regime militar, imposto em 1964, resgatou o movimento hipertrofia do Poder Executivo nacional. Com a Constituição de 1967, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969, o texto original continha, formalmente, diversas das garantias consagradas em Constituições anteriores, chegando inclusive a ampliar o espectro de proteção do sigilo (intimidade), estendendo-o além das

⁴⁷ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 311.

⁴⁸ “A Constituição de 1946 era tão parecida com a de 1934 que se podia ter a impressão de um decalque”. SOBRINHO, Barbosa Lima. *A Constituição de 1946*. In: BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições brasileiras*. Vol. V, 1946. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 25.

correspondências para abranger também as comunicações telegráficas e telefônicas (art. 150, §9º do original, posteriormente alterado para art. 153, §9º, após a reforma).

Todavia, com o advento do Ato Institucional nº 5, de 13 de Dezembro de 1968, reeditou-se a suspensão da garantia ao *habeas corpus* (em crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular – art. 10), autorizando ainda ao Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, ordenar a interdição, pelo prazo de 10 anos, dos direitos políticos de quaisquer cidadãos brasileiros, bem como cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais (art. 4º), sem a possibilidade de recurso ou apelo ao Poder Judiciário (art. 11).

Durante as duas décadas de militarismo, raras transformações foram empreendidas no Código de Processo Penal. Mesmo atravessando, nesse longo intervalo de mais de quarenta anos, três Constituições de modelos de Estado absolutamente distintos, o CPP manteve-se quase incólume: criado na vigência do Estado Novo, atendeu ao regime democrático de 1946 e ao militarismo ditatorial de 1964, continuando a ser utilizado no constitucionalismo de 1988.

Durante esse período permaneceram inalteradas as disposições relativas à teoria geral da prova (art. 155, 156, 157), as quais somente foram modificadas no processo penal comum cerca de sessenta e sete anos depois, com a Lei nº 11.690/2008⁴⁹, que estabeleceu a redação que hoje vigora.

2.4.1 O Código de Processo Penal Militar (1969) e o Código de Processo Civil (1973): vedações probatórias baseadas em critérios valorativos.

Sob o regime constitucional de 1967 foi editado, em 21 de outubro de 1969, o Decreto-lei nº 1.002, que instituía o Código de Processo Penal Militar.

⁴⁹ Além de reformar os artigos 155, 156 e 157, a Lei Federal nº 11.690/2008 também promoveu significativas alterações no art. 159 (exame de corpo de delito), art. 201 (inquirição do ofendido), 210, 212 e 217 (prova testemunhal), além do art. 386 do Código de Processo Penal.

No sistema do CPPM, vigente até os dias atuais, de acordo com o art. 295 “é admissível qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares”⁵⁰.

Chama a atenção nesse Código o fato de as restrições probatórias estarem no plano axiológico, aparentemente encampando valores éticos para determinar o campo da ilicitude das provas, a exemplo do que ocorria em legislações estrangeiras, conforme adiante será demonstrado. Em outro extremo, admitia-se aquelas provas que, a despeito de vícios formais, não atentassem contra tais princípios. Entretanto, em face da consagração constitucional, em 1988, do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, há sustentação doutrinária no sentido de interpretar, atualmente, o art. 295 do CPPM à luz da Constituição da República, proscrevendo as provas que violem, de qualquer forma, o ordenamento jurídico. Guilherme de Souza Nucci, dissertando sobre o aludido dispositivo do CPPM, defende a aplicação no processo penal militar, por analogia, do art. 157 do CPP comum⁵¹.

As alterações do Código de Processo Penal Militar formalmente representavam um avanço na legislação atinente à prova ilícita, ao colocar, em tese, o ser humano e sua dignidade como centro da proteção do ordenamento jurídico, ao proibir provas materialmente criminosas, que pudessem implicar em suplícios corporais, coações e outras formas de violações da intimidade, algo que nem mesmo o Código de Processo Penal comum foi capaz de prescrever, ainda que objetivamente.

O CPPM é um dos primeiros diplomas normativos do país a contemplar critério axiológico de validade probatória.

Nessa mesma linha, o Código de Processo Civil, criado alguns anos mais tarde (1973), condicionou no art. 332 a validade dos meios de prova ao fato de serem “moralmente legítimos”⁵². Referindo-se àqueles tempos, Nelson Nery Junior atesta que

⁵⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm.

⁵¹ “Este Código de Processo Militar não traz nenhum dispositivo específico cuidando das provas ilícitas, pois editado anteriormente à Constituição de 1988, razão pela qual entendemos deva ser aplicado por analogia o disposto no referido art. 157 do Código de Processo Penal comum”. In: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 325.

⁵² Código de Processo Civil de 1973. Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a

“doutrina e jurisprudência já se posicionavam no sentido de ser inadmissível a produção, em juízo, de prova obtida ilicitamente [pois] entendia-se, àquela altura, que essa prova não era legal ou moralmente legítima”⁵³.

Naquele período, encontram-se dois julgados do STF que, enxergando parâmetros para a inadmissibilidade probatória no princípio da moralidade, declarou ilícita a prova colhida em gravação clandestina feita pelo marido, das conversas telefônicas da esposa com um terceiro⁵⁴. De igual modo, a Suprema Corte concedeu mandado de segurança impetrado contra ato judicial que admitiu como prova a reprodução de uma fita cassete que continha gravação de conversa telefônica envolvendo o advogado da parte adversa, pois, segundo o Tribunal, o meio de prova infringia a garantia constitucional do direito à personalidade, sendo moralmente ilegítimo seu processo de captação, chocando-se com o art. 332 do CPC e art. 153, §9º da Constituição vigente⁵⁵.

Não obstante a evolução no ordenamento jurídico no estabelecimento de regras gerais proibitivas das provas ilícitas, é sabido que mesmo contando com essas disposições o CPPM não foi capaz de refrear os impulsos de um regime militar onde proliferaram as acusações de torturas de civis e agentes públicos; as buscas sem mandado; as prisões para

ação ou a defesa. BRASIL. Decreto-lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União (DOU) em 17/01/1973.

⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 157.

⁵⁴ Nas palavras do Rel. Xavier de Albuquerque: “parece-me incorreta, data vênua, a conclusão do acórdão proferido, pois a admissibilidade dos meios probatórios propiciados pela moderna tecnologia e contemplados no art. 383 do CPC está condicionada à regra geral do art. 332 do mesmo Código, evidentemente desaplicada nestes autos”, acrescentando que aquele meio de prova “não pode ser considerado moralmente legítimo, por mais progressistas e elásticos que sejam os padrões de moralidade que se possam utilizar”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 85.439/RJ. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Segunda Turma, julgado em 11/11/1977, DJ 02-12-1977 (RTJ 84/609).

⁵⁵ - DIREITO AO RECATO OU À INTIMIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. CAPTAÇÃO ILEGÍTIMA DE MEIO DE PROVA. ART-153, § 9º DA CONSTITUIÇÃO. ART-332 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INFRINGENTE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DA PERSONALIDADE E MORALMENTE ILEGÍTIMO É O PROCESSO DE CAPTAÇÃO DE PROVA, MEDIANTE A INTERCEPTAÇÃO DE TELEFONEMA, À REVELIA DO COMUNICANTE, SENDO, PORTANTO, INADMISSÍVEL VENHA A SER DIVULGADA EM AUDIÊNCIA DE PROCESSO JUDICIAL, DE QUE SEQUER É PARTE. LESIVO A DIREITO INDIVIDUAL, CABE O MANDADO DE SEGURANÇA PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA PROVA E O DESENTRANHAMENTO, DOS AUTOS, DA GRAVAÇÃO RESPECTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 100.094-5/PR, Relator(a): Rafael Mayer, Primeira Turma, julgado em 28/06/1984, DJ 24-08-1984 PP-13482 EMENT VOL-01346-03 PP-00560 RTJ VOL-00110-02 PP-00798)

averiguação; execuções sumárias e desaparecimentos; as escutas clandestinas e as provas forjadas.

Como a história denuncia, a prática dos agentes públicos transformou em letra morta no fragmento de papel os preceitos jurídicos que estabeleciam restrições à colheita da prova lastreada em parâmetros axiológicos que se aproximavam dos ideais de direitos humanos⁵⁶.

Enquanto isso, no processo penal comum, continuava a operar o modelo de ilicitude probatória casuístico, submetido ao tratamento das nulidades, desvinculado de uma teoria das garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Essa realidade foi finalmente modificada pela Constituição de 1988.

2.5 A positivação da garantia fundamental da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988.

Como visto, antes da consagração do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, no art. 5º, inciso LVI, da Constituição, vigorava, no processo penal comum, um modelo legislativo incompleto que estabelecia apenas restrições de certos meios de prova, cuja inobservância das formalidades era indissociável à sistemática das nulidades processuais, ainda que não houvesse ostensivamente tal prescrição:

Desse modo, duas são as conclusões que se retiram dos estatutos em vigor, quanto às provas ilícitas. Em primeiro lugar, mesmo quanto à inadmissibilidade de certas provas, previstas nas leis processuais, não há cominação expressa de nulidade para sua produção contra legem. Já em segundo lugar, outras provas ilícitas, obtidas em violação a direitos fundamentais, não são sequer consideradas inadmissíveis⁵⁷.

Nos anos que antecederam a Constituição de 1988, a doutrina vinha sustentando a necessidade do estabelecimento de uma cláusula geral proibitiva das provas obtidas com violações aos direitos fundamentais e à legislação infraconstitucional.

⁵⁶ A fim de não estender por demasiado a pesquisa, optou-se por não pesquisar jurisprudência relacionada aos Tribunais Militares, o que, apesar de interessante, não foi possível executar.

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 202.

A Professora Ada Pellegrini Grinover submeteu à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), tese de titularidade intitulada “Liberdades Públicas e Processo Penal”, escrita originalmente em 1976, na qual denunciava a existência de uma lacuna no ordenamento jurídico pátrio. Após um estudo do direito comparado, a autora acusou o Brasil de não possuir cláusulas gerais acerca da inadmissibilidade das provas obtidas com violação às garantias constitucionais ou às normas de direito material e processual. Salvo raras exceções que prescreviam vedações a determinados meios de prova⁵⁸, a legislação da época se restringia à previsão de punição dos infratores às normas jurídicas na obtenção da prova, estabelecendo-lhes sanções, sem, contudo, cominar expressamente a consequência da inadmissibilidade do elemento probatório.

Por outro lado, também não se encontra, na Constituição Brasileira, a proibição da utilização de meios de prova obtidos através da infringência das normas, como ocorre na Lei Maior de outros países.

Assim, nem as leis processuais, nem a Constituição Brasileira estabelecem genericamente o impedimento de produzir prova obtida em violação a normas de direito material, sob pena de nulidade⁵⁹.

Um ano depois, em 1977, Adherbal de Barros interpretando sistematicamente o artigo 332 do Código de Processo Civil⁶⁰ (1973) e o art. 233 do Código de Processo Penal⁶¹ (1941), sustentou que “mesmo se não tivéssemos preceitos expressos no assunto [...] ainda seriam inadmissíveis as provas criminosamente produzidas, vez que incompatíveis com os fins do próprio processo”⁶².

Naquela época, diversos eram os posicionamentos na doutrina e na jurisprudência, havendo quem se colocasse a favor do aproveitamento processual das provas contaminadas e quem fosse radicalmente contra. Havia também o grupo que pregava sua

⁵⁸ Exemplo do art. 207 do CPP que proibia o depoimento de certas testemunhas ou o art. 233, também do CPP, que inadmitia a utilização das cartas particulares obtidas criminosamente.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 207.

⁶⁰ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

⁶¹ Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

⁶² BARROS, Adherbal de. *A investigação criminosa da prova*. In: Revista *Justitia* do Ministério Público, v. 39, nº 97, Abril-Junho 1977, p. 19. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/2bc0zb.pdf>. Acesso em: 18/11/2020.

utilização em casos excepcionais, na guarida do princípio da proporcionalidade. Essas teorias serão apresentadas no próximo capítulo.

Cumprido, no momento, apenas ressaltar que a consagração no art. 5º, inciso LVI, da Constituição de 1988, da garantia de que “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, foi resultado de um longo trabalho e intensas discussões na Assembleia Nacional Constituinte.

O estudo do processo legislante é revelador da corrente adotada na Constituição.

Os trabalhos da Subcomissão Legislativa da Câmara dos Deputados encarregada de elaborar o capítulo relativo aos direitos e garantias individuais fundamentais (que posteriormente veio a se tornar o art. 5º da Constituição), iniciaram-se em 01/05/1987, sob a Presidência do Deputado Antonio Mariz (PMDB-PB).

A Subcomissão continha parlamentares do PMDB (10), PFL (5), PDS (3), PDT (1), PTB (1), PL (1). O Anteprojeto do Relator Darcy Pozza (PDS-RS), contemplava na redação original do artigo apenas a tutela da integridade física e mental, bem como o direito à existência digna, punindo-se a tortura no inciso VII⁶³.

Na fase de apresentação de emendas pelos parlamentares integrantes da subcomissão, o deputado Jairo Carneiro, do PFL-BA, sugeriu a inclusão do seguinte texto no dispositivo: “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva da intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”⁶⁴, justificando a necessidade de inscrever no texto constitucional a garantia mencionada, a exemplo do que já ocorria em outros países, como forma de “proteção e tutela de interesses dos mais legítimos da pessoa e personalidade humana”⁶⁵.

⁶³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Anteprojeto do Deputado Constituinte Darcy Pozza, Relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais da Assembleia Nacional Constituinte. Vol. 78. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>. Acesso em: 15/04/2020.

⁶⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Emenda do Deputado Constituinte Jairo Carneiro ao art. 5º da Constituição, apresentada em 15/05/1987 à Assembleia Nacional Constituinte. Vol. 79, p. 58. Disponível no sítio eletrônico: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-79.pdf>. Acesso em: 16/04/2020.

⁶⁵ Idem.

Outra emenda, apresentada pelo Senador José Ignácio Ferreira (PMDB-ES), sugeria a inclusão de parágrafo no aludido dispositivo, o qual prescrevia redação mais próxima da que foi aprovada no texto final.

Inspirada na Constituição portuguesa, a emenda do parlamentar (identificada como Sugestão nº 07292) prescrevia serem inadmissíveis, no processo, todas aquelas “provas obtidas clandestinamente, mediante ofensa à integridade física ou moral da pessoa ou pela indevida intromissão na intimidade, no domicílio, na correspondência, nas comunicações, nos registros informáticos e nos arquivos particulares”⁶⁶. A justificativa do Senador para a proposta de emenda ao dispositivo, era de que competia à Constituição disciplinar o regime de proibição da produção das provas ilícitas, mediante a cominação abstrata de sua inadmissibilidade⁶⁷. Apesar disso, a sugestão de emenda ainda contemplava uma formulação casuística, que poderiam restringir a extensão da garantia fundamental.

Em artigo dedicado ao assunto, escrito durante o período de funcionamento da Assembleia Constituinte em 1988, o membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Luís Alberto Thompson Flores Lenz, criticou o fato de o ordenamento jurídico ser “muito deficiente na vedação das provas ilícitas e ilegítimas”, pois os vários artigos que tratavam da matéria limitavam-se a “restringir determinados meios específicos de provas proibidas”. Exaltando os projetos de lei e de emenda à Constituição propostos em anos anteriores, o atual procurador de justiça do Ministério Público gaúcho deixou claro que, em sua visão, o melhor seria não positivar a “restrição absoluta, nem a admissibilidade total”, exigindo-se um “meio termo”⁶⁸.

Esse, contudo, não foi o caminho trilhado pelos parlamentares do Congresso Nacional.

A redação do atual inciso LVI do art. 5º da Constituição apareceu pela primeira vez na Comissão de Sistematização, Fase N do processo legislativo constituinte, por

⁶⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Emenda do Senador José Ignácio Ferreira ao art. 5º da Constituição, apresentada em 20/05/1987 à Assembleia Nacional Constituinte. Vol. 79, p. 486. Disponível no sítio eletrônico: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-79.pdf>. Acesso em: 16/04/2020.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ FLORES LENZ, Luís Alberto Thompson. *Os meios moralmente legítimos de prova*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a.25, nº 97, jan/mar de 1988, p. 233-235.

ocasião da apresentação do primeiro projeto substitutivo do Relator. Essa proposta continha no seu parágrafo 21º a determinação categórica: “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”.

Após novas emendas, tentativas de modificação e até mesmo supressão⁶⁹ da proposta formulada, a redação do art. 5º, inciso LVI, foi finalmente consolidada e aprovada na votação em plenário do Congresso, passando a integrar o texto constitucional promulgado⁷⁰.

A conclusão do estudo do processo legislativo constitucional é evidente: em meio a todos os debates, propostas, controvérsias, emendas, instrumentos regimentais e legais de alteração do texto, saiu vitoriosa, democraticamente, a corrente que pregava o banimento, irrestrito, das provas ilícitas no processo, sem vislumbrar, neste princípio, qualquer exceção em sua redação literal. Veja-se, então, que dentre os diversos regimes constitucionais probatórios, o Brasil filiou-se ao da inadmissibilidade geral das provas ilícitas:

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;⁷¹

⁶⁹ O Deputado Nilson Gibson (PMDB-PE) chegou a propor a eliminação do dispositivo (até então inculcado no art. 6º, §21) em emenda supressiva nº 26150, de 02/09/1987, sob o argumento de que a cláusula geral de inadmissibilidade das provas ilícitas seria matéria “ eminentemente processual”, não devendo figurar no texto da Constituição. Além disso, afirmava que “ não se pode admitir, *a priori*, que provas sejam obtidas por meios ilícitos.

⁷⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A construção do art. 5º da Constituição de 1988*. Brasília/DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013, p. 265-268. Disponível no sítio eletrônico: https://www.sinesp.org.br/images/A_CONSTRUÇÃO_DO_ARTIGO_5º_DA_CONSTITUIÇÃO_FEDE_RAL_198.pdf. Acesso em: 15/04/2020.

⁷¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 05/10/1988.

2.5.1 A opção do Poder Constituinte Originário pela corrente da inadmissibilidade geral das provas ilicitamente obtidas.

Prevaleceu na Constituição Federal de 1988 a corrente doutrinária defensora da inadmissibilidade geral das provas ilicitamente obtidas. Reitere-se que houve, no palco democrático da Assembleia Nacional Constituinte, diversas propostas de emendas, discussões e alterações no texto da norma constitucional do art. 5º, inciso LVI, desde a sua proposta inicial de redação até final promulgação.

Essa conclusão é necessária para que se chegue à conclusão deste prefacial estudo histórico: dentre as várias correntes doutrinárias e legislativas encampadas no direito estrangeiro, o Poder Constituinte Originário brasileiro, soberanamente, decidiu pela adoção daquela que estabelecia uma restrição geral de admissão das provas ilícitas no processo. No processo constituinte houve, inclusive, como acima destacado, parlamentares que defenderam a supressão desta norma, com intuito de deixar o tratamento das provas ilícitas à lei processual e à valoração jurisdicional no caso concreto, além de outras emendas que propunham outras redações ao dispositivo. Propostas que, todavia, acabaram rejeitadas nas votações.

Assim, a vedação às provas ilícitas no Brasil diz respeito à completa impossibilidade de sua produção e, por conseguinte, introdução e admissão no processo. A interpretação autêntica e histórica da norma constitucional revela, portanto, que ao contrário de outros países que perfilaram ideais mais flexíveis a respeito das provas obtidas ilicitamente, a legislação brasileira filou-se à corrente da inadmissibilidade absoluta, especialmente em matéria penal, dada a impossibilidade de ponderação da norma, conforme se demonstrará adiante.

Reconhecendo a derrota, mas insurgindo-se contra o texto literal enunciativo do direito fundamental, parte da doutrina passou então a discutir se haveria possibilidade de relativizar a norma do art. 5º, inciso LVI, da Constituição de 1988.

Num primeiro momento, sob uma ótica formalmente garantista, fortaleceu-se o raciocínio pelo qual seria admissível a prova ilícita quando tivesse por finalidade a demonstração da inocência do imputado. Tratava-se da chamada prova ilícita em favor do réu, tese sustentada por José Carlos Barbosa Moreira, sob o argumento de que “o

direito de provar a inocência deve prevalecer sobre o interesse de proteção que inspira a norma proibitiva, [pois] não pode interessar ao Estado a condenação de um inocente, a qual implicará talvez a impunidade do verdadeiro culpado”⁷²⁷³.

Mesmo sem concordar com a proibição genérica estabelecida, o processualista reconheceu expressamente que o posicionamento do constituinte originário no art. 5º, inciso LVI, foi peremptório: a Constituição brasileira contemplou a corrente absoluta ao prescrever vedação incondicionada à admissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Segundo o autor (que, ainda assim, acabara por defender a relativização do princípio nos casos de “criminalidade organizada”), o legislador constituinte escolheu essa alternativa devido ao contexto histórico e ao momento político da época de criação da Constituição Federal, repudiando o autoritarismo repressor.

A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução – ao menos à primeira vista – radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização de provas ilícitas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do juiz de, mediante autorização, legitimar a obtenção de provas que sem ela ficam sujeitas a veto literalmente categórico.

Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguiu-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominou o país, e sob o qual eram frequentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao “grampeamento” de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação.

Endossando a justificativa que atribui às crueldades persecutórias o motivo da consagração do direito fundamental à inadmissão das provas ilícitas, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, em voto proferido no ano de 1993, lecionava:

Não é que, nestas bandas, a persecução penal, algum dia, tivesse sido imune à utilização de provas ilícitas. Pelo contrário. A tortura, desde tempos imemoriais, continua sendo a prática rotineira da investigação policial da criminalidade das classes marginalizadas, mas a evidência

⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. In: Revista de Processo, n. 84, Ano 21, Outubro – Dezembro de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 147.

⁷³ Esta suposta exceção à norma constitucional será objeto de análise no próximo capítulo.

de sua realidade geralmente só choca as elites, quando, nos tempos de ditadura, de certo modo se democratiza e violenta os inimigos do regime, sem discriminação de classe.⁷⁴

A despeito da expressa vedação constitucional, Barbosa Moreira propunha que a garantia deveria ser relativizada no caso concreto pela ponderação judicial dos interesses em jogo. O autor defendia, na esteira do que sustentavam Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos, que a interpretação do art. 5º, inciso LVI da Constituição de 1988 tinha de ser executada pelo juiz no caso concreto, de forma sistemática, ponderando outros direitos fundamentais igualmente relevantes, como o combate ao tráfico de drogas que, em sua opinião, também seria um valor constitucionalmente assegurado⁷⁵.

A recepção da teoria da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas na Constituição Federal de 1988 também é admitida por Antonio Magalhães Gomes Filho, segundo o qual “apesar dos termos categóricos do texto constitucional – o que é reconhecido até mesmo pelos que advogam ser necessário temperar a aparente rigidez da norma -, ainda persistem resistências a sua completa aplicação”⁷⁶.

Outro a apontar o direcionamento constitucional no sentido de recusa definitiva ao aproveitamento de provas ilícitas é Luís Roberto Barroso, o qual assevera que “qualquer discussão doutrinária acerca do tema perde relevância em face da peremptória vedação contida no texto constitucional”, acrescentando, em resposta aos pensamentos insurgentes, que “a Constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscricção da prova ilícita”⁷⁷.

⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence no HC nº 69.912-0/RS. Relator(a) p/ Acórdão: CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1993, DJ 26-11-1993.

⁷⁵ “Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo. Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade”. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Obra citada, p. 148-149.

⁷⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 85. Julho – Agosto de 2010, p. 396 [p. 393-410].

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas*. In: Revista de Direito Administrativo, nº 213, Jul-Set 1998. Rio de Janeiro, p. 159. Disponível em bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47206/45406. Acesso em: 19/11/2020.

A assertividade da norma constitucional não bastou para conter os que a ela se opunham. Advogando tese divergente do exposto texto constitucional, José Roberto Bedaque propunha:

Não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas [...] [porquanto] a repulsa de tal prova, como regra genérica, em nada beneficia o ordenamento jurídico, já violado pelo ato ilegal daquele que a obteve [...]. E, com a rejeição de uma prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa⁷⁸.

Percebe-se, assim, que apesar da Constituição ter inequivocamente perfilado uma corrente, diversos doutrinadores, inconformados com a positivação do princípio da inadmissibilidade geral das provas ilícitas no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, passaram a sustentar uma espécie de modulação hermenêutica da garantia, ou, em termos singelos, sua flexibilização, a ser desempenhada pelo Poder Judiciário nos casos concretos.

Antes de se passar ao exame de cada uma das teorias relativas à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é preciso enfatizar que o princípio estatuído na Constituição Federal constitui, antes de tudo, um direito humano, segundo as normas do direito internacional.

2.6 O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos como direito humano.

No plano do direito internacional público é possível constatar que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas está inserido em um espectro de proteção jurídica aos acusados em processos criminais que envolve, basicamente, três garantias mínimas:

- 1) O devido processo legal, direito fundamental de todo ser humano acusado da prática de delito. Esse referencial parte da ideia de que a proibição do Estado de recorrer às provas ilegais nas investigações criminais é uma decorrência lógica da cláusula segundo a qual ninguém pode ser privado de sua vida, patrimônio ou liberdade sem o justo e devido processo, cujas fórmulas procedimentais estão disciplinadas em lei e não podem ser descumpridas.

⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 103-105.

- 2) A tutela da intimidade. Essa proteção se estende aos métodos investigativos que possam implicar ingerências ilegais ou abusivas à vida privada ou profissional, à honra ou reputação do indivíduo réu no processo criminal. Aqui está inserida a proibição ao emprego de tortura, métodos cruéis, degradantes e coações. Trata-se do amparo contra autoincriminações forçadas, que estabelece limites à atividade probatória do Estado, projetando seus efeitos em todo e qualquer meio de prova (oral, documental, pericial, etc).
- 3) A consagração do princípio do estado de inocência e a necessidade de comprovação da culpa individual pelos meios de prova legalmente admitidos.

Destarte, a gênese da ideia do impedimento das provas ilicitamente obtidas se confunde com o aparecimento das três garantias supracitadas. Ocorre, todavia, que a interpretação acerca dos limites à atividade probatória está naturalmente condicionada pelo que estipula o ordenamento jurídico de cada país, pois o conceito de devido processo varia em cada lugar e período, fazendo com que tais restrições estejam sujeitas aos “casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas”⁷⁹.

Atribuir *status* de direito humano ao princípio da inadmissibilidade de obtenção das provas ilícitas na persecução penal, como corolário das garantias ao devido processo, intimidade e proibição contra autoincriminações forçadas é uma construção teórica mais recente, que encontra seu referencial axiológico nos Tratados Internacionais e nas Constituições dos países democráticos promulgadas especialmente ao longo do século XX.

Assim é que tal princípio pode ser deduzido das cláusulas que prescrevem o devido processo legal e determinam a comprovação da culpa dos réus (presumidamente inocentes) pelos meios legais, com proibição de certos métodos como a tortura ou coação, conforme estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Carta da ONU):

Artigo V
Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

⁷⁹ Em 1789, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão estipulava em seu art. 7º: “Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites.” Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 25/06/2019.

Artigo XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques⁸⁰.

De igual maneira, tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, firmado em 1966 e incorporado ao direito interno por meio do Decreto nº 592/1992, quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – Decreto nº 678/1992), há o estabelecimento de garantias mínimas aos acusados em processos criminais, das quais se extraem restrições pontuais no tratamento com todos os seres humanos:

(a) proteção contra a autoincriminação forçada (torturas, coações, etc)⁸¹;

(b) a presunção de inocência do réu “enquanto não for comprovada legalmente sua culpa”⁸²;

(c) tutela da intimidade, com a proibição de “ingerências arbitrárias ou ilegais” na vida privada, família, domicílio, correspondências, bem como ofensas à honra e reputação, além de proteção legal em face de tais ocorrências⁸³.

Ainda que nos diplomas normativos internacionais não houvesse, até então, uma restrição expressa à utilização de provas ilícitas, o fato de proibir determinados métodos investigativos ou ingerências arbitrárias era consectário do ideal de devido processo.

Com a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), por intermédio da Convenção de Roma firmada em 1998, houve a consagração, a nível internacional, de um

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) de 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser acessada no sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas (ONU), em inglês: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 23/02/2019.

⁸¹ Vide art. 7º c.c. art. 14, 3, “g”, do Decreto nº 592/1992 e art. 5º, 2, c.c. art. 8º, 2, “g”, do Decreto nº 678/1992.

⁸² Vide art. 14, 2, do Decreto nº 592/1992 e art. 8º, 2, do Decreto nº 678/1992.

⁸³ Vide art. 17, 1 e 2, do Decreto nº 592/1992 e art. 11, 2 e 3, do Decreto nº 678/1992.

dispositivo de proibição de provas ilícitas, especialmente aquelas atentatórias aos direitos humanos. Embora condicionasse a inadmissibilidade a requisitos como a necessidade de a violação acarretar comprometimento da confiabilidade da prova e comprometer a integridade do processo, a norma expressamente banuiu a utilização de tais provas, impedindo que pudessem ser utilizadas no julgamento. O Estatuto do TPI foi promulgado no direito brasileiro pelo Decreto nº 4388, de 2002:

Artigo 69

Prova

7. Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando:

- a) Essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou
- b) A sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste.⁸⁴

Destarte, o princípio que veda a admissibilidade de provas ilícitas é um direito humano reconhecido internacionalmente.

Fixada mais esta premissa, no próximo capítulo tratar-se-á de cada uma das teorias a respeito da admissibilidade de provas ilícitas no processo, procurando realizar um estudo crítico dos seus argumentos principais.

⁸⁴ BRASIL. Decreto Presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 26/09/2002.

3 TEORIAS SOBRE A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.

Nos países ocidentais é extenso o debate acerca dos regimes jurídicos de (in)admissibilidade probatória. Teresa Armenta Deu, em obra dedicada ao tema, apresentou as diferentes soluções conferidas às provas ilícitas na Europa e América⁸⁵, onde juristas procuram alternativas para resolver o impasse entre um modelo no qual as provas ilicitamente obtidas são proibidas e, de outro lado, a escolha de um sistema onde tais provas poderiam ser aceitas, ainda que sob determinadas condições. Entre essas duas concepções extremas há uma terceira corrente que sustenta a admissibilidade relativa da prova ilícita, pautada no princípio da proporcionalidade, a depender dos direitos (princípios) em contraposição no caso concreto.

No capítulo anterior foi exposto de que maneira se deu o tratamento das provas ilícitas no direito brasileiro até que houvesse a consagração da garantia fundamental no texto constitucional proscREVENDO-as. A promulgação da Constituição Federal de 1988, todavia, não implicou em um ultimato na discussão, como visto. A clareza e assertividade da norma redigida no art. 5º, inciso LVI, da CF, não foram suficientes para impedir interpretações das mais diversas, por parte de doutrinadores e julgadores, inclinando-se na direção equivocada segundo a qual o direito brasileiro abriria espaço para a ponderação da aceitação da prova ilícita com outros princípios estatuidos na legislação ou, até mesmo, em face de valores abstratos.

Para a redação deste capítulo contou-se com o auxílio de obras doutrinárias nacionais e estrangeiras. Sobre o tema das provas ilícitas há centenas de artigos, livros e materiais produzidos, vetustos e recentes. Nesse universo inesgotável de conhecimento, a tarefa de selecionar as fontes de pesquisa é necessariamente arbitrária. Por isso, preferiu-se trabalhos de autores renomados da área, cujos estudos tenham sido publicados em livros ou periódicos certificados no meio acadêmico. Salvo algumas exceções, evitou-se o recurso aos tradicionais manuais de direito processual penal com intuito de verticalizar na temática examinada, dada a profundidade geralmente maior de obras específicas do assunto.

⁸⁵ DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução: Nereu José Giacomolli. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Empreendeu-se também uma pesquisa jurisprudencial qualitativa⁸⁶, porquanto essa técnica permite “usar recursos aleatórios para fixar a amostra, isto é, procura uma espécie de representatividade do grupo maior de sujeitos, [além de não ser] preocupação dela a quantificação da amostragem”⁸⁷. O fator preponderante para a adoção desta estratégia metodológica foi a possibilidade de selecionar o objeto de modo direcionado, isto é, coletar decisões representativas de cada uma das correntes estudadas, de modo a captar os variados argumentos utilizados para se admitir ou rechaçar a admissibilidade das provas ilícitas. O tratamento de dados segue o processo metodológico de análise do discurso, com intuito de explorar as concepções ideológicas presentes nos acórdãos coletados e, com isso, problematizá-lo para “explicitar os processos de significação que nele estão configurados, os mecanismos de produção de sentidos que estão funcionando”⁸⁸.

São referenciados os parâmetros de busca da pesquisa jurisprudencial realizada. A explicitação do método é indispensável para conferir cientificidade à investigação empreendida. Mesmo em se tratando de uma pesquisa qualitativa, não se pode conceber o direcionamento da coleta de uma amostra tendenciosa que se limitasse a confirmar a hipótese da pesquisa. Deve a pesquisa jurídica, pois, apresentar os “elementos para a verificação e a contestação das hipóteses apresentadas”⁸⁹, facultando-se ao leitor a testagem, a falseabilidade e a refutação das conclusões. Nesse sentido, a pesquisa de jurisprudência preocupou-se em ampliar o universo da coleta de dados primários para abarcar as diferentes justificativas encontradas para admissibilidade ou inadmissibilidade das provas reputadas ilícitas.

Escolheu-se analisar julgados precipuamente do Supremo Tribunal Federal por ser a Corte dotada de competência para exercer, em última instância, o controle difuso de

⁸⁶ Na pesquisa qualitativa se emprega uma lógica indutiva, indo do particular para o geral; além disso, durante o processo de pesquisa, suas hipóteses não são testadas, e vão sendo aprimoradas conforme mais dados são obtidos; o estudo se baseia em métodos de coleta de dados não padronizados nem totalmente predeterminados, não utilizando medições numéricas nem análises estatísticas; seu processo de indagação é flexível, se movendo entre as respostas e o desenvolvimento da pesquisa e, justamente por isso, permite um enfoque holístico, que considera o todo. SAMPIERI, Roberto Hernández; CALLADO, Carlos Fernández; LUCIO, María del Pilar Baptista. *Metodologia da pesquisa*. 5ª ed. Porto Alegre: Penso, 2013, p. 33-35.

⁸⁷ TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 132.

⁸⁸ ORLANDI, Eni Pulcinelli. *A linguagem e seu funcionamento: as formas do discurso*. Campinas: Pontes, 1996, p. 117.

⁸⁹ ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 23ª ed. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 23.

constitucionalidade de decisões judiciais que tenham contrariado ou negado vigência a direito ou garantia fundamental previstos na Constituição da República⁹⁰. Em se tratando o objeto formal da pesquisa de uma garantia expressa do texto constitucional, no art. 5º, inciso LVI, justifica-se a seleção da Suprema Corte brasileira como fonte da investigação.

Ao tratar, todavia, da teoria da proporcionalidade, a pesquisa também abrangeu o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como forma de verificar a conformidade dos julgados destas Cortes com os do STF e, ainda, elencar as possíveis justificativas para a admissão relativa das provas ilícitas no processo penal.

Definida a estratégia de metodologia a ser seguida, cumpre, por fim, advertir que os parâmetros de busca empregados no sítio eletrônico de cada Tribunal serão explicitados conforme os acórdãos vierem a ser exibidos no desenvolvimento do capítulo.

Registre-se que a busca jurisprudencial é meramente exemplificativa e, portanto, não permite, pelo método empregado de coleta de arestos, qualquer conclusão generalizante acerca de eventuais posicionamentos majoritários ou minoritários dos órgãos do Poder Judiciário estudados, limitando-se à demonstração da mera existência de tais acórdãos e, por conseguinte, da fundamentação neles empregada.

Passa-se, então, a examinar cada uma das correntes supracitadas.

3.1 Teoria da admissibilidade geral das provas ilícitas.

A primeira e mais antiga teoria acerca das provas ilícitas defende sua admissibilidade geral, autorizando seu aproveitamento nos processos cíveis e criminais.

Para os autores filiados a esta corrente, eventuais ilegalidades e excessos cometidos na obtenção da prova teriam o condão de sujeitar o infrator às sanções cabíveis, mas não resultariam na automática exclusão ou proibição de valoração do elemento probatório pelo juiz do processo. Adalberto de Camargo Aranha ministra que, para essa

⁹⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

teoria “a conversa telefônica interceptada fica mantida como prova, processando-se o ofensor pela violação da lei adequada; a fotografia obtida mediante violação da intimidade vale como prova, punindo-se o violador [...]”⁹¹.

O renomado processualista italiano Franco Cordero foi um de seus expoentes. Para o autor, “resta dizer quando uma prova é admissível; e é conveniente dizê-lo pelo negativo; é [admissível] sempre que nenhuma regra a exclua. Normas processuais, é claro. Não importa se foi descoberta ou estabelecida [a prova] ilegalmente”⁹². A Cordero é atribuída a famosa frase “*male captum, bene retentum*”, que significa o que foi mal colhido deve ser bem conservado, em alusão à prova ilícita e sua conservação nos autos do processo. Essa vertente italiana da teoria, seguida por Francesco Carnelutti com algumas divergências, parte do pressuposto de que somente as normas processuais poderiam determinar a exclusão de uma prova, cominando sua nulidade. Se não existissem tais regras, a prova seria sempre admissível, não importando os meios pelos quais foi angariada⁹³.

Convém advertir que essa teoria, que prega a admissibilidade dos meios de prova ilicitamente obtidos, não se confunde com aquela que sustenta a possibilidade de se produzir provas atípicas ou inominadas (aquelas não expressamente previstas ou disciplinadas em lei). É que a ausência de regulamentação específica do método de produção da prova não necessariamente resulta na conclusão de que sua obtenção será ilegal por falta de regramento próprio. Na realidade, pode não haver qualquer violação de direito fundamental na colheita de uma prova inominada fazendo com que ela venha a ser admissível⁹⁴.

⁹¹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 44.

⁹² “*queda por decir cuándo una prueba es admisible; y conviene decirlo por la negativa; lo es siempre que ninguna norma la excluya. Normas procesales, claro está. No importa que haya sido descubierta o establecida ilícitamente*”. Tradução livre. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, p. 44.

⁹³ Ver o trabalho de ROQUE, André Vasconcelos. *As provas ilícitas no projeto do novo código de processo civil brasileiro: primeiras reflexões*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. VI. Periódico da Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito Processual da UERJ. ISSN: 1982-7636, p. 10-11.

⁹⁴ Há de se ter um cuidado maior com as provas inominadas no direito processual penal, mas mesmo os meios de prova atípicos, como vídeos, prints de postagens ou diálogos em redes sociais podem ser lícitos, desde que auferidos em conformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição e suas cláusulas de reserva de jurisdição que protegem a intimidade, honra etc. Veja-se passagem de Nelson Hungria, segundo o qual “a desconcertante versatilidade dos fatos humanos e o constante progresso dos métodos técnicos aplicáveis à investigação criminal podem exigir ou justificar a adoção de meios

A concepção de Cordero se baseia na distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas, classificação esquematizada por Pietro Nuvolone em 1966, no artigo intitulado *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*⁹⁵. Para Nuvolone, a denominação prova ilícita se refere àquela produzida com infringência às normas de direito material, ou seja, obtida mediante a prática de crime (escutas e interceptações clandestinas, buscas e apreensões não autorizadas, violações de correspondências e de domicílio arbitrárias, torturas, ameaças etc.). Já a prova ilegítima seria aquela produzida com desrespeito às formalidades previstas na lei processual. Apesar da classificação, Nuvolone defendia que em ambas as hipóteses a prova deveria ser inutilizada, ao contrário de Cordero.

Tomando-se por referência o objeto, observa-se que pela proposta de Cordero a prova ilegítima implicaria em consequência procedimental mais grave que a própria prova ilícita, uma vez que a primeira seria inadmissível por ser nula processualmente, enquanto a segunda poderia ser utilizada no processo, muito embora seu agente produtor se sujeitasse às penalidades aplicáveis⁹⁶.

Interessante notar que esta formulação doutrinária italiana reforça a segunda hipótese aventada no capítulo anterior, pela qual a dogmática das provas ilícitas, no processo penal, foi edificada sobre as mesmas fundações da teoria das invalidades dos atos processuais, uma vez que a prova ilícita não poderia ser excluída de apreciação graças à ausência de diretriz normativa específica. Os franceses resumem a ideia no brocardo “*pas de nulite sans texte*”, ou seja, não há nulidade sem previsão legal expressa.

No direito alemão e norte-americano, Jacobo López localizou precedentes defendendo o uso da prova ilicitamente obtida em nome do princípio da verdade real, prevalência do interesse da coletividade sobre os vícios de formalidade e, até mesmo, sob pretexto de que a regra de exclusão (*exclusionary rule*) poderia levar os agentes públicos

probatórios estranhos à experiência do passado”. HUNGRIA, Nelson. *A liberdade dos meios de prova*. In: Revista Jurídica, v. 33, Porto Alegre/RS, p. 5.

⁹⁵ NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Volume XXI (II Serie), 1966.

⁹⁶ “Apesar das diferenças, as teorias expostas colocam-se substancialmente na mesma posição, a de que a prova ilícita é admissível e utilizável no processo, independentemente das sanções penais, civis ou regulamentares em que possa incorrer o infrator e de que somente a prova ilegítima, assim considerada pela lei processual, poderá ser afastada do material probatório”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 147.

a trabalhar de forma demasiadamente zelosa, representando um perigo maior para a sociedade do que a própria impunidade do criminoso⁹⁷.

É equivocado crer que tais manifestações se limitassem ao direito estrangeiro.

Antes do advento da Constituição de 1988 no Brasil, João Baptista Cordeiro Guerra, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, entendia pela livre admissão da prova como consectário do sistema de livre convencimento do magistrado, além da função da descoberta da verdade material no processo criminal, em detrimento aos direitos do imputado:

Não creio que entre os direitos humanos se encontre direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado. Nesse caso, creio que razão assiste à nossa jurisprudência: pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime efetivamente provado.⁹⁸ (Grifos do autor).

A referência realizada pelo Ministro à jurisprudência da época era justificável. De fato, no período pré-constitucional, multiplicavam-se acórdãos de diferentes tribunais que esposavam idêntica conclusão. A título meramente exemplificativo, veja-se, abaixo, ementário extraído do repertório publicado na tradicional Revista dos Tribunais das décadas de 1950 a 1970:

Prova – Gravação de conversa telefônica – Captação por meio criminoso – Violação do sigilo da correspondência – Meio probatório não previsto em lei – Livre apreciação, todavia, pelo juiz⁹⁹.

Afirmção de ter a confissão policial sido extorquida. Confissão coerente com as demais provas. "Eventuais maus tratos impostos ao réu não infirmam valor probante da confissão que os demais elementos de convicção demonstram ter sido veraz"¹⁰⁰.

⁹⁷ QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Las escuchas telefônicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal, 1989, p. 86.

⁹⁸ GUERRA, João Baptista Cordeiro. *Valor probante das confissões extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984, v. 285, p. 5.

⁹⁹ "Os tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal produzidas pelo respectivo litigante. Essa investigação é estranha ao processo e o juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais". Trecho do voto do Des. Relator Raphael de Barros Monteiro. Tribunal de Justiça de São Paulo. *In*: REVISTA DOS TRIBUNAIS. v. 194, 1951, p. 157.

¹⁰⁰ REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 356, 1964, p. 293 - TASP, Rel. Azevedo Franceschini.

Sendo a confissão autêntica, não interessa o que a motivou (no caso, por medo do "Esquadrão da Morte", o próprio réu requerera sua prisão preventiva).¹⁰¹

Tráfico de entorpecente. Diligência noturna e sem mandado. Delito de natureza permanente a permitir a entrada e apreensão a qualquer hora do dia ou da noite. Irregularidades na entrada e na apreensão acarretam responsabilidade administrativa, não a descon sideração da prova. No caso, houve permissão da esposa do réu¹⁰².

Tráfico de entorpecentes. Violação de domicílio sem mandado de busca. Confissão mediante sevícias. Falhas do inquerito não maculam o processo nem a decisão. Considerou ultrapassada jurisprudência *in* RT 456/416¹⁰³.

Irrelevante é a notícia de confissão extorquida se a res furtiva é apreendida em poder do agente, que não tem explicação válida para tal situação¹⁰⁴.

Além destas, outras 120 decisões de Tribunais estaduais, proferidas entre os anos de 1942 e 1988, foram analisadas em artigo escrito por Ricardo Cintra Torres de Carvalho, tendo o autor constatado a incoerência na fundamentação dos julgados, inexistindo “análise mais sistemática do problema em tela, e em praticamente nenhum dos acórdãos pesquisados menção a eventual ilicitude na obtenção da prova, nem maior enfoque constitucional”¹⁰⁵.

Até mesmo o célebre Hélio Tornaghi, antes da Constituição de 1988, sustentava ser possível o aproveitamento da prova ilícita, citando o exemplo de uma confissão extorquida ou de uma testemunha coagida em seu depoimento, cuja solução adequada residiria na responsabilização do coator, sem desconsiderar os indícios colhidos¹⁰⁶.

A premissa dos defensores desta corrente é a de que mais valeria uma prova mal obtida que uma prova inutilizável. Para eles, não haveria benefício em expurgar dos autos um elemento de convicção que poderia ser útil à elucidação do delito. Rebatem as críticas

¹⁰¹ _____, v. 412, 1969, p. 300 - TACrimSP, Rel. Azevedo Franceschini.

¹⁰² _____, v. 424, 1970, p. 337 – TJSP, Rel. Hoepfner Dutra.

¹⁰³ _____, v. 468, 1974, p. 347 - TACrimSP, Rel. Azevedo Franceschini.

¹⁰⁴ Ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, localizada no estudo de BARROS, Adherbal de. *A investigação criminosa da prova*. In: Revista *Justitia* do Ministério Público, v. 39, nº 97, Abril-Junho 1977, p. 19. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/2bc0zb.pdf>. Acesso em: 18/11/2020.

¹⁰⁵ CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. *A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal* – um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 12. Out-Dez 1995, p. 166.

¹⁰⁶ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2ª ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 465.

de que a prova ilegalmente obtida poderia incriminar um inocente afirmando que o filtro da veracidade da prova seria a consciência do magistrado, o qual poderia descartá-la ou atribuir-lhe valor irrisório no processo de valoração empreendido na sentença. Defendem que sua proposta seria a única que permitiria punir os culpados com menor sacrifício ao direito dos inocentes (os quais poderiam ser salvos pela “prudência” do juiz). E contra-atacam seus adversários ao afirmarem que a inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas acabava protegendo os inocentes, mas também os infratores, ao proibir a utilização de provas por vezes decisivas da culpa do criminoso, que contivessem, todavia, alguma irregularidade em sua origem.

A premissa desta filosofia resgata o antigo dilema: é melhor um inocente preso ou um culpado solto?

Oliver Wendell Holmes, ex-juiz da Suprema Corte Estados Unidos da América, lecionava que essa era uma escolha dos atores do sistema de justiça criminal e, em sua visão, seria um mal menor que alguns criminosos escapassem do que se o governo agisse de modo ignóbil¹⁰⁷. Ao se admitir provas ilicitamente obtidas por agentes públicos se estaria estimulando que tal prática se reproduzisse. Neste mesmo julgamento, do famoso caso *Olmstead v. United States* (277 U.S 428, 1928), o juiz associado Louis Brandeis destacou este efeito pernicioso, salientando que no Estado de Direito as mesmas regras que submetem os cidadãos vinculam os governantes. Se o governo se transformasse em infrator da lei fomentaria o desprezo ao ordenamento e convidaria todas as pessoas a quebrá-lo. Por isso, declarar que os fins justificam os meios na administração do sistema criminal, equivale-se a atestar que o governo pode cometer crimes a pretexto de condenar um criminoso¹⁰⁸.

Aos olhos do público em geral, a teoria da admissibilidade das provas ilícitas é menos sustentável quando, nas diligências probatórias, acontecem violações ao direito

¹⁰⁷ “I think it a less evil that some criminals should escape than that the Government should play an ignoble part.” Tradução livre. HOLMES, Oliver Wendell. Opinion in case *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). Voto disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/277/438>. Acesso em 19/11/2020.

¹⁰⁸ “Crime is contagious. If the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. To declare that in the administration of the criminal law the end justifies the means—to declare that the government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal—would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this court should resolutely set its face”. Tradução livre. BRANDEIS, Louis. Opinion in case *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). Fonte supracitada.

material, isto é, são cometidos atos ilícitos cíveis, criminais ou administrativos para se chegar à prova. A argumentação dos juízes da Suprema Corte, acima exposta, corrobora essa assertiva. Em tese, é mais fácil justificar a invalidade da prova quando ela é produto de um crime, fraude, coação, dolo, dentre outras ilicitudes materiais.

Por outro lado, parcela das críticas se esvai quando se está diante de uma ilegalidade formal, ou seja, vícios na forma de colheita, não diretamente relacionados ao conteúdo do respectivo meio de prova.

É nesse aspecto, talvez, que o senso comum teórico tenha maior dificuldade de entender e aceitar a inadmissibilidade da prova, pois o que estaria em jogo não seria um comportamento criminoso do agente produtor, mas “tão somente” irregularidades formais que, por vezes, poderiam nem mesmo chegar a comprometer sua credibilidade aos olhos dos leigos (ex: inobservância de algum ato da cadeia de custódia extrínseco à conservação do vestígio coletado, interrogatório do réu algemado ou vestido com trajes prisionais perante o conselho de sentença no tribunal do júri, etc.)¹⁰⁹.

Tal objeção, no sentido de refutar a exclusão da prova ilegítima, tem raízes mais profundas no pensamento inquisitorial e não pode ser superada sem que se compreenda a importância das formalidades procedimentais no processo penal. Esse desconhecimento é, em última instância, produto de uma deficiência na abordagem da essência e da conformação histórica do direito processual penal.

No processo criminal, a forma é garantia em face do arbítrio.

Quando em 1215 os lordes britânicos, senhores de terra, impuseram à Sua Majestade o Rei John Lackland (João-Sem-Terra) a sujeição à Magna Carta, buscavam segurança jurídica por intermédio da proteção pela forma, pelo procedimento. Veja-se que não se aboliu, naqueles tempos, a pena de morte, a majoração de tributos, o confisco de terras ou tampouco o aprisionamento dos traidores do rei. Apenas se instituiu a forma pela qual tais medidas poderiam ser implementadas, condicionando o poder real à

¹⁰⁹ Sem desconsiderar o correto raciocínio pelo qual a amostra de vestígio mal coletada, armazenada ou transportada pode ter implicações em sua análise, ou o argumento de que há efeito psicológico decorrente da imagem que os jurados formam do réu quando ele está algemado ou com trajes de presidiário.

observância dos ditames legais ou, na expressão do famoso documento, à obediência da “*legem terre*”¹¹⁰.

Especialmente no processo penal do Estado Democrático de Direito, a dimensão procedimental da cláusula do devido processo legal (*procedural due process of law* - art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), eleva-se como um autêntico e valoroso direito humano que edifica uma barreira ao poder sancionatório estatal. Sem que existisse tal contenção, obrigando o Poder Público a submeter-se aos ritos e trâmites legais que ele próprio criou, as pessoas estariam absolutamente despidas de outras garantias fundamentais como a vida, dignidade, liberdade, intimidade, integridade física, patrimônio, etc. De nada adiantaria prescrever direitos subjetivos que pudessem ser discricionariamente tolhidos pelo governante, de qualquer modo ou sob qualquer pretexto.

Os direitos fundamentais para serem resguardados no processo penal dependem da observância, na prática judiciária, das regras que o disciplinam. Por isso mesmo há, no regime democrático-legalista, a consagração de uma série de outras prerrogativas inerentes ao processo penal justo, dentre as quais se insere a proibição de uso das provas ilicitamente auferidas, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a não autoincriminação forçada, a motivação das decisões judiciais, o duplo grau de jurisdição, a duração razoável do processo, entre outros¹¹¹.

Não se quer aqui fazer acreditar que a simples instituição de formalidades seria suficiente para assegurar a existência do processo justo, pois a forma sem conteúdo é

¹¹⁰ Escrita originalmente em latim, o art. 39 da Magna Carta (1215) dizia: “Nullus liber homo *decetero* capiatur vel imprisonetur aut disseisiat *de aliquo libero tenemento suo vel libertatibus vel liberis consuetudinibus suis*, aut utlagetur, aut exuletur aut aliquo *alio* modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per *legem terre*.” Na tradução para o idioma inglês: “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions (...) except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land”. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/page/1215-magna-carta-latin-and-english>. Acesso em: 18/04/2020

¹¹¹ A bela passagem de Helio Tornaghi merece ser transcrita: “O Estado de Direito “desconfia de si mesmo”, teme o abuso de poder, procura limitar-se e demarcar as atribuições de seus órgãos; prescreve a forma, o lugar o tempo dos atos processuais. Nisso consiste o formalismo e essa é a sua significação. Não deve ser entrave à Justiça, mas tem de acautelar a segurança [...] lembra Eberhard Schmidt que o sentido profundo e a justificação do formalismo processual está na secular experiência dos abusos de autoridade e dos perigos de julgamentos sem formalidades [...] e conclui suas considerações lembrando o quanto o mal do regime nazista levou o povo alemão a dar valor ao formalismo judiciário. No processo, mais do que na prática de atos extrajudiciais, o formalismo se apresenta como garantia. Convém que o procedimento seja rápido e econômico; mas é indispensável que conduza à paz com justiça.” TORNAGHI, Hélio Bastos. *A relação processual penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 154.

nada; não haverá justiça em um processo sem garantias mínimas, ainda que objetivamente bem procedimentalizado. Entretanto, o conteúdo carece da forma, uma vez que para usufruir de tais garantias processuais, próprias de regimes democráticos, a obediência à legalidade torna-se uma condição essencial.

Portanto, parece ser descabida a proposição ideológica que minimiza o descumprimento de formalidades na obtenção da prova, com intuito de admiti-la em nome de outros meta-argumentos como a verdade real, eficiência da Justiça, livre convencimento judicial, supremacia do interesse público, além de outros, em relação aos quais uma análise crítica será feita adiante, quando do estudo jurisprudencial. Nesse cenário, descobriu-se que os principais argumentos utilizados pelos defensores da admissão geral das provas ilícitas são, em maior ou menor medida, reproduzidos pelos teóricos que advogam em defesa da teoria da proporcionalidade.

Por ora, prossegue-se no exame do próximo modelo teórico.

3.2 Teoria da inadmissibilidade geral das provas ilícitas.

A teoria da inadmissibilidade apregoa a hostilidade absoluta às provas obtidas com infringência às normas jurídicas em geral. Em síntese, a linha argumentativa da doutrina que a sustenta caminhou para a eleição de três argumentos principais com o passar dos anos: a) a prova ilícita é contrária ao ordenamento jurídico, pouco importando se a ilicitude é material ou processual; b) a prova ilícita decorre de uma atuação moralmente indefensável por parte do Estado ou do particular que a produziu, os quais poderiam ser fomentados a produzi-la, caso admissível; c) a prova ilícita viola um direito fundamental do suspeito/réu e ofende a lei e/ou a Constituição.

Por essa linha de pensamento, sustentada por Pietro Nuvolone, tanto na ilicitude quanto na ilegitimidade haveria ilegalidade da prova e, por consequência, sua completa imprestabilidade para produzir quaisquer efeitos, pouco importando essa distinção, segundo sua própria classificação. Para ele, a ineficácia da prova é consequência necessária, pois se prova é ilegal “*non può essere utilizzata*”¹¹².

¹¹² “A nostro avviso, l’idolatria del principio del libero convincimento ha portato spesso in questa materia a risultati aberranti (v. anche sopra n. 6). Qualora si debba riconoscere che una prova è stata illecitamente ottenuta dall’organo di giustizia (l’illiceità fuori del processo – ad es. furto di documenti – a nostro avviso,

No direito brasileiro, Adherbal de Barros, citado no capítulo anterior, antes mesmo da positivação da garantia contra a admissão de provas ilícitas na Constituição, já antecipava a advertência segundo a qual: “a disquisição criminosa da prova é incompatível com o fim do processo penal”¹¹³, o qual não se resumiria à descoberta da verdade. Perfilhando-se ao ascendente movimento norte-americano da época, asseverava que “o combate à criminalidade só pode ser feito de uma posição eminentemente ética”¹¹⁴.

O pressuposto ético dos defensores desta proposta é de que o enfrentamento à criminalidade deve ser condicionado pelos parâmetros estatuídos na legislação, não se admitindo, no processo, a busca da verdade a qualquer custo. Para eles, a legalidade da administração da Justiça criminal é imperiosa no Estado de Direito, não se combatendo o crime com outras infrações ao ordenamento. Acrescentam que não se justifica a atuação errônea por parte de agentes públicos ou particulares, sob pena de se estimular, ao se admitir as provas ilícitas, a prática de desvios nas diligências apuratórias. E, ainda, argumentam que o princípio do “livre convencimento” do juiz não lhe garante o direito de apreciar elementos probatórios constituídos ilicitamente¹¹⁵.

Conforme apontado nas críticas ao modelo anterior, o ponto nevrálgico deste entendimento também consiste na atribuição de um valor às formas do processo criminal. Longe de serem um mero regramento extrínseco de atos processuais, destituídas de qualquer importância, as formalidades concernentes ao procedimento desempenham, no processo penal, uma função teleológica de proteção de direitos individuais do imputado. Na essência, os teóricos desta corrente não adotam uma postura de apego exagerado ao

non ha rilievo) questa prova deve considerarsi illegale: e se è illegale non può essere utilizzata. Molto felice ci sembra la formula da noi già richiamata del codice brasiliano (art. 233)”. Tradução livre: “Em nossa opinião, a idolatria do princípio do livre convencimento frequentemente leva a resultados aberrantes neste assunto (ver também o nº 6 acima). Deve ser reconhecido que as provas foram obtidas ilegalmente pelo órgão de justiça (ilegalidade fora do processo - por exemplo, furto de documentos - em nossa opinião, é irrelevante) essa prova deve ser considerada ilegal: e se for ilegal, não pode ser utilizada. Muito feliz parecemos a formula já lembrada do Código brasileiro (art. 233)”. Tradução livre. NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. In: *Rivista di diritto processuale*, Padova, Volume XXI (II Serie), 1966, p. 473.

¹¹³ BARROS, Adherbal de. *A investigação criminosa da prova*. In: *Revista Justitia* do Ministério Público, v. 39, nº 97, Abril-Junho 1977, p. 19. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/2bc0zb.pdf>. Acesso em: 18/11/2020.

¹¹⁴ _____. *Obra citada*, p. 19.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 148.

formalismo senão enquanto o único método capaz de tutelar as garantias fundamentais do indivíduo sujeito à perseguição penal.

O uruguaio Enrique Vescovi esclarece que o objetivo (de não se admitir provas ilícitas) não é a forma por si, mas a defesa de princípios fundamentais, superiores, porque o processo não pode se transformar em uma disputa desregrada, tendo a missão de resguardar os direitos básicos da pessoa acusada em juízo¹¹⁶.

Note-se que há uma premissa característica do processo criminal que não se observa, pelo menos *a priori*, no processo civil. Na relação processual penal há um desequilíbrio objetivo de forças imanente à disparidade de armas das partes (de um lado o Estado onipotente e de outro o réu, “o mais débil”, na expressão de Ferrajoli¹¹⁷) e, novamente por isso, a forma é a garantia de que as autoridades públicas não exorbitarão os limites previamente estabelecidos na legislação processual como requisitos de validade do devido processo. Por isso é que o réu detém direitos como o silêncio, o privilégio contra a autoincriminação forçada, as prerrogativas da ampla defesa e da presunção de inocência, a proteção contra a *reformatio in pejus*, bem como a garantia contra o uso de provas ilícitas em seu desfavor. São garantias que tem como destinatário o imputado, independentemente de sua condição, pois foram estruturadas para a efetivação de uma perseguição penal com o mínimo de Justiça, forjadas gradativamente ao longo de séculos de experiências desastrosas¹¹⁸. Daí o sentido de o processo penal se estruturar com garantias exclusivas para o polo mais fraco da relação processual. Convém também recordar algo básico: garantias processuais são, antes de tudo, direitos fundamentais de

¹¹⁶ VESCOVI, Enrique. *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1960, p. 353.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal*. Madri: Editorial Trotta, 2018, p. 57.

¹¹⁸ O senso comum popular não acredita que o Estado, com todo o seu orçamento (mesmo contingenciado), aparato (ainda que precário) e corpo de funcionários (às vezes reduzido e mal treinado), seja capaz de fazer frente aos criminosos, senão se valendo de todos os subterfúgios a alicantinas possíveis, como o uso de provas ilícitas. Os mais radicais, não há palavras que possa convencê-los. Mas a verdade é que mesmo o réu poderoso pode ser destruído com um processo criminal. Contudo, não se pode esquecer que na esmagadora maioria dos casos, a seletividade do sistema de justiça criminal faz sentarem-se no banco dos réus pessoas desamparadas e marginalizadas, desprovidas até mesmo de recursos para obter assistência jurídica adequada, incapazes de resistir, com igualdade de condições, às investidas acusatórias estatais. Há uma predisposição natural daquele mesmo ideário, próprio do ser humano, de abandono e isolamento do imputado, sua estigmatização e a degradação progressiva de sua honra, imagem e reputação. Não atoa, Carnelutti escreve que “Aquilo que atormenta o cliente e o impele a pedir ajuda é a inimizade [...]. O acusado sente ter aversão de muita gente contra si; algumas vezes, nas causas mais graves, lhe parece que esteja contra ele todo mundo [...]. A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: sentar-se sobre o último degrau da escada, ao lado do acusado, quando todos o apontam”. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3ª ed. Leme/SP: Edijur, 2011, p. 26-27.

todos os seres humanos, criminosos e inocentes que, às vezes, por uma fatalidade qualquer, podem acabar tendo de responder a um processo penal. Nesse caso, como o inocente terá condições de reagir à disputa desequilibrada, às perseguições injustas, possíveis de serem materializadas se o Estado puder, por exemplo, se utilizar de provas ilícitas ou criminosamente obtidas em seu desfavor, inclusive forjando-as?¹¹⁹

Conforme observado no capítulo anterior, a teoria da qual se trata neste tópico foi expressamente consagrada na Constituição brasileira de 1988, no art. 5º, inciso LVI:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Interessante notar a redação do *caput* do artigo 5º da Constituição estabeleceu que o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade são assegurados “nos termos seguintes”, isto é, na forma estabelecida nos incisos do próprio artigo.

Esses “termos” são as condições que a própria Constituição elegeu para a proteção daqueles direitos fundamentais supracitados. Em outras palavras, são os limites

¹¹⁹ Veja-se, abaixo, as sábias palavras do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ricardo Cintra Torres de Carvalho, em artigo escrito no ano de 1995: “É sabido que, no Brasil, as mais frequentes vítimas da arbitrariedade policial são os desprotegidos; é também sabido que a maior parte dos crimes violentos (os que mais impressionam a população) são cometidos pelas pessoas humildes; assim, ou por pertencerem a um estrato social mais elevado, de certa maneira quase imune a esse tipo de arbítrio e violência, os integrantes do mundo jurídico não tem experiência pessoal de tais arbitrariedades, nem se colocam seriamente como provável vítima delas. A Polícia leva ao Judiciário, na forma de inquéritos policiais, os casos em que as diligências tiveram sucesso; os demais ou não são transformados sequer em inquérito policial, ou são arquivados por falta de elementos, perdendo-se, portanto, qualquer traço da ilicitude praticada. O Judiciário acostuma-se a ver, em consequência, uma proporção elevada de diligências em que a Polícia, ainda que com algum exagero, chegou ao criminoso e adquire-se a sensação subjetiva, subconsciente, de que tais métodos mais truculentos são usados com alguma eficiência e contra as pessoas certas, uma vez que o conjunto da prova convence de ser o réu o culpado da infração. Quando se soma a falta de experiência pessoal do mundo judiciário, a visão subconsciente de que tais condutas “dão certo” com o preconceito de que criminosos não merecem a mesma proteção da lei, tem-se mais um indício do porquê nunca terem tais arbitrariedades se constituído em um “problema” a ser resolvido. Lembro apenas que se desconhece o número de diligências arbitrárias que não deram certo, nem o número de pessoas injustamente molestadas por elas, nem o trauma físico e psíquico sofrido por tais vítimas, nem a proporção do abalo de sua crença no Poder Público. Na verdade, o uso de tais métodos deixa a Polícia preguiçosa e sem incentivo para a utilização de investigação mais científica; é sempre mais fácil ameaçar, invadir, coagir até que alguém lhe entregue as provas, do que efetuar o cuidadoso trabalho de busca dos indícios que a seriedade da Justiça exige.” CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. *A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal* – um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 12, Out-Dez 1995, p. 174.

constitucionais da preservação do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Não se admite, portanto, por uma interpretação semântica do texto constitucional, pretender exercer segurança pública com desrespeito aos “termos” previstos na Constituição. Esses termos constituem garantias mínimas dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país, dentre as quais se insere o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. A interpretação literal da norma conduz ao entendimento categórico de seu preceito, sendo desnecessário, ao bom leitor, explicá-lo por outras palavras¹²⁰.

Os filiados à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas sustentam, outrossim, inexistirem fundamentos que justifiquem a permissão de sua utilização no processo, a menos que seja em prol do acusado (teoria da prova ilícita *pro reo*).

Na realidade, entende-se que na eventualidade da prova supostamente ilícita obtida puder favorecer a demonstração da inocência do réu, não se estaria diante de uma mitigação do preceito constitucional, mas simplesmente de sua não aplicação no caso concreto devido às consequências injustificáveis que ela produziria.

Afinal, nesses casos, a aplicação da regra de inadmissibilidade da prova seria, para o réu, mais prejudicial que sua não incidência, representando absoluto contrassenso, uma vez que a garantia tem como destinatário justamente o próprio réu. Nessa hipótese esdrúxula, o acusado acabaria por ser condenado justamente porque não se admitira a utilização de uma prova que o inocentasse, a pretexto de se protegê-lo. Por sinal, há autores que questionam até mesmo a suposta ilicitude dessa prova, atestando que não se pode nem mesmo considerá-la ilícita, eis que seu agente produtor a obteve em situação

¹²⁰ Parte da doutrina, entretanto, questiona a aplicação literal deste preceito fundamental sob a justificativa de que não existem, na Constituição, direitos ou valores absolutos. Sustentam que mesmo o direito à vida, em tese, o mais importante de todos, pode sofrer limitações, como acontece com a pena de morte em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, inciso XIX. A precariedade do argumento transparece em sua própria formulação. A redação do dispositivo é que erige a exceção. O inciso XLVII, alínea “a”, do art. 5º da Constituição Federal possui autolimitação congênita. Não haverá pena de morte, propugna a norma, com exceção das situações previstas no art. 84, inciso XIX, em caso de guerra declarada. Inexiste, contudo, autolimitação ou exceção instituída por norma de *status* constitucional ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Poder-se-ia objetar com a tese de que em diversos outros incisos igualmente não há limitações estabelecidas aprioristicamente, no texto constitucional, mas cuja confrontação com os outros direitos igualmente previstos na Constituição podem surgir nos casos concretos. O raciocínio será melhor examinado adiante, quando se tratará da flexibilização desta teoria pelo princípio da proporcionalidade.

de estado de necessidade ou legítima defesa¹²¹, o que afastaria o caráter antijurídico do elemento probatório, tornando-o perfeitamente válido quando sua utilização estiver estritamente vinculada à salvaguarda dos direitos do réu, não podendo, entretanto, surtir quaisquer outros efeitos incriminatórios¹²².

Preocupados em rebater as críticas advindas dos teóricos defensores da mitigação da garantia constitucional pelo princípio da proporcionalidade, os autores desta proposta asseveram que não há espaço para ponderação da norma insculpida no art. 5º, inciso LVI. Veja-se, a título de exemplo, a lição de Luís Roberto Barroso, em artigo escrito em 1998, que assim dizia:

No Direito brasileiro, anteriormente à Constituição de 1988, a admissibilidade de provas ilícitas chegou a ser questão controvertida na doutrina e na jurisprudência. Havia, inclusive, abalizada opinião doutrinária defendendo que a aceitação ou não de provas obtidas por meios ilícitos haveria de verificar-se casuisticamente, tendo em vista a proporcionalidade entre o direito lesado pela obtenção da prova ilícita e os interesses beneficiados por sua admissão no processo [...]. Na verdade, a Constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita¹²³.

Como forma de demonstrar empiricamente a adoção da tese pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi realizada uma consulta no sítio eletrônico da Corte. Como a proposta da pesquisa era testar a hipótese de acolhimento, ainda que esporádico, da teoria da inadmissibilidade, promoveu-se uma análise temporal longitudinal, utilizando-se os marcadores de busca que ampliassem a amostra. Destarte, na aba de

¹²¹ Advogando essa tese, da licitude da prova colhida pro reo em estado de necessidade ou legítima defesa ver a obra de SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002, p. 180.

¹²² Em caso de grande repercussão nacional, a 2ª Turma do STF admitiu o uso de comunicações telemáticas interceptadas sem autorização judicial para declarar a suspeição do ex-magistrado Sergio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, na ação movida pelo ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Na ocasião, os indícios, consistentes em mensagens de texto enviadas pelo juiz e por Procuradores do Ministério Público Federal via aplicativo de celular *Telegram* foram reconhecidos como aptos a comprovação da parcialidade do julgador e, deste modo, utilizados favoravelmente à defesa do réu. Todavia, os mesmos elementos probatórios não puderam ser considerados para se determinar instauração de quaisquer medidas contra os interlocutores das mensagens, como o juiz e os procuradores das ações penais. V. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas corpus* nº 164.493/PR. 2ª Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 23/03/2021.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. *A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas*. In: Revista de Direito Administrativo, nº 213. Jul-Set 1998. Rio de Janeiro, p. 159. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47206/45406. Acesso em 19/11/2020.

jurisprudência no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal foram utilizadas as seguintes palavras-chave, inseridas entre aspas: “Prova ilícita”. Como resultado, foram encontrados 239 acórdãos (37 do Tribunal Pleno, 89 da Primeira Turma e 113 da Segunda Turma), dentre os quais 7 decisões representativas de Repercussão Geral e 11 Questões de Ordem. Além desses, foram encontradas 1.557 Decisões Monocráticas e 83 Informativos. As expressões foram lançadas no buscador por “pesquisa livre”, em virtude da maior abrangência de ocorrências relacionadas ao tema quando comparada ao buscador por “ementa”. Estes termos foram selecionados por representarem palavras-chave estritamente pertinentes com o objeto de estudo. No resultado estão abrangidos acórdãos de outras áreas do direito, tais como direito processual civil e administrativo. Não houve delimitação do aspecto temporal, pois era necessário coletar julgados anteriores à Constituição de 1988 para fins de comparação com o período atual. Nesse sentido, os julgados apresentados não necessariamente representam o posicionamento atual da Corte acerca do princípio examinado.

Desse modo, tomando-se o cuidado de não tecer afirmações generalizantes, o que seria anticientífico, pode-se dizer que a pesquisa não oferece suporte metodológico para afirmar se este é o posicionamento majoritário ou minoritário do STF. A constatação, portanto, deve ser apenas a de que foram encontradas diversas ocorrências relacionadas à adoção da tese, os quais, a título meramente exemplificativo, foram listados abaixo em ordem cronológica. Foram inseridas considerações do autor entre um e outro acórdão¹²⁴.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. CONSTITUCIONAL. GARANTIAS DOS PARAGRAFOS 9 E 15 DO ART. 153 DA LEI MAIOR. (INOBSERVANCIA). TRANCAMENTO DO INQUERITO POLICIAL. 1 - OS MEIOS DE PROVA ILCITOS NÃO PODEM SERVIR DE SUSTENTAÇÃO AO INQUERITO OU A AÇÃO PENAL. 2 - AS PROVAS PRODUZIDAS NO INQUERITO ORA EM EXAME - GRAVAÇÕES CLANDESTINAS - ALÉM DE AFRONTAREM O PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO SIGILO DE COMUNICAÇÕES (PARAGRAFO 9., E ART. 153, CF), CERCEIAM A DEFESA E INIBEM O CONTRADITORIO, EM OFENSA, IGUALMENTE, A GARANTIA DO PARAGRAFO 15, ART. 153, DA LEI MAGNA. 3 - INEXISTÊNCIA, NOS AUTOS, DE OUTROS ELEMENTOS QUE, POR SI, JUSTIFIQUEM A CONTINUIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. 4 - TRANCAMENTO DO INQUERITO, O QUAL PODERA SER RENOVADO, FUNDANDO-SE EM NOVOS INDÍCIOS, NA LINHA DE PREVISÃO DO ESTATUTO PROCESSUAL PENAL. 5 - VOTO VENCIDO QUE CONCEDIA A ORDEM EM MENOR EXTENSAO.

¹²⁴ Sugestão apresentada por ocasião da banca examinadora.

RHC PROVIDO PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.¹²⁵

O julgado acima colacionado chama a atenção por ser o primeiro encontrado relacionado à prova ilícita no âmbito criminal, cuja prolação deu-se em 1986, dois anos antes da promulgação da Constituição de 1988. Além de posicionarem-se genericamente pela inadmissão das provas ilícitas, os Ministros que compunham a Corte ainda ordenaram a exclusão de elementos colhidos ilicitamente no curso do inquérito policial, determinando seu trancamento.

Após o advento do texto constitucional, a Corte Suprema, capitaneada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, autor de votos que acabaram se tornando referência sobre o assunto, assim se manifestou:

E M E N T A: Prova: obtenção ilícita, mediante prisão ilegal do indiciado - sem flagrante nem ordem judicial - e em razão dela: falta de justa causa para a condenação que se alicerçou exclusivamente na prova ilicitamente colhida.¹²⁶

PROVA ILICITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; [...] - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.¹²⁷

Em uma das primeiras ações de competência originária sob a vigência da nova Constituição, durante o julgamento de Paulo César Farias e da ex-Ministra da Economia Zélia Cardoso de Mello, o Supremo Tribunal Federal determinou o desentranhamento de

¹²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC nº 63834, Relator(a): ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 18/12/1986, DJ 05-06-1987.

¹²⁶ _____. HC 70277, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/12/1993, DJ 18-03-1994.

¹²⁷ _____. HC 69912 segundo, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 25-03-1994.

prova ilícita contida nos autos da ação penal movida pela Procuradoria Geral da República:

Ação Penal. Denúncia recebida. Prova ilícita. Embargos de declaração pleiteando seu desentranhamento. Constituição, art. 5º, inciso LVI. 2. Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada. 3. Hipótese em que a prova questionada foi tida como ilícita, no julgamento da Ação Penal nº 307, fato já considerado no acórdão de recebimento da denúncia. 4. Pedido de desentranhamento formulado na resposta oferecida pelo embargante e reiterado em outro instante processual. 5. Embargos de declaração recebidos, para determinar o desentranhamento dos autos das peças concernentes à prova julgada ilícita, nos termos discriminados no voto condutor do julgamento.¹²⁸

Cerca de uma década depois, a Suprema Corte brasileira reiterou seu posicionamento de inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, desta vez, em julgamento de relatoria do Ministro Celso de Mello:

E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - [...] IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. [...]. ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

¹²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inq 731 ED, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/1996, DJ 07-06-1996.

- A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED

STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)".¹²⁹

Por fim, com intuito de demonstrar a existência de ocorrências recentes da aceitação da teoria, pode-se citar que o STF decretou a ilicitude de meios de prova diversos como interceptação telefônica prorrogada sem fundamentação idônea, averiguação clandestina em mensagens contidas em aparelho telefônico do suspeito sem autorização judicial e, ainda, busca e apreensão decretada por autoridade judiciária incompetente, em decisões abaixo ementadas:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – NECESSIDADE DE A DECISÃO QUE A AUTORIZA POSSUIR FUNDAMENTAÇÃO JURIDICAMENTE IDÔNEA, SOB PENA DE NULIDADE – IMPRESTABILIDADE DO ATO DECISÓRIO QUE, DESPROVIDO DE BASE EMPÍRICA IDÔNEA, RESUME-SE A FÓRMULAS ESTEREOTIPADAS CONSUBSTANCIADAS EM TEXTOS PADRONIZADOS REVESTIDOS DE CONTEÚDO GENÉRICO – AUSÊNCIA DE EFICÁCIA PROBANTE DAS INFORMAÇÕES RESULTANTES DE PRORROGAÇÕES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADAS POR DECISÃO DESTITUÍDA DE FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIAL – PRECEDENTES – A QUESTÃO DA ILICITUDE DA PROVA: TEMA IMPREGNADO DE ALTO RELEVO CONSTITUCIONAL – DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA DE NÃO SER INVESTIGADA, ACUSADA, PROCESSADA OU CONDENADA COM BASE EM PROVAS ILÍCITAS (HC 93.050/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO – RHC 90.376/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) – INADMISSIBILIDADE DA SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER – DISCUSSÃO EM TORNO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”) – DOCTRINA – PRECEDENTES – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.¹³⁰

Habeas corpus. 2. Acesso a aparelho celular por policiais sem autorização judicial. Verificação de conversas em aplicativo WhatsApp. Sigilo das comunicações e da proteção de dados. Direito fundamental à intimidade e à vida privada. Superação da jurisprudência firmada no HC 91.867/PA. Relevante modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas. Mutação constitucional. Necessidade de autorização judicial. 3. Violação ao domicílio do réu após apreensão ilegal do celular. 4. Alegação de fornecimento voluntário do acesso ao aparelho telef nico. 5. Necessidade de se estabelecer garantias para a efetivação

¹²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 90376, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007.

¹³⁰ _____. HC 129646 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 06-10-2020 PUBLIC 07-10-2020.

do direito à não autoincriminação. 6. Ordem concedida para declarar a ilicitude das provas ilícitas e de todas dela derivadas.¹³¹

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. BUSCA E APREENSÃO. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CF/88. AUSÊNCIA DE RECURSO CABÍVEL EM MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. RECONHECIMENTO DE NULIDADE E PRODUÇÃO DE PROVA ILÍCITA. ANÁLISE DE MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. MÉRITO. AUSÊNCIA DE RAZÃO. TEORIA DO JUÍZO APARENTE. INAPLICABILIDADE. PROVAS OBTIDAS A PARTIR DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE DO INVESTIGADO. PREJUÍZO DEMONSTRADO. CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. GARANTIA CONSTITUCIONAL QUE ASSISTE A TODOS. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

6. O reconhecimento da nulidade decorrente de busca e apreensão determinada por autoridade judicial incompetente era mesmo de rigor, porque “A legalidade da ordem de busca e apreensão deve necessariamente ser aferida antes de seu cumprimento, pois, do contrário, poder-se-ia incorrer em legitimação de decisão manifestamente ilegal, com base no resultado da diligência” (Rcl 24.473, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, Dje 06.09.2018). 7. A garantia constitucional do juízo natural irradia seus efeitos em relação a todos, e não apenas sobre a União, como equivocadamente quis fazer crer o Parquet, notadamente quando formulou a tese de que, no caso dos autos, o prejuízo teria recaído exclusivamente sobre o Ente Federal. Precedente. 8. Agravo regimental desprovido.¹³²

Apresentada a teoria da inadmissibilidade, cumpre, por último, examinar a proposta teórica que atenua esta regra geral absoluta, relativizando a admissão das provas ilícitas em prol de um vago e etéreo princípio da proporcionalidade, examinado a seguir.

3.3 Teoria da proporcionalidade.

Como forma de atenuar um suposto rigorismo exacerbado da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade encontra raízes em doutrina homônima, edificada ao longo do último século pela jurisprudência do Tribunal constitucional alemão e expressada também no direito norte-americano em acórdãos da Suprema Corte.

¹³¹ _____. HC 168052, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-284 DIVULG 01-12-2020 PUBLIC 02-12-2020.

¹³² RE 1318172 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 22-04-2022 PUBLIC 25-04-2022.

A teoria da proporcionalidade propugna que direitos fundamentais e princípios constitucionais podem colidir entre si em casos concretos, motivo pelo qual deve-se utilizar o critério da razoabilidade na resolução do litígio, optando-se pela decisão que prestigie o direito mais relevante ou preponderante entre todos os contrapostos na situação real. A teoria sugere, deste modo, que o critério da ponderação ou sopesamento de valores deva ser empregado como técnica de decisão nas hipóteses em que, concretamente, o julgador se depara com problemas de confronto de direitos fundamentais.

Para Canotilho, a missão de “ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor [mediante] a criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes”¹³³.

Inspirados no magistério de Robert Alexy¹³⁴, diversos juristas brasileiros, do direito processo civil¹³⁵ e penal se levantaram, com equivocado entusiasmo, na defesa da possibilidade de flexibilizar o absolutismo do texto constitucional do art. 5º, inciso LVI, de modo a permitir o aproveitamento processual de provas ilicitamente obtidas “em casos excepcionais” ou “*pro reo*”¹³⁶.

¹³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1241.

¹³⁴ Não se pretende, aqui estudar a fundo a teoria de Robert Alexy. Para mais noções acerca dela ver ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹³⁵ No campo do direito processual civil, Cândido Rangel Dinamarco entende que: “Transgride princípios constitucionais do processo ao exigir que o juiz finja não conhecer de fatos seguramente comprovados, só por causa da origem da prova: a parte, que nem sempre será o sujeito responsável pela ilicitude (mais ainda que o fosse), suportará invariavelmente essa restrição ao seu direito à prova, ao julgamento segundo a verdade e à tutela jurisdicional a que eventualmente tivesse direito. Mas o Supremo Tribunal Federal vai além, ao adotar integralmente a conhecida teoria dos frutos da árvore contaminada e assim tachar de ineficazes as fontes de prova obtidas por meio ilícito e também os meios probatórios realizados em desdobramento de informações obtidas ilicitamente. Essa extremada radicalização compromete o acesso à justiça e constitui grave ressalva à promessa constitucional de tutela jurisdicional a quem tiver razão [...]. Melhor seria seguir a moderna tendência da Suprema Corte norte-americana, que desde o ano de 2006 aceita as provas ilícitas por derivação em casos nos quais esteja em jogo valores de elevada dignidade constitucional (princípios da proporcionalidade...)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50.

¹³⁶ Uma vertente tradicionalmente defendida da teoria da ponderação é a que admite a prova ilícita *pro reo*, ou seja, aquela produzida ou utilizada pelo próprio acusado com intuito de demonstrar sua inocência. Nesse sentido: “A única exceção que é reputada como legítima a essa regra consiste na utilização da prova ilícita para comprovar a inocência de um acusado [...]. A exceção, como se sabe, fundamenta-se no princípio da proporcionalidade: na colisão entre a inocência e a proibição do uso da prova ilícita, há que preponderar a primeira.” GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 809, Mar-2003, p. 477. Contudo, como afirmado no tópico anterior, não se vislumbra aqui, sequer espaço para ponderação, uma vez que os direitos em jogo, em última instância, pertencem ao mesmo titular (liberdade/inocência do réu x proibição de provas ilícitas no processo que, no fim, é uma garantia instituída também em favor do próprio acusado). Em todo caso, não se vê maiores

Explicando a ideia da aplicabilidade da técnica da ponderação no tratamento das provas ilícitas, Luiz Francisco Torquato Avolio ensina que:

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 ilícitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.¹³⁷

Tais manifestações contrárias à assertividade da norma da Constituição, proliferaram-se imediatamente após sua promulgação. A título de exemplo, veja-se que Celso Ribeiro Bastos sustentava, já no ano de 1989, uma nova forma de interpretação do princípio constitucional:

O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita [...]. É por isso que sem embargo de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão-somente o direito individual encarnado em uma pessoa¹³⁸.

Mas, quais seriam, na proposta do autor, estes princípios constitucionais concretamente opostos ao princípio da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos?

Não é difícil imaginar que a ideia de contrapor valores constitucionais indefinidos permite ao intérprete promover uma seleção arbitrária de direitos supostamente em conflito, engendrando um falso dilema entre garantias do réu e a segurança pública/defesa

problemas na aceitação da prova ilícita *pro reo*, a despeito da invocação ao princípio da proporcionalidade, que parece, entretanto, ser inadequada.

¹³⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 58.

¹³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 273-274.

social, cuja solução passaria pela aplicação da técnica da ponderação com espeque na proporcionalidade.

O resultado é o terreno fértil para a eleição dos mais diversos pretextos que justificariam a flexibilização do princípio que veda a obtenção de provas ilícitas. Surgem, destarte, alegações moralistas para se contrapor a aplicação das garantias processuais do réu. Criam-se meta-argumentos, com forte apelo popular e retórico, dando azo ao subjetivismo do aplicador da lei, rompendo com a legalidade, sob a desculpa de se fazer uma ponderação com um princípio que, conforme visto no capítulo anterior, é mais que um direito fundamental, é um direito humano.

A título de exemplo nesta linha de raciocínio, defendendo o uso da proporcionalidade na temática das provas ilícitas no processo penal, César Dario Mariano da Silva, sustenta, a despeito da clareza irretorquível da Constituição:

O direito à segurança, à liberdade, à propriedade e à saúde são também normas constitucionais. Assim, todos esses mandamentos são oriundos do mesmo poder constituinte originário. Perguntamos, o que é mais importante, a vida ou a intimidade? A segurança ou a intimidade? A saúde ou o devido processo legal? Ora, como todas essas normas são oriundas da Constituição, qual delas deve preponderar?

Caso abracemos o princípio da proporcionalidade, comparando todos os valores, poderíamos optar, por exemplo, pela utilização, ou não, de uma interceptação telefônica ilicitamente obtida em desfavor de uma pessoa acusada de um crime gravíssimo, como a extorsão mediante sequestro, ocasião na qual está em risco tanto a vida, a saúde, a segurança e o patrimônio de alguém. O que seria mais importante nessa ocasião, a privacidade ou os demais direitos e garantias individuais? [...] Seria razoável não condenar pessoas perigosas e perniciosas à sociedade em atenção à proibição de utilização da prova ilicitamente obtida? Ora, se simplesmente formos interpretar aquela norma proibitiva de maneira totalmente garantista para os sequestradores, eles teriam de ser soltos e a sociedade estaria à mercê de indivíduos que certamente iriam praticar outros sequestros, pondo em risco valores constitucionais tão ou mais importantes que o direito à intimidade.¹³⁹

Veja-se que a proposta do membro do Ministério Público paulista é de contrapor os direitos do réu aos direitos do ofendido, violados com a prática do crime (o bem jurídico objeto da lesão causado pelo infrator).

¹³⁹ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 24.

Na literatura jurídica processual assinalam-se inúmeros autores para os quais haveria, em determinados casos, um dilema entre a defesa social/segurança pública/interesse coletivo versus os direitos do réu, o qual poderia ser solucionado pela teoria da proporcionalidade e a técnica da ponderação de valores¹⁴⁰.

A tese repercutiu na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, onde encontram-se arestos que elegem “o interesse público” como valor contraposto ao direito do réu a um processo justo, sem o uso de provas ilícitas. A busca foi efetuada seguindo os mesmos parâmetros e metodologia daquela efetuada no *site* do Supremo Tribunal Federal, citada no tópico anterior.

Nos embargos declaratórios no habeas corpus nº 70.960/RJ estava em julgamento, na 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o caso em que agentes policiais e da Receita adentraram nas dependências de um estabelecimento comercial, fortemente armados - e sem autorização judicial e consentimento do proprietário - e arrecadaram computadores, livros contábeis e documentos envolvendo todos os clientes da empresa. Na ocasião, a Min. Rel. Jane Silva (convocada), entendeu que a prova não seria ilícita, uma vez que os livros e documentos contábeis seriam de manutenção obrigatória pelos contribuintes, devendo ser exibidos sempre que exigidos pela autoridade fazendária, prescindindo de autorização judicial. Seguida pelos pares, ressaltou: “descabe falar em ofensa à intimidade ou à inviolabilidade do domicílio (CF art. 5º X e XI) que, como tem proclamado o Supremo Tribunal Federal, não são direitos absolutos, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse social”, acrescentando ainda que “qualquer interpretação contrária, ultrapassando os limites da razoabilidade, significaria acabar com a competência fiscalizadora do Estado”¹⁴¹.

Em outro caso, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, invocando o princípio da proporcionalidade:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFONICA COM ORDEM JUDICIAL. REU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM

¹⁴⁰ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 159-163.

¹⁴¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no HC 70.960/RJ, Trecho do voto da Ministra Relatora JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2007, DJ 26/11/2007.

PENITENCIARIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5. DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE 'SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO', NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HA SEMPRE UM SUBSTRATO ETICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA 'ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA 'RAZOABILIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS' (EXCLUSIONARY RULE) TAMBÉM LA PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA.¹⁴²

Percebe-se que, na ementa acima colacionada, o argumento para a relativização do direito fundamental em nome da proporcionalidade foi de que o criminoso condenado não possui as mesmas garantias de um “homem livre”.

A despeito da adesão de parte considerável de operadores do direito às proposições da teoria da ponderação em matéria probatória, é possível fazer-lhe uma análise crítica.

Em primeiro lugar, não há, entre seus defensores, uma definição segura e objetiva de qual é a natureza jurídica dos direitos ou valores objeto do embate: seriam direitos particulares ou públicos ou, ainda, interesse privado *versus* interesse público? Nesse contexto, será que a liberdade ou inocência do réu, bem como o direito ao devido processo penal, poderiam ser classificados como interesses meramente particulares? Evidente que não. E qual seria o argumento para se posicionar o “direito da vítima” ao lado do interesse público e não incluir, nesta mesma classificação, os direitos do réu? Não há parâmetros, à exceção daqueles arbitrariamente retóricos, para operar essa categorização.

¹⁴² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 3.982/RJ, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/1995, DJ 26/02/1996.

O segundo problema está na possibilidade de confusão ou de associação do suposto interesse público com o dogma ainda não superado na jurisprudência da busca da verdade real, que serve de meta-argumento para reiteradas mitigações de direitos fundamentais do indivíduo submetido à persecução penal¹⁴³.

O terceiro impasse é um desdobramento do primeiro e consiste no subjetivismo intrínseco à teoria, uma vez que não há definição, a não ser num plano categoricamente abstrato e genérico, de quais são os elementos essenciais, os interesses e valores em jogo. De fato, qual seria o direito contraposto ao do réu? A busca da verdade? A segurança pública ou até mesmo os direitos da vítima, cujo bem jurídico foi violado com a execução do crime, como sustentando na doutrina acima transcrita? O interesse coletivo, como apontado na jurisprudência colacionada? O livre convencimento do magistrado, como será demonstrado adiante?

Os exemplos trazem a evidência de que há enorme dificuldade técnica na objetivação dos parâmetros identificadores dos direitos fundamentais colidentes, ao se utilizar da técnica da proporcionalidade para se admitir provas ilícitas no processo. Daí a assertividade da “estranheza e o ceticismo daqueles que veem no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias”¹⁴⁴. Nas palavras de Adalberto Camargo de Aranha que, já em 1987, alertava, com certa vidência, os perigos acerca desta teoria da proporcionalidade: “trata-se, sem dúvida, de uma teoria sedutora, tendo como único ponto negativo o fato do julgamento da admissibilidade ou da rejeição ser subjetivo, logo, passível de abusos e gerador de inseguranças.”¹⁴⁵

Finalmente, há uma quarta crítica, que sustenta não ser cabível recorrer à teoria de Robert Alexy para promover a ponderação de princípios em face da norma

¹⁴³ Ver a obra de Felipe Martins Pinto sobre como a verdade real ainda é utilizada como meta-argumento para diferentes tipos de decisões judiciais na esfera criminal. PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. Em igual sentido, ver também VARGAS, José Cirilo de. *A prova ilícita e o princípio da verdade real*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), nº 48, ed. 2006, p. 93. Publicação: 2014-04-02. ISSN: 0304-2340. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1457>.

¹⁴⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 65.

¹⁴⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 46.

constitucional que veda a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente. São três os motivos para isso.

O primeiro argumento consiste no fato de que a “defesa social” e o “direito de punir” não são direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Com isso não se quer dizer que a segurança individual não o seja, mas apenas que o Estado não possui um direito fundamental, porquanto é um ente moral, enquanto os titulares daquelas garantias, elencadas no art. 5º da Constituição, são apenas pessoas físicas, indivíduos. Assim, não haveria, no caso concreto, dois valores de mesma hierarquia em contraposição.

Enquanto o direito de punir e a defesa social são valores abstratos e atribuições do Estado que decorrem do arcabouço normativo por uma interpretação sistemática, o direito individual a não processado com uso de provas ilícitas é direito humano, princípio concreto expressamente assegurado no texto constitucional.

Ademais, não seria correto dizer que o direito da vítima de ver incriminado seu agressor seja o valor contraposto ao direito do réu, porquanto, no processo penal, o Estado substitui o particular na jurisdição criminal. Isso ocorre tanto nas ações penais públicas, em que o titular da pretensão punitiva é o próprio órgão estatal ministerial, como também nas ações penais privadas, em que apesar da legitimidade ativa pertencer ao ofendido, o direito de queixa é oferecido em desfavor do réu em um processo que tramita perante o Poder Judiciário, única instituição que detém o poder de aplicar qualquer punição ao infrator¹⁴⁶.

Fabiana Zamalloa do Prado destaca que mesmo se adotarmos a premissa de que há um conflito entre a segurança social x liberdade individual que pudesse justificar a ponderação de princípios, a realidade é que esse conflito é apenas aparente, pois “a ideia de segurança, no Estado democrático de direito, não é algo excludente do conceito de liberdade individual, mas complementar a este”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ “*Nulla culpa sine iudicio*” é um dos axiomas de Ferrajoli que sustenta não haver culpa sem processo e a manifestação jurisdicional do Estado. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁴⁷ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 163.

Não se pode falar em segurança social divorciada do valor humanitário da liberdade.

A segunda justificativa para o descabimento da aplicação da teoria da proporcionalidade, como método de sopesamento de princípios a fim de se admitir provas ilicitamente obtidas no processo penal, está relacionada à natureza e hierarquia do direito do imputado. É que, para Canotilho, as normas constitucionais apresentam-se com conteúdos distintos e, apesar de todas estarem situadas formalmente no topo da pirâmide normativa, a Constituição as diferencia por meio de uma hierarquização axiológica em seu próprio texto. Desse modo, algumas normas instituem valores fundamentais do Estado, enquanto outras não exprimem valores de mesma importância, podendo até mesmo chegarem ao ponto de não serem normas materialmente constitucionais na classificação de Paulo Bonavides¹⁴⁸.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elegeu como um de seus pilares fundamentais o respeito à dignidade da pessoa humana, no art. 1º, inciso III¹⁴⁹. Esta superioridade axiológica da dignidade humana não pode ser esquecida no momento de realização da ponderação de interesses e, na relação processual penal formada por Estado x réu, seu titular só pode ser o último, porquanto não se fala em dignidade do Estado. Por isso, o Estado torna-se obrigado a respeitar a dignidade da pessoa humana, inclusive, não produzindo provas ilícitas em sua atividade jurisdicional penal.

Como visto, no processo penal, o interesse que, predominantemente, contrapõe-se aos direitos fundamentais da pessoa, em especial do acusado, é o poder punitivo estatal. A segurança, seja ela “social”, “pública”, “cidadã” ou “urbana” é mero argumento ideológico invocado para conferir racionalidade ao exercício daquele poder. Isso conduz à conclusão de que, estando o direito fundamental do acusado ou de terceiro em conflito, exclusivamente, com o interesse de punir do Estado, não haverá uma colisão real, a ser solucionada por uma ponderação de interesses.¹⁵⁰

O terceiro e último motivo para não se admitir a ponderação consiste no fato de que a norma do art. 5º, inciso LVI, da Constituição de 1988 poderia ser enquadrada, na

¹⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 35ª ed. atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

¹⁴⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...].

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁵⁰ PRADO, Fabiana Lemes Zammaloa do. Obra citada, p. 170.

classificação de Alexy, como um princípio estruturante (do sistema jurídico), estando também redigida como uma norma-regra.

Dentro da estrutura pertinente ao princípio complexo do devido processo legal, do qual a vedação de provas ilícitas deriva (pois não há que se falar em provas ilícitas fora do âmbito processual), tal dispositivo possui uma forte característica de regra, que garante o núcleo essencial da ampla defesa, na medida em que limita a produção de provas pelas partes potencialmente desiguais e potencializa o exercício da defesa como norma garantidora. Assim, é plausível afirmar que a relação de normatização que a vedação de provas ilícitas possui, dentro do panorama processual brasileiro, a enquadra como uma norma-regra [...] ¹⁵¹.

Por sua vez, a garantia ao devido processo legal, em sua dimensão procedimental, insere-se na teoria dos princípios como um dispositivo que compreende a necessidade de um processo justo e compatível com o ordenamento jurídico, que contempla os direitos fundamentais como a proibição do emprego de provas ilícitas. Buscando situar os limites da correta aplicação que se deve fazer do princípio do devido processo legal, Humberto Ávila esclarece que, a despeito de seu espectro de proteção ser muito amplo, podendo ocasionar problemas de conhecimento e controle, o constituinte originário estabeleceu complementos, fazendo inserir, no texto constitucional, elementos essenciais do que considerava ser esse “devido processo legal”. Assim, os parâmetros interpretativos da garantia ao devido processo são estabelecidos por outras garantias, igualmente constitucionais, que estabelecem predicados ao “devido processo legal”: o juiz natural e imparcial (art. 5.º, XXXVII e LIII, da CF/1988), a ampla defesa e contraditório (art. 5.º, LV, da CF/1988), a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/1988), a publicidade dos julgamentos e atos processuais (arts. 5.º, LX, e 93, IX, da CF/1988), e a **proibição de prova ilícita** (art. 5.º, LVI, da CF/1988) ¹⁵².

Ao instituir esses elementos, a Constituição terminou por tornar obrigatório aquilo que poderia ser avaliado como adequado e necessário conforme as circunstâncias de cada caso concreto e, com isso, eventualmente afastado. Enquanto noutros sistemas, como o estadunidense, os elementos do devido processo legal são deduzidos, caso a caso, do ideal de protetividade de direitos, no Brasil vários deles são impostos pela própria Constituição.

¹⁵¹ PETEAN, Fabiano Augusto; CASTILHO, Bruno Cardenal. *A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal brasileiro: uma análise sob a perspectiva de Robert Alexy*. In: Revista de Direito, v. 11, nº 2, 2019. Viçosa. ISSN 2527-0389, p. 139.

¹⁵² ÁVILA, Humberto. *O que é “devido processo legal”?* In: Revista de Processo, v. 163, Set-2008. Revista dos Tribunais.

Sendo o "devido processo legal procedimental" um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal, tem a função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa), interpretar as regras que já prevêm elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa) e bloquear a eficácia das regras que prevêm elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (**função bloqueadora**).¹⁵³

Se essas premissas forem verdadeiras, então descabe a ponderação no momento da aplicação do direito ao caso concreto pois, segundo Humberto Ávila, as normas-regras (como é o caso do inciso LVI, do art. 5º da Constituição da República) são dotadas de eficácia argumentativa direta. Seria equivalente a tratá-las, na classificação de José Afonso da Silva, como normas constitucionais de aplicabilidade imediata, porquanto “desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”¹⁵⁴. Em síntese, são normas que não necessitam de qualquer complementação material para que possam ser compreendidas e aplicadas.

Por conseguinte, afirma-se que a norma do art. 5º, inciso LVI, da CF, tem a função precípua de antecipar o potencial conflito e conferir-lhe uma solução prévia em sua redação, de maneira a evitar “que a controvérsia entre os valores morais que elas afastam ressurgja no momento da aplicação. O próprio Poder Constituinte fez uma ponderação anterior que afasta a ponderação horizontal posterior”¹⁵⁵. Inexiste, pois, lacuna que abra espaço para ponderação do princípio *a posteriori*, no caso concreto.

Com efeito, a distinção entre norma-princípio e norma-regra não se dá pelo nome que o texto legal ou constitucional lhe confere: em outras palavras, não é porque a constituição confere status de garantia fundamental à norma do art. 5º, inciso LVI, que sua eficácia se resume ao estado principiológico programático, ou mandamento de otimização. Pelo contrário, sua função no ordenamento processual é principiológica estruturante e sua imperatividade é concreta, sua eficácia é imediata. Por esse motivo,

¹⁵³ ÁVILA, Humberto. *O que é “devido processo legal”?* In: Revista de Processo, v. 163, Set-2008. Revista dos Tribunais: p. 55-56.

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 101.

¹⁵⁵ _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 136.

arrematam esses autores que o afastamento da regra de exclusão das provas ilícitas, sob a guarida do princípio da proporcionalidade que, por sua vez, atrai argumentos dos mais variados tipos, é descabida, uma vez que “é exatamente essa aplicação equivocada de argumentos moralistas que as regras visam afastar”, pois, “as regras cumprem um papel de desmobilização de argumentos extrajurídicos, em um contexto de jurisdição ativista”¹⁵⁶.

Nesse mesmo sentido, Humberto Ávila categoriza a garantia ao devido processo legal como um princípio estruturante do sistema jurídico-processual (que normatiza o modo e o âmbito de atuação estatal) e, destarte, uma norma que deve ser sempre observada, jamais podendo ser afastada.

toda a atuação estatal, e não apenas em uma parte dela, em todas as situações, não apenas em uma parte delas, deverá conformar-se ao seu conteúdo, elas não possuem uma eficácia provisória, *prima facie*, mas permanente, nem tem sua eficácia graduável ou afastável, mas linear e resistente. Eles sempre deverão ser observados, não podendo ser afastados por razões contrárias. O mesmo ocorre com o princípio do devido processo legal, por exemplo: ele não pode ser afastado, mas deve ser, ao contrário, sempre observado.¹⁵⁷

Na jurisprudência também se encontram reações à teoria da proporcionalidade, como observa o Ministro Celso de Mello no HC nº 93.050/RJ, ao dizer que “o Estado não pode, especialmente em sede processual penal, valer-se de provas ilícitas contra o acusado, mesmo que sob a invocação do princípio da proporcionalidade”, acrescentando que o aludido princípio “não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos”¹⁵⁸.

De igual modo, o ex-Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC nº 79.512/RJ, refutou a possibilidade de ponderação do princípio aqui tratado:

EMENTA: Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa - compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade

¹⁵⁶ PETEAN, Fabiano Augusto; CASTILHO, Bruno Cardenal. *A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal brasileiro: uma análise sob a perspectiva de Robert Alexy*. In: Revista de Direito, v. 11, nº 2, 2019. Viçosa. ISSN 2527-0389, p. 140.

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 153.

¹⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 93.050/RJ, Trecho do voto do Min. Rel. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008.

do domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição - afora as exceções nele taxativamente previstas ("em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro") só a "determinação judicial" autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém - autoridade ou não - no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 1.1. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade. 1.2. Daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 1.3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domini a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca. 1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do *metus publicae potestatis*, ao menos nas circunstâncias do caso, em que não se trata das famigeradas "batidas" policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato. **2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.**¹⁵⁹

¹⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 79512, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1999, DJ 16-05-2003.

Apresentadas as teorias e suas respectivas críticas, no tocante a admissibilidade das provas ilícitas, compete, agora, promover uma análise crítica dos posicionamentos jurisprudenciais que excepcionam a regra constitucional do art. 5º, inciso LVI, sob diferentes subterfúgios.

3.3.1 A flexibilização jurisprudencial do princípio de vedação à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Neste tópico específico, a pesquisa procurou mapear, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgados que admitissem provas obtidas por meios ilícitos sob diversas motivações, como forma de demonstrar a aplicabilidade prática da teoria da proporcionalidade em casos concretos.

Inicialmente, não havia planos de estender a pesquisa jurisprudencial para além da coleta daqueles julgados meramente ilustrativos de cada corrente teórica, apresentados nos três tópicos acima.

Entretanto, durante a execução da pesquisa sobre a teoria da proporcionalidade, deparou-se com argumentos doutrinários, acórdãos e decisões judiciais que encerram múltiplos fundamentos na defesa de sua aplicação.

Por esse motivo, fez-se necessário readequar a metodologia inicialmente cogitada de apenas expor as diversas correntes, de maneira a ampliar o universo da investigação para alcançar as variadas razões contrárias ao postulado constitucional que rechaça, irrestritamente, os meios probatórios ilegalmente auferidos. Desta forma, essas razões, empregadas na jurisprudência, poderão ser analisadas criticamente, evidenciando a incompatibilidade constitucional da ideia que sustenta a aceitação de provas ilícitas, sob a guarida da teoria da proporcionalidade.

Registre-se que, em diversos dos posicionamentos assinalados abaixo, os Tribunais não chegaram a reconhecer expressamente a existência da ilicitude probatória. Em muitos deles, ao contrário, tenta-se dissimular a inexistência do vício confundindo-o com a não declaração de seu efeito, qual seja, a nulidade da prova e seu consequente desentranhamento dos autos. Em outros, os pretextos são invocados como justificativa para apontar que a prova é válida. É como se a prova deixasse de ser ilícita pela

argumentação retórica empreendida nas decisões e não propriamente pela violação da lei ou da Constituição Federal.

Adverta-se que a seleção dos casos para exposição não foi aleatória. Pelo contrário, a busca foi direcionada a encontrar manifestações jurisdicionais que exibissem diferentes aspectos do problema aqui suscitado. Os parâmetros utilizados no sítio eletrônico dos tribunais novamente foram apenas “prova ilícita”. Preferiu-se por colecionar e apresentar julgados mais recentes, assim definidos como aqueles datados dos últimos 5 (cinco) anos. Contudo, em determinados tópicos foram expostos arestos mais antigos. Repita-se que as conclusões não são generalizantes, isto é, não se pode afirmar que os acórdãos e votos aqui exibidos constituam entendimento majoritário ou minoritário das cortes pesquisadas, podendo representar casos isolados que, entretanto, possuem relevância para o presente estudo. Tampouco se pode concluir que os posicionamentos expressem tendência atuais ou já superadas na jurisprudência. Foi analisado o inteiro teor dos julgados e não apenas sua ementa, a fim de se conhecer e expor os detalhes concretos dos casos sob julgamento, no sentido de narrar as histórias por trás de cada caso, evitando-se a mera transcrição de ementas.

Os casos foram divididos por grupos, classificados didaticamente de acordo com a natureza do argumento utilizado para se convalidar a prova reputada como ilícita, nos acórdãos encontrados. Os trechos das ementas colacionadas que não possuem relação com a temática das provas ilícitas foram suprimidos, com intuito de diminuir o tamanho das citações realizadas.

a) Ilicitude da prova não decretada sob o argumento de ausência de prejuízo ao réu e não influência na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

No julgamento da apelação criminal nº 1.0417.17.000111-5/001, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a prova colhida com desobediência às formalidades do art. 226 do Código de Processo Penal não é ilícita, porquanto as normas dos incisos do aludido dispositivo “não são imprescindíveis ao procedimento de reconhecimento do agente infrator, tratando-se de mera recomendação realizada pela lei processual penal, não implicando, por isso, nulidade das provas”¹⁶⁰. No

¹⁶⁰ Trecho do voto do Des. Relator na Apelação Criminal abaixo referenciada.

caso dos autos, o suspeito foi identificado por fotografias constantes no banco de dados da polícia. Segundo a denúncia, os fatos teriam ocorrido no período noturno, por volta de 23:00 horas. Todas as vítimas declararam que o crime foi muito rápido e que o réu estava usando capacete (embora com a viseira aberta). O reconhecimento deu-se na Delegacia por fotos exibidas pelos agentes de polícia, de indivíduos já conhecidos no meio policial pela prática de roubos, para que as vítimas reconhecessem o autor. Por fim, a arma de fogo supostamente usada pelo réu para cometer o crime não foi encontrada para ser periciada, mas o Tribunal assim mesmo manteve a incidência da majorante do art. 157, §2º-A, inciso I, do Código Penal, sob o fundamento de que a palavra das vítimas era suficiente para comprovar a existência de “arma de fogo”, elementar da causa de aumento. O acórdão restou assim ementado:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E USO DE ARMA DE FOGO - ABSOLVIÇÃO - DESCABIMENTO - RECONHECIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM O ARTIGO 226 DO CPP - IRRELEVÂNCIA - MERA RECOMENDAÇÃO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO E COERENTE - PALAVRA SEGURA E FIRME DAS VÍTIMAS E DOS POLICIAIS MILITARES - CREDIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - DECOTE DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO - IMPOSSIBILIDADE - EMPREGO DE ARMA DE FOGO DEVIDAMENTE COMPROVADO - DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA - RECURSO NÃO PROVIDO. **- O reconhecimento informal por parte da vítima não precisa ser revestir das formalidades previstas no art. 226, IV do CPP, devendo ser tratado como prova meramente testemunhal, a ser avaliada conforme o livre convencimento motivado do magistrado.** **- Mostra-se totalmente desnecessário o reconhecimento do acusado nos moldes do art. 226 do CPP se a inobservância do procedimento não causou qualquer prejuízo ao mesmo, não influenciou a apuração da verdade real, nem na decisão da causa. De fato, a doutrina e jurisprudência há muito já amenizaram o rigorismo do artigo 226 do Código de Processo Penal.**

- Se as provas produzidas formam um conjunto probatório harmônico e desfavorável ao apelante, autorizando um juízo de certeza para o decreto condenatório pelo crime de roubo majorado, não há como acolher o pedido de absolvição.

[...]

- É prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova.

- Recurso não provido¹⁶¹.

¹⁶¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal nº 1.0417.17.000111-5/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/11/2019, publicação da súmula em 20/11/2019.

Percebe-se que, apesar de a decisão consignar que o reconhecimento informal do suspeito não afetou a busca da verdade material ou a decisão da causa, fica nítido, ao ler o inteiro teor do julgado, que a única prova da autoria delitiva consistiu precisamente no reconhecimento pessoal viciado feito pelas vítimas na Delegacia, ainda que ratificado posteriormente na instrução processual.

Recentemente, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento para fixar a tese de que é nula condenação criminal cuja prova de autoria delitiva foi lastreada, exclusivamente, em reconhecimento fotográfico do suspeito realizado na Delegacia, sem a observância dos preceitos do art. 226 do Código de Processo Penal. A ratificação superveniente do indício não altera essa conclusão. É o que se extrai da leitura do HC nº 652.284/SC - julgado pela 5ª Turma em 27/04/2021 - e RHC 139.037/SP - julgado pela 6ª Turma em 13/04/2021.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA UNICAMENTE COM BASE EM RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

(...)

4. Uma reflexão aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matiz garantista voltada para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar "falsas memórias", além da influência decorrente de fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.).

5. Diante da falibilidade da memória seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada. Tendo em conta a ressalva, contida no inciso II do art. 226 do CPP, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato.

6. O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial.

7. Caso concreto: situação em que a autoria de crime de roubo foi imputada ao réu com base exclusivamente em reconhecimento fotográfico e pessoal efetuado pela vítima em sede policial, sem a observância dos preceitos do art. 226 do CPP, e muito embora tenha sido ratificado em juízo, não encontrou amparo em provas independentes. Configura induzimento a uma falsa memória, o fato de ter sido o marido da vítima, que é delegado, o responsável por chegar à primeira foto do suspeito, supostamente a partir de informações colhidas de pessoas que trabalhavam na rua em que se situava a loja assaltada, sem que tais pessoas jamais tenham sido identificadas ou mesmo chamadas a testemunhar. Revela-se impreciso o reconhecimento fotográfico com base em uma única foto apresentada à vítima de pessoa bem mais jovem e com traços fisionômicos diferentes dos do réu, tanto mais quando, no curso da instrução probatória, ficou provado que o réu havia se identificado com o nome de seu irmão. Tampouco o reconhecimento pessoal em sede policial pode ser reputado confiável se, além de ter sido efetuado um ano depois do evento com a apresentação apenas do réu, a descrição do delito demonstra que ele durou poucos minutos, que a vítima não reteve características marcantes da fisionomia ou da compleição física do réu e teve suas lembranças influenciadas tanto pelo decurso do tempo quanto pelo trauma que afirma ter sofrido com o assalto.

8. Tendo a autoria do delito sido estabelecida com base unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, deve o réu ser absolvido.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para absolver o paciente.¹⁶²

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PICHÃO. RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. ELEMENTO INFORMATIVO INSUFICIENTE PARA CONFIGURAR INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. EXCEPCIONALIDADE EVIDENCIADA. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento do processo no âmbito de habeas corpus é medida excepcional, somente cabível quando demonstrada, de maneira inequívoca, a absoluta ausência de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade. Ademais, dada a excepcionalidade do

¹⁶² HC 652.284/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 03/05/2021

trancamento do processo em habeas corpus, é necessário que o alegado constrangimento ilegal seja manifesto, perceptível *primus ictus oculi*.

2. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC, realizado em 27/10/2020, propôs nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que o disposto no referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 2.1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2.2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 2.3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 2.4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

3. No caso, a recorrente foi denunciada com base tão somente em reconhecimento fotográfico extrajudicial, realizado em desconformidade ao modelo legal, a partir de imagens de câmera de segurança - em que aparece a suspeita a metros de distância e sem visão frontal - e sem possibilidade de exata percepção da fisionomia da autora da conduta criminosa.

4. A autoridade policial não exibiu à testemunha outras fotografias de indivíduos com características semelhantes às da recorrente. Em nenhum momento, houve qualquer tentativa de realizar o reconhecimento pessoal da acusada, nos moldes do art. 226 do CPP. Ademais, não houve flagrante delito, tampouco foi a recorrente localizada na posse de qualquer instrumento ou objeto que indicassem ser ela a autora da infração, de maneira que o reconhecimento fotográfico, como único elemento indicativo de autoria e fruto de uma singela pesquisa na rede social Facebook, realizada pela parte interessada, não constitui indícios suficientes de autoria para fins de justificar a deflagração da ação penal.

5. Ademais, não houve preocupação estatal em confirmar ou refutar evidências, trazidas pela defesa ainda na fase inquisitorial, sobre ser fisicamente impossível que a mulher que aparecera nas gravações da câmera de segurança fosse a recorrente, por estar em local diverso no momento em que perpetrado o fato delituoso.

6. Ao Ministério Público, como fiscal do direito (*custos iuris*), compromissado com a verdade, cabe velar pela higidez e fidelidade da investigação aos fatos sob apuração, de sorte a dever, antes de promover a ação penal - que não pode ser uma mera aposta no êxito da acusação - diligenciar para o esclarecimento de fatos e circunstâncias que possam interessar ao investigado, ao propósito de evitar acusações infundadas. Vale dizer, do Ministério Público se espera um

comportamento processual que não se afaste do indispensável compromisso com a verdade, o que constitui, na essência, a desejada objetividade de sua atuação.

7. Sob a égide de um processo penal de cariz garantista - o que nada mais significa do que concebê-lo como atividade estatal sujeita a permanente avaliação de sua conformidade à Constituição da República ("O direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado", dizia-o W. Hassemer) - busca-se uma verdade processualmente válida, em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisdicional e mediante standards probatórios que garantam ao jurisdicionado alguma segurança contra incursões abusivas em sua esfera de liberdade.

8. Recurso em habeas corpus provido, a fim de determinar o trancamento do Processo n. 0002804-78.2018.8.26.0011, da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Pinheiros - SP, sem prejuízo de que outra acusação seja formalizada, dessa vez com observância aos requisitos legais.¹⁶³

Seguindo a nova interpretação do STJ, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal também concedeu ordem de habeas corpus a um condenado por roubo majorado que recebeu pena de mais de 8 anos de prisão. No caso, o suspeito foi abordado quando caminhava pela rua e um policial o fotografou para enviar, pelo *whatsapp*, a foto para os colegas. Os agentes, então, exibiram-na às vítimas que se encontravam na Delegacia, as quais teriam, por fim, reconhecido o suspeito. O método viciado do reconhecimento e a ausência de outros elementos de prova, bem como o fato de nada ter sido encontrado em poder do indivíduo (arma usada no crime e tampouco objetos pessoais subtraídos), foram considerados pelos Ministros que, por maioria, deram provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para anular a condenação¹⁶⁴.

b) Prova ilícita admitida sob o argumento de existência do princípio do livre convencimento motivado.

No mesmo sentido da decisão anterior, a 2ª Câmara do TJMG também já flexibilizou o método de realização do reconhecimento pessoal, preceituado no art. 226 do Código de Processo Penal, sob o argumento de que o princípio do livre convencimento motivado confere ao juiz a liberdade de apreciação e valoração das provas, inclusive

¹⁶³ RHC 139.037/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 20/04/2021.

¹⁶⁴ RHC 206.846/SP, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 25/05/2022.

aquelas colhidas em desobediência ao modelo legalmente estabelecido (embora não reconhecida expressamente a ilicitude).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINARES REJEITADAS [...] - INOCORRÊNCIA DE VÍCIOS NO RECONHECIMENTO - CRIME DE ROUBO MAJORADO - PROVAS SUFICIENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - PENAS-BASES BEM DOSADAS - MANUTENÇÃO DAS REPRIMENDAS FINAIS. – [...] - **Considerando ter o Código de Processo Penal adotado o sistema do livre convencimento motivado para a valoração da prova, não se pode desqualificar o reconhecimento informal do acusado, realizado pela vítima, apenas por inobservância do procedimento previsto no art. 226 do referido código.** - Cediço é que não pode ser declarado nulo qualquer ato que não gere demonstrado prejuízo às partes. Nesse sentido, o art. 563 do Código de Processo Penal dispõe que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". - Comprovadas a materialidade e a autoria em relação à prática do delito, a condenação dos réus é medida que se impõe. – [...].¹⁶⁵

Conforme elucidado no tópico anterior, hoje o Superior Tribunal de Justiça adota o posicionamento de que tal prova é ilícita e eventual sentença condenatória baseada exclusivamente nela é nula.

c) Prova ilícita convalidada sob o fundamento de que eventuais vícios contidos no inquérito não maculam a ação penal.

Agora tratando do acesso a mensagens contidas em aparelho celular pertencente ao suspeito, a 6ª Câmara Criminal do TJMG entendeu ser dispensável a autorização judicial para que os agentes policiais pudessem examinar o dispositivo eletrônico. Na oportunidade, também cancelaram busca e apreensão realizada, sem mandado, no domicílio de um dos suspeitos. Na fundamentação, o Des. Relator afirmou que o crime de tráfico de drogas é delito permanente e, portanto, estaria autorizada tanto a verificação no aparelho telefônico quanto a busca domiciliar, pelo fato dos suspeitos se encontrarem em flagrante delito. Alegou, outrossim, que eventual vício cometido durante a diligência não passaria “de mera irregularidade, não sendo o caso de se anular o processo, pois, como cediço, eventuais irregularidades existentes no inquérito não têm o condão de

¹⁶⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS - Apelação Criminal 1.0024.17.047039-7/001, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/08/2018, publicação da súmula em 03/09/2018.

macular a ação penal que lhe sucede, já que se trata de mera peça informativa”¹⁶⁶, eis que produzida sem o crivo do contraditório.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR - ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS - VIOLAÇÃO DE DOMÍLIO E AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO - IRRELEVÂNCIA - CRIME PERMANENTE - FLAGRANTE DELITO CONFIGURADO - ACESSO A MENSAGENS DE APARELHO CELULAR - DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - REJEIÇÕES - MÉRITO - [...].
- Eventuais irregularidades existentes no inquérito não têm o condão de macular a ação penal que lhe sucede, já que é apenas mera peça informativa, produzida sem o crivo do contraditório.
 - Em caso de flagrante delito, a Carta Magna permite a entrada na residência, independente do horário ou da existência de mandado judicial, sem que tal fato implique em violação de domicílio.
- A visualização de mensagens em aparelho celular apreendido em virtude de justificada suspeita de envolvimento do acusado no crime de tráfico não configura violação da garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas, não havendo que se falar em prova ilícita.
 - [...]

V.V.: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRELIMINAR DE NULIDADE - APARELHO CELULAR ACESSADO E PERICIADO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - ILICITUDE - SENTENÇA PROFERIDA BASEADA NA PROVA ILÍCITA - IMPOSSIBILIDADE - IN VIOLABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES - GARANTIA FUNDAMENTAL - PRECEDENTES STJ - DESENTRANHAMENTO - NECESSIDADE - ART. 157 CPP - APROVEITAMENTO DOS OUTROS ELEMENTOS DA INSTRUÇÃO - NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.¹⁶⁷

Interessante notar que neste mesmo julgamento houve voto vencido proferido pelo Desembargador Bruno Terra Dias, o qual acolhia a preliminar de ilicitude das provas produzidas na investigação e decretava a nulidade da sentença, uma vez que tais elementos, ainda que indiciários, teriam sido decisivos para o édito condenatório dos réus. De fato, analisando o inteiro teor do acórdão, pode-se constatar que as conversas contidas no aparelho telefônico foram transcritas, no voto do relator, como argumentos para sustentar a comprovação da materialidade e autoria delitivas, bem como o material apreendido na residência do suspeito, os quais serviram de base para as demais provas contidas nos autos.

¹⁶⁶ Trecho do voto do Desembargador Relator na Apelação Criminal abaixo referenciada.

¹⁶⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal 1.0194.18.000341-1/001, Relator(a): Des.(a) Furtado de Mendonça, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/11/2019, publicação da súmula em 04/12/2019.

O Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido da ilicitude da busca e apreensão executada em domicílio, sem mandado judicial, nas hipóteses em que não houver comprovação documental e audiovisual (por filmagens) de que o ingresso da polícia na residência do suspeito tenha se dado livre de qualquer coação ou intimidação, sob pena de invalidação de toda a apreensão de fontes de prova dela decorrente. No julgamento do HC 616.584/RS, os Ministros da 5ª Turma do STJ entenderam que a diligência só é válida em casos de urgência, se ficar demonstrado que há atraso na obtenção de mandado judicial, ou quando se puder constatar que a prova será destruída ou ocultada.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. CONSENTIMENTO DO MORADOR. VERSÃO NEGADA PELA DEFESA. IN DUBIO PRO REO. PROVA ILÍCITA. NOVO ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA HC 598.051/SP. VALIDADE DA AUTORIZAÇÃO DO MORADOR DEPENDE DE PROVA ESCRITA E GRAVAÇÃO AMBIENTAL. WRIT NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Em recente julgamento no HC 598.051/SP, a Sexta Turma, em voto de relatoria do Ministro Rogério Schietti - amparado em julgados estrangeiros -, decidiu que o consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel será válido apenas se documentado por escrito e, ainda, for registrado em gravação audiovisual.

4. O eminente Relator entendeu ser imprescindível ao Judiciário, na falta de norma específica sobre o tema, proteger, contra o possível arbítrio de agentes estatais, o cidadão, sobretudo aquele morador das periferias dos grandes centros urbanos, onde rotineiramente há notícias de violação a direitos fundamentais.

5. Na hipótese em apreço, consta que o paciente e a corré, em razão de uma denúncia anônima de tráfico de drogas, foram abordados em via pública e submetidos a revista pessoal, não tendo sido nada encontrado com eles. Na sequência, foram conduzidos à residência do paciente, que teria franqueado a entrada dos policiais no imóvel. Todavia, a defesa afirma que não houve consentimento do morador e, na verdade, ele e sua namorada foram levados à força, algemados e sob coação, para dentro da casa, onde foram recolhidos os entorpecentes (110g de cocaína e 43g de maconha).

6. Como destacado no acórdão paradigma, "Essa relevante dúvida não pode, dadas as circunstâncias concretas - avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência cotidiana do que ocorre nos centros urbanos - ser dirimida a favor do Estado, mas a favor do titular do direito atingido (in dubio libertas). Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio

de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento do morador."

7. Na falta de comprovação de que o consentimento do morador foi voluntário e livre de qualquer coação e intimidação, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade na busca domiciliar e consequentemente de toda a prova dela decorrente (fruits of the poisonous tree).

8. Vale anotar que a Sexta Turma estabeleceu o prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, o treinamento dos agentes e demais providências necessárias para evitar futuras situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, resultar em responsabilização administrativa, civil e penal dos policiais, além da anulação das provas colhidas nas investigações.

9. Fixou, ainda, as seguintes diretrizes para o ingresso regular e válido no domicílio alheio, que transcrevo a seguir: "1. Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito. 2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada. 3. O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação. 4. A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo. 5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência."

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, para declarar a invalidade das provas obtidas mediante violação domiciliar, e todas as dela decorrentes, na AP n. 132/2.20.0001682-3. Expeçam-se, também, alvará de soltura em benefício do paciente e, nos termos do art. 580 do CPP, da corrê.¹⁶⁸

No tocante ao acesso, por agentes policiais, às conversas e mensagens armazenadas em aplicativo de celular do flagrantado, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, também em julgado recente, posicionou-se no sentido de que tal medida não

¹⁶⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 616.584/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 30/03/2021, DJe 06/04/2021.

dispensa autorização judicial. Na Reclamação nº 36.734, julgada em 10/02/2021, a 3ª Seção do STJ invocou a teoria dos frutos da árvore envenenada para decretar a nulidade *ab initio* do processo que havia sido deflagrado unicamente a partir do acesso, clandestino, às conversas de *whatsapp* mantidas pelo suspeito em seu telefone.

RECLAMAÇÃO. ACESSO A MENSAGENS ARMAZENADAS EM WHATSAPP. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. RECONHECIMENTO EM HABEAS CORPUS IMPETRADO NESTA CORTE. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. ABERTURA DE VISTA ÀS PARTES. NECESSIDADE. NOVAS DILIGÊNCIAS. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA E DE ACESSO ÀS MENSAGENS. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. DESCUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PROFERIDO POR ESTA CORTE. NÃO OCORRÊNCIA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE. NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. EQUÍVOCO NO DISPOSITIVO DO RHC 89.385/SP. NULIDADE DO PROCESSO AB INITIO. RECONHECIMENTO.

1. Eventual determinação desta Corte para o desentranhamento, da sentença, de provas consideradas ilícitas, não impede que o Magistrado de primeiro grau determine, primeiro, o exame do alcance da decisão no caso examinado por ele, até para que o Parquet possa avaliar, após o descarte, a possibilidade de se manter a imputação formulada.

2. É uníssona a compreensão de que a busca pela verdade no processo penal encontra limitação nas regras de admissão, de produção e de valoração do material probatório, o qual servirá de suporte ao convencimento do julgador; afinal os fins colimados pelo processo são tão importantes quanto os meios que se utilizam para alcançar seus resultados.

3. A Constituição Federal considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito e a consequência dessa inadmissão é aquela prevista no art. 157 do CPP. Embora a redação desse dispositivo, operada pela reforma de 2008, não haja distinguido a natureza da norma violada, tal não significou a superação da separação feita pela doutrina (amplamente aceita pela jurisprudência) de que provas contrárias à lei material ou a direitos do investigado ou réu, derivados da Constituição da República, pertencem ao gênero das provas ilegais.

4. A prova ilícita, em sentido estrito, deve, então, ser associada, exclusivamente, às obtidas com violação de direitos fundamentais, materiais ou protetivos de liberdades públicas, e não àquelas obtidas com a vulneração de normas puramente processuais, ainda que estas possam ter algum subsídio constitucional.

5. Assim, as provas ilegais são ilegítimas quando infringirem normas de caráter procedimental ou de direito processual; e ilícitas quando violarem os princípios ou garantias constitucionais fundamentais ou as normas que versam sobre o direito material. E a consequência processual para a prova ilícita é a sua inadmissibilidade, a impedir o seu ingresso (ou exclusão) no processo, enquanto a prova ilegítima gera sua nulidade.

6. O acesso a mensagens do WhatsApp decorrente de busca pessoal e sem autorização judicial constitui violação de uma garantia

fundamental e, portanto, sua utilização possui a natureza de prova ilícita, e não de prova meramente ilegítima.

7. Sem embargo, ainda que excluída a prova ilícita, enquanto tal, é possível sua renovação, se, ainda existente e disponível no mundo real, puder ser trazida ao processo pelos meios legítimos e legais.

Assim, muito embora a ilicitude imponha o desentranhamento das provas obtidas ilegalmente, nada impede seja renovada a coleta de dados (bancários, documentais, fotográficos etc), com a devida autorização judicial. Precedentes.

8. Mostra-se positivo o reconhecimento, no direito pátrio, da doutrina norte-americana das exclusionary rules, inclusive quanto à invalidação das provas ilícitas por derivação (ali consagrada pela fruits of the poisonous tree doctrine), mas igualmente se há de ponderar que, na linha também do que desenvolveu a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, há temperamentos a serem feitos ao rigor excessivo dessa doutrina. Não, evidentemente, para acolher a concepção, presente em outros povos, de que as provas ilícitas devem ser aproveitadas, punidos aqueles que causaram a violação do direito (male captum bene retentum). Mas, sim, para averiguar (a) se a prova lícitamente obtida seria inevitavelmente descoberta de outro modo (inevitable discovery), a partir de outra linha legítima de investigação, ou (b) se tal prova, embora guarde alguma conexão com a original, ilícita, não possui relação de total causalidade em relação àquela, pois outra fonte a sustenta (independent source).

9. Na espécie, conquanto o acesso às conversas armazenadas no aplicativo WhatsApp do reclamante tenha ocorrido sem a devida autorização judicial, de tal sorte que foram reconhecidas ilícitas as provas produzidas a partir dessas conversas, a fonte manteve-se íntegra, tal qual era a época do delito, de tal modo que não há empecilho a que o magistrado, instado pelo Ministério Público, decida de modo fundamentado acerca da possibilidade de realização de perícia, com acesso às conversas armazenadas no WhatsApp, sem que isso represente afronta à autoridade da decisão desta Corte.

10. É possível inferir, do conteúdo do acórdão proferido no RHC n. 89.385/SP, que a prisão do acusado se deu porque haveria sido flagrado, em uma blitz, com a posse de drogas para consumo próprio. Somente com o acesso ao conteúdo das conversas no WhatsApp é que foi descoberto o crime de tráfico de drogas. Vale dizer, não havia absolutamente nenhum indicativo, até o acesso às mensagens, do cometimento do delito de tráfico. Logo, a descoberta desse crime se deu exclusivamente com base em prova considerada ilícita, porquanto não havia autorização judicial para acesso às conversas de WhatsApp. A partir daí, por derivação, todas as provas produzidas devem ser consideradas imprestáveis.

11. Observa-se, então, que todo o processo deflagrado contra o réu, pela prática do crime de tráfico de drogas, teve seu nascedouro a partir do acesso às conversas de WhatsApp, sem a existência de nenhuma fonte independente e, tampouco, sem que se pudesse afirmar que sua descoberta seria inevitável, visto que o acesso ao conteúdo do dispositivo dependeria de autorização judicial (que poderia ser negada), motivo pelo qual deve ser anulada não só a sentença, como constou do dispositivo proferido no RHC n. 89.385/SP, mas todo o processo ab initio.

12. Sendo certo, porém, que a apreensão do celular do reclamante foi legal, por haver sido ele flagrado na posse de droga, não há prejuízo a

que, realizada perícia sobre o aparelho, eventualmente se reinicie a ação penal.

13. Reclamação improcedente. Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade do processo ab initio, sem prejuízo de que, realizada a perícia, desta feita por decisão judicial motivada, seja eventualmente apresentada nova denúncia e deflagrada outra ação penal.¹⁶⁹

Com efeito, o jargão relativamente corriqueiro de que eventuais vícios contidos no inquérito não contaminam a ação penal deve ser visto com muitas ressalvas, a fim de que não se possa permitir que elementos de informação obtidos ilicitamente na fase de investigação preliminar possam servir à deflagração de ações penais cujas provas são deles derivadas.

Apesar de o inquérito policial ser, de fato, um procedimento preliminar dispensável e informativo, não se pode olvidar que são exatamente os indícios nele colhidos que servirão de base para lastrear a ação penal. A justa causa, requisito para instauração do processo penal contra o indiciado, pressupõe obviamente a legalidade do suporte probatório mínimo angariado nas investigações. Caso contrário, poder-se-ia torturar ou coagir o réu a confessar o crime e, a partir da confissão, colher novos elementos para lastrear a peça acusatória. Ademais, não é demais recordar que muitas das vezes, os elementos informativos produzidos no inquérito são meramente ratificados em juízo, o que implica dizer que, na verdade, a fonte da prova advém daquela etapa. Isso sem falar na possibilidade de produção, ainda na fase de inquérito, das chamadas provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas, em relação às quais poderá o magistrado fundamentar exclusivamente sua sentença, segundo o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal¹⁷⁰.

d) Prova ilícita admitida com espeque na iniciativa probatória de ofício do magistrado e amparo no meta-argumento de busca da verdade real e livre convencimento do julgador.

No julgamento da apelação criminal nº 1.0596.18.000157-7/001, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que as provas decorrentes de

¹⁶⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rcl 36.734/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2021, DJe 22/02/2021.

¹⁷⁰ Código de Processo Penal. Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

diligência determinada *ex officio* pelo magistrado, com espeque no artigo 156, inciso II e 234 do Código de Processo Penal seriam válidas. No recurso, a Defesa sustentou que os elementos juntados aos autos violavam o sistema acusatório, quebrando a regra de imparcialidade do juízo. Na decisão, contudo, os desembargadores ressaltaram que o juiz tem a prerrogativa legal de ordenar a produção de provas de ofício, quando entender “necessárias para a elucidação dos fatos”, a bem do princípio da verdade real. Rechaçaram, ainda, a existência de ilicitude probatória sob o argumento da ausência de demonstração do prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, que rege a sistemática das nulidades processuais. Veja-se nas palavras do Desembargador Relator: “a decretação de nulidade do feito é medida gravíssima, que no caso dos autos, não atende aos princípios da celeridade, razoável duração do processo e do prejuízo. Isto é, não tendo sido comprovado prejuízo à defesa, não há que se falar em nulidade”¹⁷¹.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – [...] - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO - NÃO RECONHECIMENTO - PLEITOS ABSOLUTÓRIOS - INVIABILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – [...] - REJEIÇÃO. **-Embora deva o Juiz atuar com imparcialidade, o próprio ordenamento jurídico lhe faculta que, na busca da verdade real, determine a produção de provas para a formação do seu livre convencimento [...].**¹⁷²

Em outro julgado da 1ª Câmara, validaram-se laudos periciais cuja produção foi determinada de ofício pelo juiz, suprindo a omissão do Ministério Público, a fim de comprovar as qualificadoras do delito de furto, consistentes no rompimento de obstáculo e escalada. No julgamento do recurso de apelação, o Desembargador Relator reiterou, expressamente, que as provas seriam válidas, com a justificativa de que vigoraria, no processo penal brasileiro “o princípio da verdade real [pelo qual] o magistrado deve determinar, no curso da instrução, ou antes de prolatar sentença, a produção das provas que julgar necessárias, pertinentes e razoáveis para a devida apuração do fato”¹⁷³,

¹⁷¹ Trecho do voto do Des. Relator na apelação criminal abaixo referenciada.

¹⁷² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal nº 1.0596.18.000157-7/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 02/06/2020, publicação da súmula em 15/06/2020.

¹⁷³ _____. Apelação Criminal 1.0431.19.000155-9/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/12/2019, publicação da súmula em 18/12/2019.

acrescentando ainda que “sendo o magistrado o destinatário da prova, para ele é de extrema relevância e interesse a busca pela verdade real”¹⁷⁴.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - PRELIMINAR - VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO - INOCORRÊNCIA - ART. 156 DO CPP - PRINCÍPIO DA VERDADE REAL - ABSOLVIÇÃO PELA AUSÊNCIA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS - CONFISSÃO DO APELANTE EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM O ACERVO PROBATÓRIO - LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - MANUTENÇÃO DAS QUALIFICADORAS DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E DA ESCALADA - IMPERIOSIDADE. **O art. 156 do CPP prevê a possibilidade de o magistrado determinar, de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, justificando-se a disposição pelo fato de ser o juiz o destinatário da prova, buscando sempre alcançar a verdade real.** A confissão do apelante, endossada pelas declarações extremamente coerentes da vítima, pela prova testemunhal produzida em juízo e pelos demais elementos de convicção carreados, são suficientes para a condenação, em conformidade com o sistema do livre convencimento motivado. A existência de laudo pericial que conclui pela ocorrência de rompimento de obstáculo e escalada para a subtração da coisa torna manifestas as qualificadoras do art. 155, §4º, I e II, do CP, mormente quando a prova oral colhida é unânime nesse sentido.¹⁷⁵

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça foram encontrados julgados que corroboram a posição do TJMG, conforme se extrai do Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 131462/PR – julgado pela 5ª Turma em 23/02/2021. No julgamento, a Corte Superior entendeu que a promoção de ofício, pelo juiz, de diligências complementares para dirimir dúvida sobre ponto relevante, ao final da instrução, não viola o sistema acusatório, a presunção de inocência ou o devido processo legal. Para os Ministros, a regra de julgamento do *in dubio pro reo* só seria aplicável após o exaurimento de todas as diligências probatórias possíveis, ou “todos os meios legítimos para a verificação da procedência das alegações sobre fatos elaboradas tanto pela acusação como pela defesa”¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal 1.0431.19.000155-9/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/12/2019, publicação da súmula em 18/12/2019.

¹⁷⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no RHC n. 131.462/PR, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021.

Curiosamente, entretanto, desde o advento do pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019) que alterou a redação do art. 311 do Código de Processo Penal¹⁷⁷, o STJ vem se posicionando, em outros julgados, no sentido de que a decretação da prisão de preventiva não pode ocorrer de ofício, sob pena de infringência ao modelo acusatório de persecução penal, que vedaria a atuação não provocada do magistrado (v. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 622.523/RJ, julgado em 17/11/2020 pela 5ª Turma)¹⁷⁸.

Não obstante a explícita incoerência, o recurso ao meta-argumento de busca da verdade real para se convalidar ilicitudes probatórias, decorrentes de flagrante vício de iniciativa, encerra, no fundo, uma atrasada concepção de processo ligado ao direito material.

Trata-se, portanto, de uma refundação da abandonada teoria imanentista do processo, que o vinculava ao direito material subjacente. Na realidade, desde a obra de

¹⁷⁷ Código de Processo Penal. Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

¹⁷⁸ AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO CONSUMADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVOLADA EM PREVENTIVA DE OFÍCIO. NULIDADE. NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. LEI N. 13.964/2019. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO PACOTE ANTICRIME BUSCAM A EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA GARANTIR A LIBERDADE PROVISÓRIA AO PACIENTE COM A APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS AO CÁRCERE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O entendimento firmado pela Corte estadual, no sentido de não haver nulidade na hipótese em que o Juízo, de ofício, sem a prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, convertia a prisão em flagrante em preventiva, quando preenchidos os requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, estava em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior, a qual entendia que "a conversão do flagrante em prisão preventiva é uma situação à parte, que não se confunde com a decisão judicial que simplesmente decreta a preventiva ou qualquer outra medida cautelar".

- **Todavia, em uma guinada jurisprudencial, a Quinta Turma desta Corte de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 590.039/GO, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 23/6/2020, DJe 25/6/2020, passou a entender que em virtude da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), não é mais admissível essa conversão de ofício porque, as alterações do Pacote Anticrime denotam "a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório", vontade essa explicitada, por exemplo, ao alterar o art. 311 do CPP - suprimindo a expressão "de ofício" ao tratar da possibilidade de decretação da prisão pelo magistrado -, e ao incluir o art. 3º-A no CPP, dispondo que o Processo Penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória pelo órgão de acusação.**

- Desse modo, o novo entendimento é no sentido de ser indispensável, de forma expressa, o prévio requerimento das partes, do Ministério Público ou da autoridade policial para que o juiz aplique qualquer medida cautelar. Frise-se que esta nova orientação está alinhada com as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal Precedentes.

- Ordem concedida, ex officio, para garantir a liberdade provisória ao paciente, salvo de por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena, com a determinação para que o Juízo singular fixe medidas cautelares alternativas, nos termos da Lei n. 12.403/2011.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 622.523/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020).

Oskar V. Büllow, datada de 1868, apresentou-se a proposta de uma teoria pela qual o processo instaura uma relação jurídica autônoma em relação ao direito material (teoria do processo como relação jurídica)¹⁷⁹. Por consequência, a existência ou não do direito material é irrelevante para a validade do processo. Assim, descabe falar em busca da verdade, a menos que se tenha como preconcebida uma verdade, qual seja, de que houve violação do direito material e de que o indivíduo imputado é o seu autor. Nesse sentido, Aroldo Plínio Gonçalves, seguindo a teoria de Elio Fazzalari, aponta que a função do processo é a apreciação da lesão ou ameaça ao direito pelo Poder Judiciário, com a salvaguarda dos direitos fundamentais das partes¹⁸⁰. Portanto, não é equivocado sugerir que os teóricos que enxergam no processo uma ferramenta de busca ilimitada da verdade, adotam a equivocada premissa subliminar e inquisitória de que há um direito material violado a ser tutelado, no caso, o Direito Penal.

A negação da teoria do processo como relação jurídica foi defendida por juristas do nacional-socialismo alemão (nazismo), como aponta Giuseppe Betiol:

a noção do processo como relação jurídica foi, portanto, rejeitada porque uma noção individualista, liberal, corruptora da ideia organicista e totalitária do Estado, da qual se disse, em consonância com todas essas ideologias, deve ser capaz de mover-se sem entraves e limitações que também têm caracterizado, no campo jurídico, o totalitarismo político, que deve ser capaz de se mover sem obstáculos e limitações¹⁸¹.

Há, portanto uma nítida correlação entre a mentalidade inquisitória e a teoria imanentista do processo que o vincula ao direito material pretensamente violado. A tradição do processo inquisitório como um processo de concentração de poderes instrutórios na figura do juiz, anulando a função das partes, foi observada também pelo processualista italiano Giovanni Leone, para quem a acentuação dos poderes de autor e réu no processo penal “enterrará definitivamente as tendências autoritárias, que, ao negarem

¹⁷⁹ BULLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Ed em português. São Paulo: LZN, 2003.

¹⁸⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

¹⁸¹ Tradução livre: “La nozione del processo come rapporto giuridico è stata quindi respinta perchè nozione individualistica, liberale, corrompitrice dell’idea organicista e totalitaria dello Stato, del quale si è detto, in armonia con tutte quelle ideologie deve potersi muovere senza inceppi e limitazioni che hanno caratterizzato anche nel campo giuridico il totalitarismo politico, che deve potersi muovere senza inceppi e limitazioni”. BETTIOL, Giuseppe. *Instituzioni di diritto e procedura penale: corso di lezioni per gli studenti di scienze politiche*. Padova: Cedam, 1966, p. 196-197.

o conceito de parte, levaram à fulminação de todas as individualidades no processo, acima das quais afirmaram a prevalência indistinta, mas perigosa de interesse da sociedade”¹⁸².

e) **Prova ilícita chancelada com base na primazia do interesse público e social.**

Suponha-se, agora, a seguinte situação: o suspeito, detido em flagrante, é colocado na viatura policial. Durante o trajeto até a Delegacia, os policiais militares efetuam uma inquirição oficiosa do indivíduo, cujo teor é gravado sub-repticiamente pelos agentes públicos e introduzido nos autos. Tal fato ocorreu no bojo da apelação criminal nº 1.0002.18.000935-5/001, tendo o desembargador relator, da 5ª Câmara Criminal do TJMG, destacado que a gravação da conversa não continha qualquer ilicitude, porquanto teria sido realizada por um dos interlocutores e, neste caso, consoante jurisprudência do STF, “não envolve fundamentalmente a inviolabilidade das comunicações, mas a proteção da privacidade do indivíduo, que não é um direito absoluto, e, portanto, deve ser cedido diante do interesse público e social”¹⁸³. Na ementa do julgado restou consignado:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ILEGALIDADE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL - INOCORRÊNCIA - PRELIMINAR REJEITADA. [...]. **I - A gravação ambiental feita sem o consentimento de um dos interlocutores, quando ausente causa de sigilo, não pode ser considerada ilícita, já que a questão não envolve fundamentalmente a inviolabilidade das comunicações, mas a proteção da privacidade do indivíduo, que não é um direito absoluto, e, portanto, deve ser cedido diante do interesse público e social.** II - Comprovado, pelo exame concatenado das provas amealhadas nas duas fases de persecução penal, que os réus, agindo em união de desígnios e mediante divisão de tarefas, subtraíram para si coisa alheia móvel, mediante violência, a manutenção de suas condenações pela prática do crime de roubo majorado é medida imperativa. [...].¹⁸⁴

De igual modo, o argumento da suposta primazia do interesse coletivo sobre o particular também já foi usado para sustentar a possibilidade de prorrogação sucessiva de

¹⁸² Tradução livre: “L’accentuazione del carattere di parte dei due protagonisti del processo penale seppellirà definitivamente le tendenze autoritarie, le quali, negando il concetto di parte, conducevano a smorzare nel processo ogni individualità, al disopra della quale affermavano l’indistinta, ma pericolosa prevalenza dell’interesse della società”. LEONE, Giovanni. *Linee generali di una riforma del processo penale*. In: Rivista italiana di diritto processuale penale, 1948, p. 228.

¹⁸³ Trecho do voto do Desembargador Relator na apelação criminal abaixo referenciada.

¹⁸⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal nº 1.0002.18.000935-5/001, Relator(a): Des.(a) Júlio César Lorens, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/08/2019, publicação da súmula em 02/09/2019.

interceptações telefônicas¹⁸⁵ e da possibilidade de o agente policial até mesmo atender o telefone do suspeito durante busca pessoal, tendo o magistrado consignado que “trata-se de exceção ao direito de privacidade do suspeito em primazia do interesse público”¹⁸⁶.

A ideia de a Polícia Militar inquirir o indiciado na própria viatura sem a obrigação de comunicá-lo formalmente do teor do ato e de seus direitos constitucionais, dentre os quais está inserida a prerrogativa de não produzir provas contra si, juntando-se aos autos gravação de eventual confissão ocorrida, além de configurar usurpação de atribuição da Polícia Civil, constitui prova ilícita por infringência ao art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal¹⁸⁷.

Na jurisprudência norte-americana, inclusive, consagrou-se a tradição de cientificar expressamente o preso de seus direitos, antes de se iniciar qualquer inquirição, até mesmo informal, conduzida pela polícia. São os chamados “avisos de Miranda” ou *Miranda warnings/rights*, consolidados pela Suprema Corte dos EUA em 1966 no julgamento do famoso caso *Miranda vs. Arizona*¹⁸⁸, que exigem do policial, imediatamente após a execução da prisão, a comunicação ao preso de suas garantias, sob

¹⁸⁵ EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM - PRELIMINARES - NULIDADE DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL, DA PROVA OBTIDA MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DA INSTRUÇÃO POR OFENSA À SÚMULA VINCULANTE 11 STF - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU PREJUÍZO - PREFACIAIS REJEITADAS [...]. PRIMEIRO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO E SEGUNDO APELO DESPROVIDO. **1. Eventuais irregularidades porventura existentes na fase investigativa não possuem o condão de contaminar a ulterior ação penal. 2. Se as interceptações telefônicas e suas prorrogações encontram-se amparadas em decisões judiciais fundamentadas, adequadas aos ditames da Lei nº 9.296/1996 e baseadas na necessidade e no interesse público na apuração das condutas delituosas, não há qualquer ilicitude da prova oriunda dessas gravações.** 3. Devidamente justificado o emprego de algemas em audiência, não há de se falar em ofensa ao enunciado da súmula vinculante nº 11 do STF, sendo certo, outrossim, que a combativa defesa não se insurgiu oportuno tempore contra o ato ou mesmo demonstrou efetivo prejuízo aos réus, restando incabível a pretendida nulidade [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal nº 1.0607.17.005208-0/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/09/2019, publicação da súmula em 18/09/2019).

¹⁸⁶ EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINARES - OFENSA AO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES - ATO QUE NÃO CONFIGURA INTERCEPTAÇÃO - REJEITAR [...]. - **Não se confunde o ato do policial de atender ao telefone do suspeito apreendido com o procedimento de interceptação telefônica, sendo o primeiro muitas vezes necessário à defesa do interesse público** - Impossível reconhecer a nulidade de decisão que se ateve às balizas judiciais e aos aspectos fáticos e probatórios dos delitos julgados para estabelecer a reprimenda justa e necessária aos fins de prevenção e repressão da reprimenda. [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal nº 1.0231.15.017181-8/001, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/07/2017, publicação da súmula em 14/07/2017).

¹⁸⁷ Constituição Federal. Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

¹⁸⁸ SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436>. Acesso em: 17/05/2021.

pena de invalidade do ato e de toda a prova dele decorrente, cujo teor é reproduzido à exaustão em séries, filmes policiais e documentários.

Outrossim, o fato de o agente policial atender o celular do suspeito e, eventualmente, até mesmo travar diálogos com outros suspeitos caracteriza medida típica de infiltração de agentes policiais, demandando, portanto, autorização judicial para que possa ser executada, descabendo falar em interesse público para validar a prova.

Por sinal, há quem sustente que o ideal de supremacia do interesse público sobre os direitos individuais possui matriz antidemocrática, porquanto a deliberação pela qual o suposto interesse estatal não corresponde aos interesses particulares de seus cidadãos é arbitrária, sendo necessário “corrigir o equívoco da suposição de que o interesse público está relacionado com um bem comum que deve ser promovido mesmo ao custo do bem individual”¹⁸⁹, acrescentando ainda que a alegada supremacia do interesse público sobre o privado “constitui uma premissa que ameaça a própria estrutura democrática do Estado de Direito”¹⁹⁰.

Conforme elucidado quando do estudo das raízes inquisitoriais do Código de Processo Penal de 1941, a concepção ideológica fascista parte do pressuposto de que “a negação dos direitos de liberdade do indivíduo e a afirmação do *ius puniendi* como aspecto absoluto da soberania estatal se resolvem na reafirmação desta em relação ao sujeito, cuja esfera de liberdade não representa um direito mas uma concessão do Estado”¹⁹¹.

f) Prova ilícita admitida sob o argumento da condição do réu de presidiário e a gravidade da infração penal cometida.

Neste interessante caso, julgado há muito tempo pelo Superior Tribunal de Justiça, o réu, que cumpria pena pelo delito de quadrilha armada (antigo 288, p. único), era suspeito de ter corrompido funcionários da administração penitenciária para obter

¹⁸⁹ RIBEIRO, Fernando José Armando; MOURA, Gabriela de Sousa. *A Constituição democrática e o “princípio” da supremacia do interesse público*. In: Revista Amagis Jurídica, ano X, nº 15, Vol. II, Jul/Dez 2018, p. 20-21. Disponível no sítio eletrônico: <https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/35/13>. Acesso em: 17/05/2021.

¹⁹⁰ _____. *Obra citada*, p. 21.

¹⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 81.

privilégios e regalias no tratamento recebido na unidade prisional onde se encontrava. A polícia realizou gravações clandestinas de conversas do preso. Na época, a jurisprudência entendia ser ilícito esse meio de prova, mesmo com autorização judicial, por não haver lei regulamentando-a, já que a norma constitucional do art. 5º, inciso XII, da CF, seria de eficácia contida e não autoaplicável, dependendo de regulamentação infraconstitucional para que possa ser exercida a restrição nos moldes da lei. No caso, para validar a prova, o argumento foi de que deveria incidir, para resolução da questão, o princípio constitucional da proporcionalidade. Na ocasião, o Ministro do STJ Adhemar Maciel consignou: “a primeira indagação que faço é: como pode alguém, que se acha recolhido em estabelecimento penal, por condenação por quadrilha armada, pretender invocar cláusula constitucional que protege o homem livre? [...]”¹⁹².

E prossegue, asseverando que “esse entendimento [da inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida] não teria aplicação no caso concreto, pois o paciente não é um homem livre. Ao contrário, está pagando pelo crime cometido e se acha acusado de outro”¹⁹³.

A seguir, ementa do acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça no caso:

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

¹⁹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 3.982/RJ, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/1995, DJ 26/02/1996, p. 4084.

¹⁹³ Idem.

PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS' (EXCLUSIONARY RULE)
TAMBEM LA PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM
DENEGADA.¹⁹⁴

Um curioso raciocínio de alguns juristas invoca outro argumento engenhoso. Para eles, há de se fazer uma ponderação entre a gravidade do crime praticado para se obter a prova e àquele objeto de apuração no processo em que se pretende introduzi-la.

Perfilando-se nesta linha, José Carlos Barbosa Moreira sustentava que para crimes de tráfico e organização criminosa seria possível afastar o comando constitucional taxativo de vedação à admissibilidade de provas ilícitas. Sob esse mesmo pensamento, Leila Maria Bijos e José de Lima Ramos Pereira, criticam uma decisão do STF que inadmitiu a prova obtida ilicitamente mediante furto de fotografias de um cofre localizado no consultório odontológico de propriedade do réu, as quais comprovariam, em tese, o delito do art. 241 da Lei nº 8069/1990 – ECA. No julgamento do REExt nº 251.445-4/GO, realizado em 21/06/2000 (Rel. Min Celso de Mello) entendeu-se pela ilicitude da prova. Insurgindo-se contra a decisão, os autores afirmam que:

O fato criminoso que se pretendia demonstrar (a prática de abuso sexual contra criança ou adolescente), repousa em maior gravidade do que o fato imputado para considerar ilícitas as fotos (o furto do material fotográfico), sendo mais nocivo aquele do que este [...]

Na discussão sobre a decisão do STF de considerar ilícito o produto fotográfico furtado do consultório odontológico, ainda que incriminasse o réu no tipo penal do artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se a existência de um conflito de direitos: o do réu, de lhe ser assegurado o direito à inviolabilidade de seu domicílio (artigo 5º, XI); e o da criança ou adolescente, que possui o direito à dignidade como pessoa humana (artigo 1º, III), e o direito, com absoluta prioridade, à vida, à saúde, à educação, à dignidade, ao respeito e à liberdade, além de ter que estar a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227, caput).

Não se pode concordar que o direito do réu pudesse prevalecer, não sendo sequer razoável ou proporcional, até porque no constatado choque axiológico, o maior peso ou valor, não resta dúvida, é o da proteção à criança ou adolescente, não se podendo aceitar que o acusado na sua defesa, alegue a ilicitude da prova pelo furto ocorrido em seu estabelecimento profissional, ainda mais que se reconhece que tais fotos são incriminadoras.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ BIJOS, Leila Maria; PEREIRA, José de Lima Ramos; *Provas ilícitas: o direito comparado e o STF. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 38, nº 1, Jan-Jun 2018, p. 158-160.*

O raciocínio dos autores expõe, novamente, a dificuldade teórica consistente no fato de não ser possível definir, com precisão, quais seriam os direitos contrapostos aos do réu e que supostamente poderiam ser invocados na aplicação da técnica da ponderação de interesses.

Na citação acima transcrita, seria mesmo verdadeira a declaração de que os princípios ou valores contrapostos à inviolabilidade de domicílio do réu são os direitos da criança, vítima da ação criminosa? Será que esse entendimento é correto se considerarmos que a relação processual penal é autônoma e desvinculada do direito material, com partes, direitos e ônus distintos da relação de direito material?

Segundo já elucidado, o direito contraposto ao do réu na relação processual penal não é o do ofendido (que, no caso acima, sequer é parte na ação penal relativa ao crime do art. 241 do ECA), mas, sim, o direito de provar conferido ao autor (titular) da ação penal, que no caso, é o Ministério Público. De um lado tem-se o direito à prova e, de outro, o direito de não ter usado contra si provas ilícitas. Se o primeiro direito (à liberdade de prova) é condicionado pelo segundo, como supor que aquele prevalece em relação a este?

Em outras palavras, se o direito à prova não é irrestrito ou absoluto (por isso mesmo se fala em direito à prova e, obviamente, a expressão “direito” encerra uma ideia intrínseca de conformidade com o ordenamento jurídico), como ponderar em favor dele?

Ora, se o direito contraposto à proibição de utilização de provas ilícitas contra o réu fossem os direitos materiais das vítimas, violados com o cometimento da infração, então é difícil supor que alguém escolheria, em qualquer hipótese, proteger os direitos do imputado, sendo absolutamente falacioso esse pensamento. O processo penal lida com fatos pretéritos, com a violação do direito já consumada e não é correto supor que esses mesmos direitos se colocam, na persecução penal, em confronto com os do acusado. Se assim fosse, a vítima talvez fosse elevada à condição de parte no processo penal.

Na jurisprudência brasileira, há manifestações críticas deste entendimento. Recorda-se, a título de exemplo, do voto do Min. Eros Roberto Grau, no julgamento do HC nº 95.009-4/SP:

Tenho criticado aqui – e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) – a “banalização dos ‘princípios’ (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido com um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que a proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito”. **No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construimos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acurdir-nos.**

Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado”, a “supremacia do interesse público sobre o individual”. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo [...] não tem lugar em matéria penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. **Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie**”.¹⁹⁶

g) Prova ilícita admitida sob o argumento de que não houve contaminação dos demais atos judiciais.

Há um perigoso entendimento, identificado em julgados antigos do Supremo Tribunal Federal, de que os atos judiciais (despachos, decisões interlocutórias como o recebimento da denúncia e até mesmo a sentença) poderiam ser considerados válidos e não precisariam ser anulados se não tiverem se baseado, exclusivamente, na prova ilícita.

O processo é sempre um conjunto de elementos de informação e probatórios. Nem se sempre haverá, num mesmo processo, todas as provas maculadas, seja originariamente, seja por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada). Como já explicitado acima,

¹⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Trecho do voto do Min. Relator Eros Grau, no HC nº 95.009-4/SP, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008.

o art. 566 do CPP oferece essa abertura ao julgador. Há situações nas quais os elementos colhidos na investigação preliminar são meramente ratificados na instrução processual. Destarte, a prova ilícita poderia ser, retoricamente, substituída por qualquer outra prova, ou mesmo pela retórica do “robusto conjunto probatório”, na qual o juiz acabaria por formar sua convicção pela prova ilícita, mas, sabendo que não poderia se valer dela na fundamentação, poderia apontá-la como inútil, justificando sua sentença em outros elementos válidos coligidos aos autos. Nesse sentido, veja-se diversos julgados do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: - Direito Penal e Processual Penal. Inépcia da denúncia. Prova ilícita. "Habeas Corpus". Alegações de: a) de inépcia da denúncia; b) de que a confissão obtida, no inquérito policial, mediante promessa de benefício não previsto em lei, constitui prova ilícita. Alegações repelidas. 1. Havendo título condenatório, suscetível de impugnação mediante "habeas corpus", como e o caso do acórdão atacado, este e que pode ter sua validade considerada; não mais a denúncia, que foi recebida, processada e culminou com a condenação. 2. Havendo o julgado admitido a existência de outras provas, obtidas na instrução judicial, de que o paciente agiu mancomunado com o co-réu, na prática do delito de tráfico de entorpecentes, e irrelevante que sua confissão inicial, no inquérito, haja sido obtida, ou não, com promessa de benefício não previsto em lei. 3. "H.C." indeferido.¹⁹⁷

EMENTA:- Acórdão condenatório suficientemente fundamentado. Prova arguida de ilicitude, mas que não constituiu elemento decisivo para a condenação além de demandar, a averiguação da assertiva do impetrante, dilação probatória inconciliável com o rito do habeas corpus.¹⁹⁸

EMENTA: HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO EXTEMPORÂNEA. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO ACOLHIMENTO. A alegação de inépcia da denúncia, por não descrever as condutas individualizadas dos co-partícipes e nem demonstrar, sequer implicitamente, a existência de associação permanente entre os pacientes para o cometimento do tráfico de substância entorpecente, é extemporânea, pois a oportunidade de arguí-la, se antes não fora suscitada, exauriu-se com a prolação da decisão condenatória transitada em julgado. Jurisprudência dominante no STF. Desacolhimento do proposto pela Procuradoria-Geral da República, no sentido da concessão de ofício do habeas corpus para anular-se a decisão condenatória. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que contamina as demais provas que dela se originam -, não foi a prova exclusiva que

¹⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 72845, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 12/09/1995, DJ 27-10-1995.

¹⁹⁸ _____. HC 72528, Relator(a): OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 19/09/1995, DJ 02-02-1996.

desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras licitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.¹⁹⁹

EMENTA: RECURSO DE HABEAS CORPUS. CRIMES SOCIETÁRIOS. SONEGAÇÃO FISCAL. PROVA ILÍCITA: VIOLAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO. COEXISTÊNCIA DE PROVA LÍCITA E AUTÔNOMA. INÉPCIA DA DENÚNCIA: AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO. 1. A prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório. 2. Cuidando-se de diligência acerca de emissão de "notas frias", não se pode vedar à Receita Federal o exercício da fiscalização através do exame dos livros contábeis e fiscais da empresa que as emitiu, cabendo ao juiz natural do processo formar a sua convicção sobre se a hipótese comporta ou não conluio entre os titulares das empresas contratante e contratada, em detrimento do erário. 3. Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há por que declarar-se a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade.²⁰⁰

HABEAS CORPUS. FLAGRANTE PREPARADO. RETRATAÇÃO DO OFENDIDO. CONDENAÇÃO DESFUNDAMENTADA. PROVA ILÍCITA. Ao contrário do sustentado na inicial, o acórdão do TJ/GO, mantido pelo Supremo Tribunal Federal, examinou todas as questões suscitadas e repeliu-as fundamentadamente. A simples referência de conversa informal, entre a autoridade policial presidente do inquérito e o ofendido, se bem que inoportuna, não contaminou o restante do acervo probatório.²⁰¹

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Prova Ilícita. 3. Necessidade de comprovação da utilização da prova ilícita na sentença condenatória para declaração da nulidade do processo. 4. Inadequação da aplicação da pena. 5. A substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos depende do preenchimento dos requisitos subjetivos e objetivos exigidos em lei. 6. Legitimidade do assistente da acusação para recorrer independentemente de recurso do órgão ministerial. 7. Precedentes do STF. 8. Ordem denegada.²⁰²

Prevedo os efeitos perversos deste entendimento, o ex-Ministro Sepúlveda Pertence em voto proferido por ocasião do primeiro julgamento do *habeas corpus* nº 69.912, já alertava:

¹⁹⁹ _____. (HC 74530, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 12/11/1996.

²⁰⁰ _____. RHC 74807, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 22/04/1997.

²⁰¹ _____. HC 84532, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/09/2004, DJ 22-10-2004.

²⁰² _____. HC 83582, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/04/2007, DJe-013 DIVULG 10-05-2007 PUBLIC 11-05-2007 DJ 11-05-2007.

O que resta, pois, sem solução expressa na Constituição – e de relevo decisivo no caso – é a terceira questão, atinente às consequências processuais da admissão no processo, não obstante a proibição constitucional ou legal, da prova ilicitamente obtida. A tese subjacente ao parecer da Procuradoria-Geral é que a admissão da prova vedada não gerará a nulidade do processo, se a condenação não estiver fundada exclusivamente nela: bastaria, como está expresso no parecer do Dr. Mardem Costa Pinto, a referência da sentença à existência de outras provas, para, pelo menos na via de controle de legalidade do habeas corpus já não ser possível, da evidência da inclusão, no processo, de uma prova ilícita, extrair a nulidade da condenação. Data venia, levada às últimas consequências, o entendimento tolheria inteiramente a eficácia da garantia constitucional²⁰³.

Apesar das notáveis conclusões, o Ministro Sepúlveda (que foi seguido por Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello) acabou vencido em seu entendimento e a ordem de habeas corpus foi indeferida, prevalecendo o posicionamento de Paulo Brossard, Sidney Sanches, Octavio Galloti, Moreira Alves e Néri da Silveira, para os quais a “gravidade do crime” justificaria a obtenção e admissão da prova. O Ministro Carlos Mário Veloso (relator para o acórdão), apesar de concordar com a ilicitude da prova, também votou pela negativa de concessão do *habeas corpus* sob o fundamento de que existiriam outras provas aptas a embasar a condenação. Analisando o precedente, o Professor José Cirilo de Vargas faz um relato curioso ao constatar que esse primeiro julgamento acabou, meses depois, anulado, após o paciente impetrar mandado de segurança, sob a alegação de que o filho do Ministro Néri da Silveira teria atuado como promotor no caso e, portanto, o Ministro seria impedido de funcionar como magistrado. Foi então que o Ministro Carlos Mário Veloso negou a ação mandamental de segurança, mas concedeu *habeas corpus* de ofício. Assim, em 16/12/1993 o Supremo, por maioria, anulou o processo a partir da prisão em flagrante, prevalecendo a teoria dos frutos da árvore envenenada (a publicação do acórdão deu-se em 25/03/1994, conforme citado na nota de rodapé nº 127, página 69)²⁰⁴.

Apesar de o processo até poder não ser, como um todo, contaminado pela introdução de uma prova ilícita, é imprescindível se atentar para os cuidados com a imparcialidade do julgador e, eventualmente, cogitar até mesmo sua substituição, em

²⁰³ _____. HC 69912, Trecho do voto do Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1993, DJ 26-11-1993.

²⁰⁴ VARGAS, José Cirilo de. *A prova ilícita e o princípio da verdade real*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), nº 48, ed. 2006, p. 93. Publicação: 2014-04-02. ISSN: 0304-2340. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1457>. Acesso em: 23/08/2022.

virtude dos efeitos psicológicos que embaraçam sua cognição imparcial (os quais serão melhor estudados no próximo capítulo).

h) Lavagem de provas ilícitas, sob a justificativa do saneamento do vício que ensejou sua nulidade.

Em continuação à discussão do tópico anterior, há ainda situações nas quais o Supremo Tribunal Federal entendeu que a decretação da ilicitude da prova, com seu consequente desentranhamento dos autos, permitiria a renovação da medida ou diligência probatória, desde que precedida dos requisitos legais.

No caso, a sociedade empresária A&O Indústria de Confecções Ltda, teve seu sigilo bancário e fiscal afastados, sem prévia autorização judicial, por meio de requisição da Receita Federal diretamente às instituições financeiras onde a sociedade mantinha contas. Esses dados foram compartilhados com o Ministério Público Federal que, de posse deles, ofereceu denúncia pelo crime tipificado no art. 1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.137/1990 contra o sócio administrador. O juiz recebeu a denúncia e, posteriormente, a Defesa impetrou habeas corpus sucessivos, até que o Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem determinando o trancamento da ação penal (RHC nº 49.357)²⁰⁵. O MPF após tomar ciência das informações repassadas pelas instituições financeiras e Receita Federal e, inclusive, utilizá-las como justa causa para propor a ação penal, resolveu, então, diante da anulação da ação penal originalmente proposta, representar ao juízo da 1ª Vara Federal de Apucarana/PR, pela quebra de sigilo fiscal e bancário da sociedade empresária. O pedido acabou deferido e, ato contínuo, as demonstrações financeiras (antes

²⁰⁵ RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. ARTIGO 1º, INCISO I DA LEI N.º 8.137/90. RECEITA FEDERAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ÂMBITO DO PROCESSO PENAL. NULIDADE DA PROVA. RECURSO PROVIDO.

1. A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu decisum, em observância aos artigos 5º, XII e 93, IX, da Carta Magna.

2. Não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo tributário e sem competência constitucional específica, fornecer dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização do juízo criminal, para fins penais. Pleito nesse sentido deve ser necessariamente submetido à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu decisum, em observância ao art. 93, IX, da Carta Magna.

3. Recurso provido para, reconhecendo nula a prova decorrente da quebra de sigilo bancário aqui tratada, anular a denúncia e a consequente ação penal, ressaltando a possibilidade de nova demanda ser proposta, com base em prova lícita.

(RHC n. 49.357/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe de 3/2/2015.)

desentranhadas) foram novamente juntadas aos autos, agora com autorização judicial. Ao final do processo, o réu foi condenado à pena de 3 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão. Irresignada, a Defesa impetrou novos habeas corpus até o STJ que entendeu, no segundo momento, pela validade da prova, ressaltando que o órgão acusatório teve acesso aos dados sigilosos por meio de autorização judicial. No STF, a decisão foi mantida, sob a justificativa de que “a obtenção dos dados sigilosos ocorreu de forma lícita e independente, desvinculada do vício reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, e precedida de autorização judicial”²⁰⁶. Surpreendentemente, a Corte entendeu que a primeira ilicitude, reconhecida pelo STJ foi sanada, e, “não se mostra passível de contaminar os elementos de convicção utilizados na nova denúncia, a qual surge hígida”²⁰⁷.

Com efeito, se os órgãos persecutórios somente tiveram conhecimento das supostas ilegalidades perpetradas pelo suspeito por intermédio de uma quebra de sigilo clandestina, é evidente que o fato de renovar a diligência probatória não supre o vício decorrente dos motivos ensejadores da decretação da medida²⁰⁸.

Em outro caso, também julgado no STF, fiscais da Receita invadiram a sede da sociedade empresária M – EMPREENDIMIENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, e de lá apreenderam documentos fiscais, sem prévia autorização judicial. Com base nessa documentação, o MP requisitou a instauração de inquérito policial para apurar eventual crime contra a ordem econômica praticado pelo sócio administrador A.R.P. (art. 1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.176/1991). A empresa, então, impetrou mandado de segurança, sendo ordenado o trancamento do inquérito, permitindo, contudo, sua nova instauração caso o Poder Judiciário autorizasse o acesso aos dados sigilosos.

Assim como no caso anteriormente narrado, o MP, então, simplesmente representou pela quebra de sigilo fiscal, a qual foi concedida pelo juiz, vindo obter acesso aos mesmos documentos e informações anteriormente desentranhados, em virtude da

²⁰⁶ PROVA ILÍCITA – CONTAMINAÇÃO – AUSÊNCIA. Uma vez obtida a prova de forma independente e desvinculada de ilicitude anteriormente reconhecida, não se tem ilegalidade, sendo adequada a utilização dos elementos de convicção. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 149692, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 22/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021)

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ Atualmente, todavia, o entendimento do STF é de que esse tipo de medida é válida. Vide RE nº 1.055.941, que autorizou o compartilhamento direto de dados bancários e fiscais de suspeitos com órgãos administrativos investigatórios, sem a necessidade de concessão de autorização judicial.

ilicitude congênita. Com base nesses elementos idênticos foi instaurado novo I.P e, posteriormente, proposta denúncia²⁰⁹. O argumento do Ministério Público foi de que caso se impedisse a nova prova de ser introduzida nos autos, se estaria concedendo ao suspeito um *bill of indemnity*, isto é, uma blindagem contra qualquer investigação. Em resposta, o Ministro Celso de Mello, divergindo do voto da relatora, deferia a ordem de habeas corpus, para anular o procedimento investigatório e o processo subsequente, extirpando dele a prova contaminada pelo vício originário da ilicitude, ressaltando a possibilidade de o Poder Público “valer-se de outros meios legítimos para fazer instaurar, se for o caso, a persecução penal contra A.R.P”²¹⁰.

i) Prova ilícita admitida a despeito de ter sido utilizada como argumento da acusação nos debates orais perante o tribunal do júri.

No caso, o Promotor de Justiça, por ocasião de réplica nos debates orais, se reportou a trechos do interrogatório do réu que havia sido anulado por decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, fazendo, portanto, expressa menção à prova ilícita para tentar angariar o convencimento do Conselho de Sentença na fase de debates. Após o réu ser condenado, a defesa interpôs recurso de apelação. No acórdão, a 4ª Câmara Criminal do TJMG declarou que o julgamento não seria nulo, simplesmente porque o juiz-presidente da sessão do júri teria autorizado constar na ata o pedido da Defensoria para que fosse desconsiderado o interrogatório anulado como meio de prova, circunstância essa que não teria causado qualquer “interferência no ânimo dos Jurados, tampouco prejuízo à defesa que justifique o acolhimento da nulidade invocada, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal”²¹¹. Abaixo, ementa do caso:

EMENTA: PENAL - HOMICÍDIO - PRELIMINAR - NULIDADE DO JULGAMENTO - MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MENÇÃO DE TRECHOS DE AUDIÊNCIA ANULADA - PROTESTO EM ATA DEFERIDO PELO JUÍZO - INTERFERÊNCIA

²⁰⁹ CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA (Lei 8.176/91). INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO COM BASE EM APREENSÃO ILÍCITA DE DOCUMENTOS. TRANCAMENTO PRETENDIDO. 1. Eventual vício na primeira apreensão, que foi desconstituída judicialmente, não contamina a segunda apreensão, que foi precedida de prévia autorização judicial. Discutível, ademais, cogitar-se de apreensão ilícita, uma vez que a comunicação de possível crime ao Ministério Público não configura afronta ao sigilo fiscal (CTN, art. 198, § 3º, I). 2. Habeas corpus indeferido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 87654, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 20-04-2006 PP-00037 EMENT VOL-02229-02 PP-00267 RTJ VOL-00199-02 PP-00727 RMP n. 35, 2010, p. 201-210).

²¹⁰ Trecho do voto do Min. Celso de Mello no acórdão citado, p. 13.

²¹¹ Trecho do voto do Desembargador Relator na apelação criminal referenciada.

NA DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA - AUSÊNCIA DE PROVAS - REJEIÇÃO - MÉRITO - CASSAÇÃO DO VEREDICTO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - APLICAÇÃO DA PENA-BASE - INJUSTIÇA NÃO VISLUMBRADA - ATENUANTE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL - RECONHECIMENTO - CONDIÇÃO DE CARÁTER OBJETIVO - REDUÇÃO DA PENA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
 - Se o protesto da defesa foi deferido pelo Juiz-Presidente, determinando-se a desconsideração do interrogatório do réu, cuja audiência fora anulada, referido pelo Parquet em Plenário, não há que se falar em interferência no ânimo dos Jurados e tampouco prejuízo à defesa que justifique o acolhimento da nulidade invocada, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.
 [...]²¹²

j) Prova ilícita colhida sob autorização de juízo incompetente, porém ratificada pela teoria do “juízo aparente”.

O Supremo Tribunal Federal também reconhece a possibilidade de validar provas ilícitas, cuja obtenção foi autorizada por decisões emanadas de autoridade judiciária incompetente. Ancorando-se em uma fundamentação chamada de “teoria do juízo aparente”, a ementa do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.318.172, julgado em 04/04/2022, assim destacou:

No mérito, saliente-se que o entendimento desta Corte caminha no sentido de que “As provas colhidas ou autorizadas por juízo aparentemente competente à época da autorização ou produção podem ser ratificadas *a posteriori*, mesmo que venha aquele a ser considerado incompetente, ante a aplicação no processo investigativo da teoria do juízo aparente” (HC 137.438-AgR, Rel. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20.06.2017)²¹³

Embora no caso concreto supracitado a Corte tenha entendido ser inaplicável tal teoria, o fato de haver posicionamentos, como este citado, que autorizam a ratificação de provas produzidas por decisão de juiz incompetente, sem embargo do disposto no art. 567 do CPP, já provoca estranheza dada a clareza do texto constitucional e falta de conformidade da lei no aspecto. Ademais, no precedente invocado por ocasião do julgamento (AgR no HC nº 137.438), a teoria foi utilizada para validar provas colhidas

²¹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal nº 1.0145.16.001775-5/002, Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/12/2018, publicação da súmula em 12/12/2018.

²¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1318172 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 22-04-2022 PUBLIC 25-04-2022.

em diligência de interceptação telefônica determinada por magistrado posteriormente declarado sem competência para o julgamento do caso²¹⁴.

3.3.2 Conclusões da pesquisa jurisprudencial.

Ainda que a título meramente exemplificativo, dado o critério metodológico seguido na colheita de acórdãos pontuais que ilustrassem exceções à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas pelos Tribunais, a pesquisa revelou que são diversas as justificativas para a flexibilização do direito humano à vedação, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

Com efeito, julgadores arvoram-se na busca da verdade real, prevalência do interesse público, preponderância dos direitos da vítima, livre convencimento motivado, ausência de contaminação provocada pela prova ilícita, inexistência de comprovação do prejuízo, dentre outros, apontados no subcapítulo acima.

O fato é que a teoria da proporcionalidade, cuja aplicação deveria ser pontualíssima e dependeria do esgotamento de todos os recursos hermenêuticos concedidos ao intérprete da norma, simplesmente não possui lugar no tratamento da matéria. A ponderação da presunção de inocência e da proibição de provas ilícitas no processo foi realizada previamente pela Assembleia Nacional Constituinte, quando da elaboração do texto da Constituição, expressão jurídica máxima da soberania popular.

Sua invocação, de modo descabido, propicia o surgimento de uma aparente, porém irreal, dicotomia entre indivíduo x sociedade, como se a preservação dos direitos humanos não fosse do interesse da coletividade, ou, pior, lhe fosse prejudicial. Como dito acima, a garantia que proíbe o uso de provas ilícitas contra uma pessoa protege não apenas os

²¹⁴ Ementa: [...] INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. APLICABILIDADE DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. ADMISSIBILIDADE. PLEITO DE [...]. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. As provas colhidas ou autorizadas por juízo aparentemente competente à época da autorização ou produção podem ser ratificadas a posteriori, mesmo que venha aquele a ser considerado incompetente, ante a aplicação no processo investigativo da teoria do juízo aparente. Precedentes: HC 120.027, Primeira Turma, Rel. p/ Acórdão, Min. Edson Fachin, DJe de 18/02/2016 e HC 121.719, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 27/06/2016. 2. Nas interceptações telefônicas validamente determinadas é passível a ocorrência da serendipidade, pela qual, de forma fortuita, são descobertos delitos que não eram objetos da investigação originária. Precedentes: HC 106.152, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 24/05/2016 e HC 128.102, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 23/06/2016. [...] 5. Agravo regimental desprovido. (HC 137438 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-133 DIVULG 19-06-2017 PUBLIC 20-06-2017)

infratores, mas também os inocentes. Consentir com sua relativização é concordar com seu efeito inexorável que é a injustiça da condenação de inocentes e a perseguição ilegítima dos ditos “culpados”.

Até aqui o estudo revelou a notória confusão epistemológica no tratamento dos atos probatórios e dos atos processuais comuns, tentando subsumir o primeiro gênero ao segundo grupo. Na realidade, a prova é a essência do processo, sua alma e elemento central. Tratar a diligência tendente à obtenção de uma prova da mesma forma pela qual se concebe um ato ordinatório de impulso processual é um equívoco epistemológico. A sistemática da prova carece de um regramento rigoroso para que possa ser confiável e se evite a ocorrência de indesejados erros judiciários.

Quanto maior for a cautela com o tratamento da prova, maiores as chances de validade do processo e efetivação da Justiça.

Nestes primeiros capítulos viu-se que o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é um direito humano, alçado ao status de garantia constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Apesar disso, encontram-se manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sustentando a flexibilização deste princípio, sob os mais variados motivos, especialmente a teoria da proporcionalidade que propõe sua ponderação com outros direitos supostamente conflitantes.

Assentada a inconstitucionalidade e incorreção desses argumentos, cumpre agora prosseguir no estudo, apontando as consequências psicológicas e jurídicas da indevida introjeção, no processo, das provas colhidas ilegalmente.

4 CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS E JURÍDICAS DA INTRODUÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO.

Além de constituir-se como direito humano do réu, o preceito constitucional do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, também visa proteger a cognição do julgador contra interferências indevidas, legitimando a construção de um provimento jurisdicional exarado com imparcialidade.

A abordagem neste quarto capítulo recai sobre outro aspecto igualmente relevante da temática: que reflexos a prova ilicitamente introduzida nos autos do processo pode provocar na mente do principal destinatário de sua cognição?

Para justificar a pertinência deste questionamento é preciso assentar a premissa de que, pelo modelo regulatório atual, tradicionalmente, as provas produzidas na investigação e na instrução são, primeiro, introduzidas nos autos do processo para, só então, serem eventualmente impugnadas e desentranhadas.

O juízo negativo de admissibilidade dos elementos probatórios ilegais, portanto, ocorre posteriormente ao ingresso da prova no processo. Sua ilicitude imanente não implica em obstáculo automático à sua admissão nos autos do processo, mesmo porque, é somente a partir de então que o contraditório se efetiva, possibilitando eventuais questionamentos de sua validade e o controle jurisdicional de sua permanência no processo. Em regra, inexistente filtro prévio de admissão das provas no processo e o magistrado poderia, sem aparente prejuízo, efetuar o descarte superveniente daquelas que violem o ordenamento jurídico.

À exemplo do que acontece com o ato processual nulo, a prova ilícita tem sua eficácia expurgada e acaba desentranhada quando o magistrado, após analisar a sua forma e conteúdo, a decreta inválida. O pronunciamento jurisdicional que reconhece a ilicitude da prova é fato constitutivo de sua inadmissibilidade. Apesar de sua antinormatividade congênita, a prova inadmissível tem a propensão de contaminar outros atos processuais, até que, finalmente, venha a ser decretada sua ilegalidade. Portanto, poderá a prova ilegal vir a produzir efeitos concretos. Todavia, uma vez reputada ilícita, torna-se ineficaz, da mesma forma como ocorre com o ato processual atípico para o qual foi declarada a nulidade. Embora a sistemática da ilicitude probatória deva ser distinta da regulação das

nulidades processuais, há esse ponto em comum: é a decisão judicial que reconhece a invalidade da prova ou do ato disforme que constitui sua ineficácia, objetivamente. Com isso não se quer negar a constatação, edificada nos capítulos anteriores, segundo a qual se teria forjado, ao longo das décadas passadas, uma equivocada teoria do tratamento da prova ilícita no processo penal, sob os mesmos parâmetros da sistemática das nulidades processuais. Os julgados relacionados à teoria da proporcionalidade, colacionados no capítulo anterior, ilustram bem essa conclusão ao invocarem a ideia de instrumentalidade das formas, ausência de comprovação do prejuízo provocado pela prova ilícita, bem como sua suposta irrelevância para a apuração da verdade substancial ou interferência na decisão da causa.

Seria esse, então, o melhor método para conferir a máxima efetividade ao direito fundamental (e humano) de vedação ao uso das provas ilícitas? Admitir o ingresso da prova e, depois, caso constatada sua ilicitude, desentranhá-la dos autos, exercendo em etapa posterior o juízo negativo de admissibilidade probatória?

Os dois últimos capítulos deste trabalho promovem a discussão das consequências práticas e das medidas que devem ser adotadas para se concretizar, em maior extensão, a garantia fundamental de inadmissão das provas ilegais no processo penal.

Preliminarmente, é preciso investigar quais são os efeitos provocados pela introdução da prova ilícita no processo. Na sequência, averiguar se haveria alguma diferença prática no fato da prova ser introduzida e posteriormente desentranhada por uma decisão judicial, ou se seria mais útil que ela nem mesmo chegasse a ingressar nos autos do processo.

No que diz respeito ao enquadramento jurídico, em última instância, não há distinção entre a prova que foi banida *a priori* dos autos para aquela que foi introduzida, porém descartada, *a posteriori*, em cumprimento à decretação de sua inadmissibilidade. Em ambos os casos, a ilicitude de sua obtenção impede o uso dessa prova e de outras dela derivadas, por força da consagração da teoria dos frutos da árvore envenenada no §1º do art. 157 do Código de Processo Penal²¹⁵. Em síntese é dizer que a prova ilícita não pode,

²¹⁵ Código de Processo Penal. Art. 157. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

juridicamente, ter qualquer serventia, salvo na hipótese de beneficiar o réu, conforme já esclarecido. Afastada essa exceção, será o elemento probatório absolutamente inadmissível e, portanto, imprestável de toda forma no processo em que vier a ser colhida.

Não obstante, a hipótese de pesquisa delineada neste trabalho afirmava a necessidade do descarte antecipado (previamente à juntada aos autos) da prova ilícita. Essa tese encontra amparo, simultaneamente, na área jurídica e também fora da seara estrita do Direito. Conquanto a prova ilícita introduzida nos autos possa ser desentranhada quando constatada sua ilegalidade, sua mera admissão no processo penal pode provocar efeitos de diversas naturezas.

Ao discorrer sobre o efeito da prova na consciência humana, Mittermaier, no ano de 1834, sustentava que “o impulso que se produz em nós diante da prova, e que comunica o movimento ao que chamaremos fiel da balança da consciência, pode ser mais ou menos poderoso”²¹⁶. E prossegue, dizendo que “quando menos vigoroso, apenas produz a suspeita, era só uma pura e simples presunção, quando, porém, violento e irresistível, (...) é a certeza que pesa”²¹⁷.

Cada prova, cada fato de que se deduz a prova, gera, já o dissemos, um movimento na consciência humana, movimento que varia de intensidade, segundo os indivíduos. Em face de um juiz de imaginação ardente pende um outro habituado a pesar todas as coisas com calma e madureza, e o resultado será bem diverso. O primeiro entrega-se prontamente às aparências; seu espírito, combinando uma rápida associação de ideias, prende logo os fatos conhecidos a uma série inteira de fatos imaginários; o segundo, sempre na dúvida, considera isolada e nuamente as circunstâncias, e seu espírito se conserva impassível e imóvel²¹⁸.

Na literatura da psicologia comportamental-cognitiva, cientistas norte-americanos vêm, há décadas, denunciando o fenômeno da interferência que a prova ilícita provoca na mente do julgador, tanto nos julgamentos realizados pelo júri, com pessoas leigas, quanto naqueles presididos por juízes togados. Elucidando estes efeitos, vejam-se abaixo algumas evidências extraídas de dezenas de testes experimentais com os mais diversos tipos participantes e métodos:

²¹⁶ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5ª ed. Trad. Herbert Wüntzel Heinrichi. Campinas/SP: Bookseller, 2008, p. 74.

²¹⁷ _____. *Obra citada*, p. 74.

²¹⁸ _____. *Obra citada*, p. 75.

- a) Uma das pesquisas mais antigas, supervisionada por Sue, Smith e Caldwell, em 1973, buscava entender os efeitos que a prova, mesmo declarada inadmissível, exercia sobre as decisões de um júri simulado composto por estudantes de direito, tendo concluído que, nos processos em que havia prova ilícita os jurados condenavam em maior proporção do que naqueles nos quais não havia, mesmo após receberem instruções para desconsiderarem as provas ilegais²¹⁹²²⁰.
- b) Em outro experimento mais recente, publicado em 2005, professores das Faculdades de Direito de Cornell e Vanderbilt (EUA) realizaram testes somente com magistrados, ficando comprovado que mesmo esses profissionais estão sujeitos às influências nocivas e à contaminação propiciada pelo contato com a prova inadmissível, desmistificando a ideia de que juízes togados conseguiriam, graças à sua experiência e conhecimento técnico, desconsiderar informações extraoficiais ou conteúdos de provas ilícitas²²¹.

São tantas publicações no mesmo sentido que uma pesquisa de 2006, novamente conduzida por pesquisadores norte-americanos (Universidade de Augsburg), compilou resultados de mais de 48 estudos científicos (de diversos laboratórios e universidades), reunindo, ao todo, 175 testes experimentais com 8474 participantes, dos mais variados tipos. A grande maioria dos experimentos envolvia o uso de prova ilícita que favorecia a acusação em casos penais. Nas diferentes variações dos testes, alguns grupos de pessoas eram instruídos a não considerarem tais provas, por serem inadmissíveis processualmente. Em outros grupos, que não recebiam qualquer informação (grupo controle), essas provas poderiam ser apreciadas e os indivíduos poderiam julgar o caso livremente. Os resultados gerais mostraram que os grupos que receberam a informação para desconsiderar a prova ilícita juntada aos autos, apresentaram índice de condenação maior do que aqueles não receberam esse comando. A conclusão dos autores foi de que a exposição dos julgadores à prova contestada (posteriormente declarada inadmissível)

²¹⁹ SUE, S.; SMITH, R.E.; CALDWELL, C. *Effects of inadmissible evidence on the decisions of simulated jurors: a moral dilemma*. Journal of Applied Social Psychology, n. 3, 354-353, 1973. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.1973.tb02401.x>. Acesso em: 25/08/2021.

²²⁰ Ver também os estudos de KASSIN, S. M.; SUKEL, H. *Coerced confessions and the jury: an experimental test of the "harmless error" rule*. Law and Human Behavior, n. 21, 27-46, 1997. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1024814009769>. Acesso em: 25/08/2021.

²²¹ WISTRICH, Andre J; GUTHRIE, Chris; RACHLINKSKI, Jeffrey J. *Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding*. In: Cornell Law Faculty Publications, paper 20, 01/04/2005. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/216728942.pdf>. Acesso em: 25/08/2021.

acabava acentuando a sua importância, chamando a atenção para aquele elemento probatório e, conseqüentemente, aumentando em 34% as chances de condenação quando comparadas ao grupo controle.²²²

Esses exemplos, testados cientificamente, ajudam a ilustrar os efeitos persuasivos que a prova ilícita pode empreender no processo de tomada de decisão dos juízes, sejam eles profissionais concursados ou pessoas leigas (como ocorre na formação do conselho de sentença no tribunal do júri).

A fim de explorar os efeitos perniciosos que a prova ilícita exerce sobre a mente do julgador, a próxima subseção foi construída sob o marco da teoria da psicologia cognitiva-comportamental formulada pelo pesquisador israelense Daniel Kahneman, professor emérito da universidade de Princeton (NJ), nos Estados Unidos, vencedor do prêmio Nobel de economia em 2002, por estudos realizados com Amos Tversky ainda na década de 70 do século XX²²³. Além destas obras, também foram analisados artigos científicos que contém estudos de psicologia jurídica aplicada, elaborados por pesquisadores norte-americanos, alemães e israelenses. Na segunda subseção é feita uma análise do impacto jurídico desses efeitos cognitivos na formação da convicção judicial, segundo a visão de pesquisadores brasileiros da área do Direito.

4.1 Efeitos cognitivos da prova ilícita e sua relação com os sistemas de pensamento humano: Sistema 1 (rápido) e Sistema 2 (devagar).

Na obra “Rápido e devagar: duas formas de pensar” Daniel Kahneman propõe a sistematização das formas de elaboração do pensamento, de maneira a explicar como acontecem os processos de tomada de decisão e os fatores que influenciam nessas interações com a realidade e nos julgamentos.

²²² STEBLAY, Nancy; HOSCH, Harmon M; CULHANE, Scott E; MCWETHY, Adam. *The impact on juror verdicts of judicial instruction to disregard inadmissible evidence: a meta-analysis*. Law Hum Behav. 2006 Aug;30(4):469-92. doi: 10.1007/s10979-006-9039-7. PMID: 16906469. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1007%2Fs10979-006-9039-7>. Acesso em: 26/08/2021.

²²³ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. In: Science, New Series, v. 185, nº 4157, p. 1124-1131, 27 de setembro de 1974. Disponível em: <https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/TverskyKahneman1974.pdf>. Acesso em: 10/04/2021.

Como forma de categorizar os diferentes métodos de funcionamento da mente humana, o autor se utiliza da classificação proposta por Keith Stanovich e Richard West, para se referir, metaforicamente, aos dois modelos de operação cognitiva:

- 1) Sistema 1 ou S1: é o sistema intuitivo que opera automática e rapidamente, responsável pelas impressões e sensações que são as principais fontes de crenças explícitas, padrões de ideias e escolhas deliberadas do Sistema 2. O sistema 1 é acionado de forma majoritariamente involuntária e imperceptível. Basicamente, é o sistema que rege nossas atitudes impulsivas e as heurísticas e vieses comportamentais.
- 2) Sistema 2 ou S2: é o sistema acionado para realização de atividades mentais laboriosas, difíceis, que exigem concentração e lógica. O sistema 2 é lento e opera na construção de pensamentos em séries ordenadas de passos. Em síntese, é o sistema que comanda nossa concentração para tomada de decisões racionais e resolução de problemas complexos.²²⁴

Partindo das premissas fornecidas pela teoria de Kahnemann, pode-se subsumir, ao sistema 2, o ato de proferir decisões complicadas como a declaração de ilicitude probatória ou a prolação de um veredicto criminal de condenação ou absolvição. Essas tarefas exigem do hermeneuta o intrincado percurso mental de verificação analítica de questões fático-probatórias, da procedência dos argumentos e teses suscitados pelas partes, bem como de diversos outros requisitos, algo sofisticado para o julgamento humano. Não obstante, será que o sistema 1 pode interferir nesse complexo processo decisório?

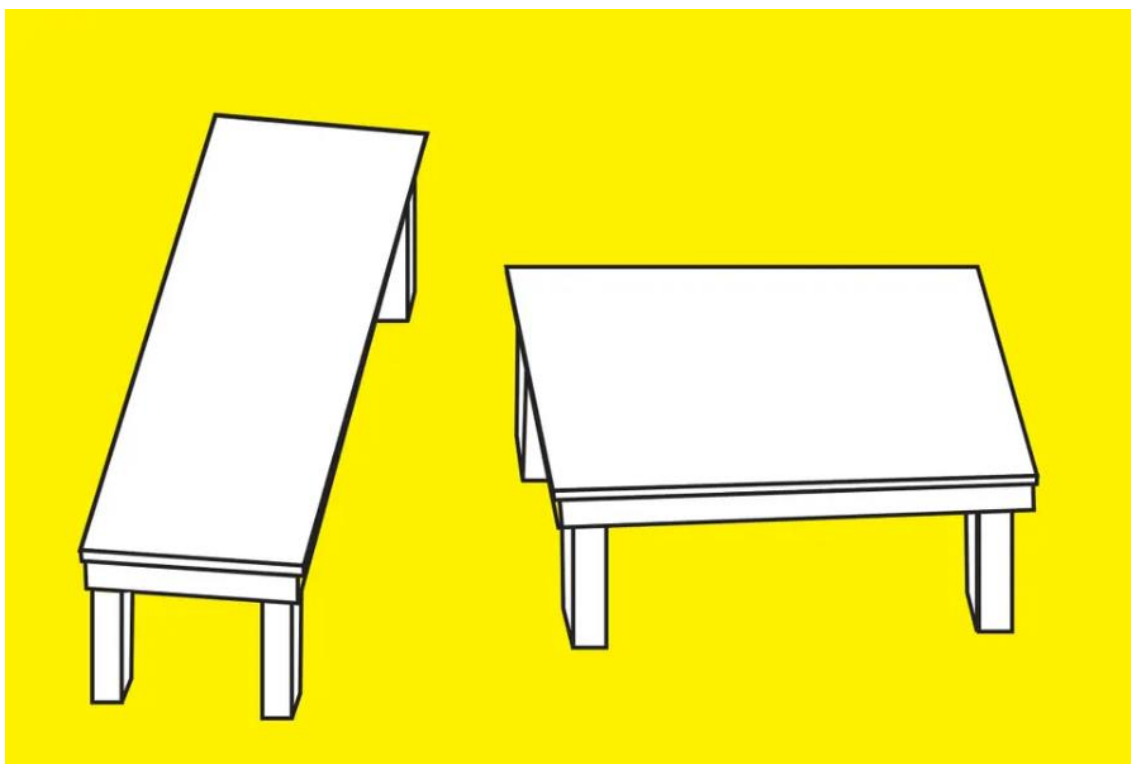
O mérito da teoria formulada por Kahneman reside justamente na demonstração de como esses dois sistemas de orientação do pensamento humano interagem entre si, fazendo com que uma decisão que deveria ser embasada na mais pura racionalidade ou raciocínio lógico possa ser heurísticamente enviesada por estímulos, intuições, impressões e sentimentos comandados pelo sistema 1. Dessa forma, o sistema 1 acaba sendo muito mais influente do que a percepção ou a consciência são capazes de assumir.

²²⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

Ainda que nos processos de tomada de decisões difíceis a mente recorra ao sistema 2, a maior parte do que se pensa ou faz origina-se do sistema 1²²⁵.

O autor ainda esclarece que há situações em que o sistema 1 entra em conflito com o sistema 2: às vezes, um pensamento ou reação automática e a intenção de controlá-los fazem parte do cotidiano. Uma das tarefas do S2 é tentar dominar os impulsos e as distorções ocasionadas pelo S1.

Uma forma de exemplificar como isso funciona se dá pelas ilusões de óptica. Veja-se um ilusionismo ótico conhecido como as “mesas de Shepard”, nome dado em homenagem ao seu criador, o psicólogo cognitivo Roger Newland Shepard, da universidade de Stanford exposta na figura abaixo²²⁶:



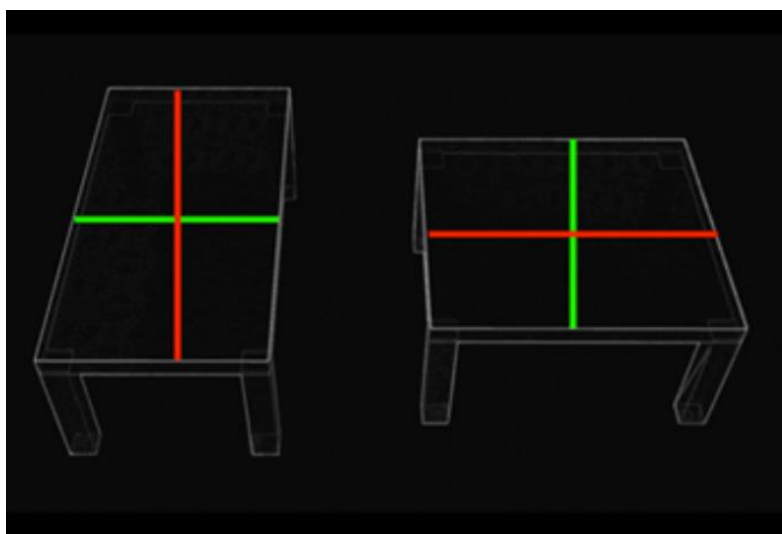
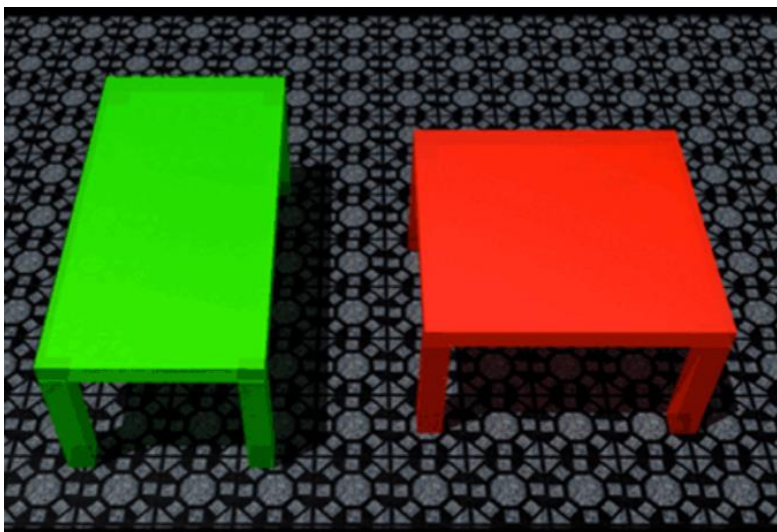
Fonte: <https://www.theguardian.com/childrens-books-site/gallery/2014/nov/17/best-optical-illusions-ever-clive-gifford-eye-benders#img-6>

Analisando a figura, qual das mesas possui maior comprimento?

²²⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 33-34.

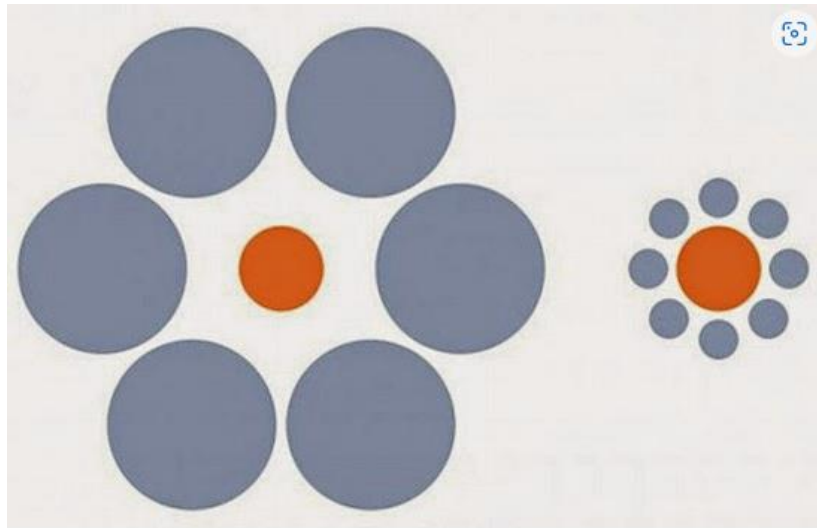
²²⁶ _____. Obra citada, p. 37.

No desenho acima colacionado, nosso Sistema 1 naturalmente indica que a mesa da esquerda é mais comprida que a da direita. No entanto, se medirmos o comprimento das duas mesas, veremos que são exatamente do mesmo tamanho. Nas ilustrações abaixo essa evidência ficará nítida:

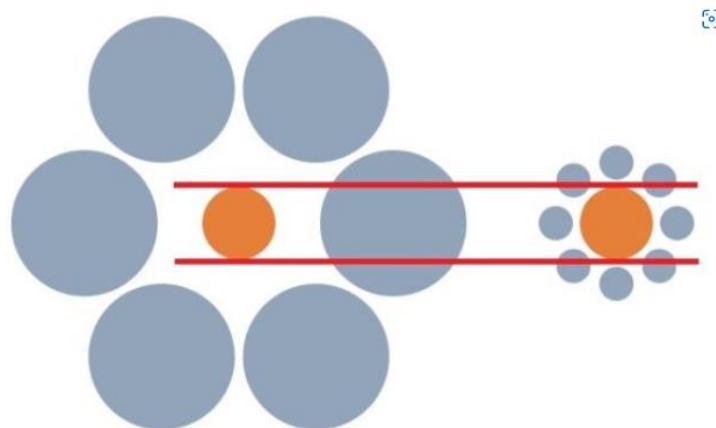


Curiosamente, mesmo tendo recebido a informação e, até mesmo, a comprovação matemática de que as retas das figuras 1 e 2 (nas ilustrações acima) são do mesmo comprimento, a maioria das pessoas, se voltar à figura anterior, continuará a enxergar a mesa da esquerda mais comprida.

Outra ilusão óptica geométrica foi criada pelo psicólogo alemão Hermann Ebbinghaus, notabilizado por desenvolver estudos sobre a memória e inteligência humanas²²⁷. Na figura abaixo, qual dos dois círculos centrais é maior?



O instinto natural do S1 é responder que o círculo central da figura da direita é maior que o da esquerda. Na realidade, como se verifica da ilustração abaixo, ambos possuem o mesmo tamanho:



Novamente, mesmo conhecedores da informação, o instinto inicial em relação às figuras continua a operar uma função detratora da realidade objetiva, levando à descrença

²²⁷ “O trabalho de Ebbinghaus a respeito da aprendizagem e do esquecimento acabou sendo um exemplo de genialidade e originalidade da psicologia experimental.” In: SCHULTZ, Duane P; SCHULTZ, Sidney Ellen. *História da psicologia moderna*. 3ª ed. Trad. Cintia Naomi Uemura. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 78.

no próprio conhecimento. Aquilo que o sentido humano vê (círculo esquerdo) continua a ser menor do que de fato é. Isso ocorre porque o S1 não pode ser simplesmente desligado e suas impressões preliminares esquecidas facilmente.

Qual a relação das ilusões de ótica com o problema da pesquisa?

As ilusões de ótica são tomadas como uma metáfora das verdadeiras ilusões do conhecimento, as de natureza cognitiva. Nesse tipo de cognição falsa, o sentimento humano em relação a um fato ou dado é diferente do que objetivamente essa informação poderia ser capaz de levar à conclusão, a exemplo do que ocorreu no ilusionismo ótico.

O pesquisador Dan Ariely, da universidade de Duke, nos Estados Unidos, afirma que se nosso cérebro pode ser enganado até mesmo pela visão, que é um dos sentidos mais apurados do ser humano, também pode tomar decisões precipitadas a partir de fatores irracionais, chamados de “forças invisíveis”, especialmente diante de problemas para os quais não estamos habituados ou adaptados naturalmente a solucionar²²⁸.

Trazendo a teoria para o âmbito jurídico desta investigação, percebe-se que o conteúdo de uma prova ilícita reveladora de informações que conduzam à solução do mérito da causa (como a prova da materialidade ou da autoria delitiva), instiga prontamente o sistema 1. O acesso à confissão do réu em uma interceptação clandestina, sob suspeita de coação, ou ainda, ao auto de apreensão do objeto material arrecadado em diligência de busca domiciliar sem mandado, por exemplo, prontamente geram reações rápidas na mente humana que conduzem à conclusão natural de que o réu é culpado.

Não há como simplesmente abstrair dessa informação ou “deletar” da mente a memória do resultado da prova da materialidade ou da autoria delitiva.

Por outro lado, o magistrado, conhecedor da lei, sabe que aquela prova é ilícita e não pode ser admitida ou utilizada em sua decisão.

A impressão inicial de culpa do réu, que advém do S1, quando confrontada com a ilicitude probatória e sua imprestabilidade na sentença, raciocínio imposto pelo sistema 2, causa um choque de difícil resolução: a intuição do S1 faz o juiz crer que o réu deva

²²⁸ ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional*: as forças invisíveis que nos levam a tomar decisões erradas. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

ser condenado, mas a racionalidade do S2 impede a utilização daquele meio de prova ilícito na fundamentação da sentença e, salvo a existência de outras provas igualmente incriminatórias, impõe a proclamação da inocência. Mesmo que a dúvida favoreça ao réu no processo penal, estudos empíricos mostram que esse processo de controle exercido pela racionalidade humana à impressão inicial, ao impulso, pode não ser suficiente.

Absolver o réu por ausência de provas, quando uma delas, decisivamente incriminatória, foi julgada inadmissível por violação à legislação, não é tecnicamente uma solução que traga ao magistrado alívio ou conforto psíquico. Para os mais sensíveis, como dizia Mittermaier²²⁹, é um conflito quase irresolúvel, pois impõe uma abdicação do próprio sentido. Provoca, pois, uma dissonância cognitiva, um dissenso entre o pensamento humano e as próprias crenças ou convicções do tomador da decisão.

Essa tensão entre cognição atual e a pré-concepção leva o indivíduo a buscar um estado de conformidade, ou seja, de consonância cognitiva, como afirmara Leon Festinger em seus estudos²³⁰.

É precisamente aqui que novos conceitos da psicologia cognitiva devem ser apresentados: no embate entre os sistemas 1 e 2, a mente tende a buscar a solução satisfatória que forneça ao julgador algum conforto mental. Nesse processo de tomada de decisão, alguns mecanismos psíquicos são empregados, ainda que inconscientemente. Surgem, então, as heurísticas e os vieses.

Kahnemann define a heurística como um procedimento de simplificação exercida por nossa mente, com o objetivo de “ajudar a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis”²³¹. Trata-se de um automatismo mental criado para solucionar problemas.

Solucionar um caso penal em que há escassez de provas ou que foi contaminado pela introdução de uma prova ilícita pode representar uma missão árdua para a mente, embora simples do ponto de vista jurídico.

²²⁹ Vide citação na página 122.

²³⁰ FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

²³¹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 127.

Em julgamentos onde pairam incertezas, as heurísticas são recursos para se chegar a uma decisão, reduzindo a contradição mental e gerando economia de tempo e esforço.

Nos estudos que lhes renderam a láurea nobel em ciências econômicas, Kahneman e Tversky identificaram, já nos anos 70, pelo menos três tipos diferentes de heurística usadas pelas pessoas, passíveis de as conduzirem a julgamentos errôneos: representatividade, disponibilidade e, por fim, ajuste ou ancoragem.

Antes deles, o psicólogo inglês Peter Cathcart Wason já havia identificado, em 1960, outro fenômeno heurístico: a chamada heurística da perseverança da crença, que leva ao viés da confirmação, testado inicialmente em experimentos que envolviam sequências numéricas²³².

Cada uma dessas heurísticas pode desencadear diferentes vieses e, por sua vez, provocar julgamentos equivocados.

Segundo Lúcio Delfino e Ziel Ferreira Lopes, ao todo mais de 40 vieses cognitivos foram identificados pelos “grandes centros de psicologia comportamental” do mundo, a partir dos estudos de Kahnemann e Tversky²³³.

Max Bazerman, professor da universidade de Harvard, sintetizou alguns destes diferentes processos heurísticos e os diversos vieses deles resultantes no quadro abaixo²³⁴:

²³² WASON, Peter Cathcart. *On the failure to eliminate hypothesis in a conceptual task*. In: *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, vol. XII, parte 3, p. 129-140, 1960. Disponível em: <https://doi.org/10.180/17470216008416717>. Acesso em: 30/04/2021.

²³³ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. *Streck, Fonseca Costa, Kahnemann e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo*. In: *Revista de Processo*, repro vol. 255, maio de 2016.

²³⁴ BAZERMAN, Max. *Judgment in Managerial Decision Making*. 3ª ed. New York: Wiley, 1994.

VIES	DESCRIÇÃO
VIESES DA HEURÍSTICA DA DISPONIBILIDADE	
FACILIDADE DE LEMBRANÇA	Os indivíduos julgam que os eventos mais facilmente recordados na memória, com base em sua vividez ou ocorrência recente, são mais numerosos do que aqueles de igual frequência cujos casos são menos facilmente lembrados.
CAPACIDADE DE RECUPERAÇÃO	Os indivíduos são enviesados em suas avaliações da frequência de eventos, dependendo de como suas estruturas de memória afetam o processo de busca.
VIESES DA HEURÍSTICA DA REPRESENTATIVIDADE	
FALTA DE SENSIBILIDADE A PROPORÇÕES DA BASE	Os indivíduos tendem a ignorar as proporções da base na avaliação da probabilidade de eventos, quando é fornecida qualquer outra informação descritiva, mesmo se esta for irrelevante.
FALTA DE SENSIBILIDADE AO TAMANHO DA AMOSTRA	Os indivíduos, frequentemente, não são capazes de apreciar o papel do tamanho da amostra na avaliação da confiabilidade das informações da mesma.
CONCEPÇÕES ERRÔNEAS SOBRE O ACASO	Os indivíduos esperam que uma sequência de dados gerados por um processo aleatório pareça ser "aleatória", mesmo quando for demasiado curta para que aquelas expectativas sejam estatisticamente válidas.
REGRESSÃO A MÉDIA	Os indivíduos tendem a ignorar o fato de que eventos extremos tendem a regressar à média nas tentativas subsequentes.
A FALÁCIA DA CONJUNÇÃO	Os indivíduos julgam erradamente que as conjunções (dois eventos que ocorrem em conjunto) são mais prováveis do que um conjunto mais global de ocorrências do qual a conjunção é um subconjunto.
VIESES DA HEURÍSTICA DA ANCORAGEM E AJUSTAMENTO	
INSUFICIENTE AJUSTAMENTO DA ÂNCORA	Os indivíduos fazem estimativas para valores com base em um valor inicial (derivado de eventos passados, atribuição aleatória ou qualquer outra informação que esteja disponível) e, em geral, fazem ajustes insuficientes daquela âncora quando do estabelecimento de um valor final.
VIES DE EVENTOS CONJUNTIVOS E DISJUNTIVOS	Os indivíduos exibem um viés tendendo para a superestimação da probabilidade de eventos conjuntivos e para a subestimação da probabilidade de eventos disjuntivos.
EXCESSO DE CONFIANÇA	Os indivíduos tendem a ser excessivamente confiantes quanto à infalibilidade de seus julgamentos ao responderem a perguntas de dificuldade variando de moderada a extrema.
VIESES QUE EMANAM DIVERSAS HEURÍSTICAS	
ARMADILHA DA CONFIRMAÇÃO	Os indivíduos tendem a buscar informações de confirmação para o que consideram ser verdadeiro e negligenciam a busca de indícios de não confirmação.
RETROSPECTO	Após terem constatado a ocorrência ou não de um evento, os indivíduos tendem a superestimar o grau em que teriam antevisto o resultado correto.

Fonte: Bazerman (1994)

Sem adentrar em cada uma das espécies de heurística e vieses, algo que extrapolaria o escopo do trabalho, é preciso dizer que as distorções comportamentais provocadas por eles, que podem induzir o ser humano a erros de julgamento, possuem nítida relação com a temática dos efeitos cognitivos causados pela introdução, nos autos do processo, de uma prova ilícita.

Analisando os postulados científicos da psicologia comportamental, pode-se inferir, em primeiro lugar, que a prova ilícita pode desencadear a heurística da perseverança da crença, causando, simultaneamente, o viés da primazia (efeito *priming* ou *halo*), pelo qual “um indivíduo é exposto a um estímulo que influencia sua resposta a um estímulo subsequente”²³⁵ e, também, o viés da confirmação, que é a “tendência a nos agarrarmos a nossas crenças diante das evidências do contrário”²³⁶.

²³⁵ KOLB, Bryan; WHISHAW, Ian Q. *Fundamentals of human neuropsychology*. 7ª ed. New York: Worth Publishers, 2015, p. 453.

²³⁶ MYERS, David. G; DEWALL, C. Nathan. *Psicologia*. Trad. Cristiana de Assis Serra, Luiz Cláudio Queiroz de Faria. 11ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017, p. 300.

Destarte, a prova indevidamente visualizada pelo tomador da decisão pode originar ou confirmar uma hipótese na mente do magistrado.

Essa reação intuitiva preliminar provoca uma crença capaz de alterar a percepção sobre os demais elementos probatórios coligidos aos autos. Tais elementos, objetivamente, ratificam ou refutam a hipótese ou crença do juiz. Nesse contexto, a heurística da perseverança da crença faz despertar maior atenção e creditar maior relevância aos indícios confirmatórios da hipótese inicialmente suscitada. Ainda que existam outros elementos que apontem no sentido contrário, o intérprete poderá apegar-se à sua hipótese, formulada graças ao contato com a prova ilícita (que faz nascer ou mesmo altera sua intuição a respeito da culpa do indivíduo), para então, argumentar, retoricamente, que as demais provas dos autos confirmam seu veredicto. Mesmo que ativado o sistema 2, o sistema 1 continuará enviando a mensagem da hipótese formulada, o que pode levar o magistrado a atribuir maior peso aos elementos probatórios que a confirmem, ainda que precários, e a desprezar as provas que vão de encontro à sua hipótese.

Em pesquisa que relacionava a teoria da dissonância cognitiva com os vieses da primazia e da confirmação, Bernd Schünemann demonstrou o efeito psicológico no processo decisório judicial proporcionado pelo simples acesso do magistrado aos autos do inquérito policial. No estudo de julgamento simulado empreendido com a participação de juízes e promotores alemães, esses foram divididos em grupos que recebiam documentos relativos a um caso criminal verídico. No grupo controle, todavia, o inquérito policial não integrava a documentação disponibilizada aos juristas. A primeira consequência notada foi de que, durante a audiência de instrução, os grupos que tiveram contato com os elementos pré-processuais adotavam comportamentos diferentes daqueles que não tiveram qualquer conhecimento dessas informações, como a formulação de perguntas tendentes a confirmar as informações colhidas no inquérito. Outro resultado observado foi o de que os magistrados dos grupos que receberam o inquérito policial, à unanimidade, condenaram o réu, enquanto os integrantes do grupo controle dividiram-se entre o veredicto condenatório e absolutório²³⁷.

²³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e Filosofia do Direito*. Org. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

O jurista alemão concluiu que o contato do juiz com o material probatório indiciário colhido sem contraditório e ampla defesa, na investigação preliminar, compromete substancialmente sua imparcialidade, produzindo no magistrado, dentre outros, os vieses da primazia e da confirmação. Isso ocorre porque o processamento dos demais elementos probatórios é “em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação [...], de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados comprobatórios dissonantes do que consoantes”²³⁸. Nesse sentido, aponta que:

No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições. Disso decorrem, principalmente, dois efeitos: por um lado segundo o chamado efeito inércia ou perseverança (mecanismo de autoconfirmação da hipótese), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas.²³⁹

Os efeitos da primazia e da confirmação estão ligados ao que Jacinto Nelson Miranda Coutinho denominou de “estado mental paranóico” do julgador, que aplica no processo decisório o método dedutivo de “escolha da premissa maior, razão pela qual se pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão”²⁴⁰. Nessa predominância do “primado da hipótese sobre os fatos”²⁴¹, uma vez criada ou selecionada a hipótese e imaginado o veredicto, as informações dele destoantes tendem a ser menosprezadas pelo juiz, podendo levá-lo à postura ativa no sentido de buscar elementos que ratifiquem sua pré-concepção, resultando em desvios como sua iniciativa probatória de ofício.

Com o objetivo de avaliar esses efeitos cognitivos nos processos criminais brasileiros, Ricardo Jacobsen Gloeckner realizou pesquisa jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, chegando à conclusão de que da amostra analisada de noventa processos, a prisão cautelar decretada ao longo das fases

²³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e Filosofia do Direito*. Org. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 221.

²³⁹ _____. *Obra citada*, p. 208.

²⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais*. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 43.

²⁴¹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

investigatória e processual “foi utilizada como elemento formador da convicção judicial em todos os casos”²⁴².

Além da perseverança da crença, a prova ilícita indevidamente inserida no processo penal também instrumentaliza outro processo heurístico. Apesar de inicialmente estar relacionada a situações que envolvam quantidades e estimativas, pode-se afirmar que a heurística da ancoragem ou ajustamento decorre, neste caso, do efeito gerado pela informação importante obtida a partir do acesso à prova ilícita. O termo remete à palavra “âncora” e essa referência ocorre porque, ao deparar-se com situações de incerteza ou dúvida, o indivíduo tende a se apegar a uma estimativa ou parâmetro conhecido, geralmente relevante, que possa de alguma maneira auxiliar no processo decisório²⁴³. Assim, na falta de parâmetros suficientes para a tomada de decisão, o cérebro tende a se valer de um dado, uma espécie de “âncora” para fundamentar suas conclusões.

Suponha-se, exemplificativamente, o caso do juiz que está em dúvida insanável a respeito da culpa ou inocência do réu, a qual deveria, tecnicamente, resultar na absolvição. A depender do seu grau de desconforto cognitivo, o elemento probatório ilícito com o qual ele teve contato pode servir justamente como uma “âncora” de pensamento, fazendo com que sua imaginação se apegue a ela, ainda que esse elemento não possa vir a ser utilizado na fundamentação.

O efeito ancoragem foi demonstrado de maneira surpreendente pelos psicólogos comportamentais alemães Birte Englich, Thomas Mussweiler e Fritz Strack em artigo intitulado “*Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on expert’s judicial decision making*”²⁴⁴.

Na pesquisa, foram realizados diferentes experimentos com advogados, promotores e juízes, a fim de testar quais seriam as possíveis influências da inserção de informações aleatórias no processo de elaboração de uma sentença criminal e a prolação

²⁴² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Prisões cautelares, confirmation bias e direito fundamental à devida cognição no processo penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 117, nov-dez de 2015, p. 263.

²⁴³ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 152-164.

²⁴⁴ ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. *Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on expert’s judicial decision making*. Disponível em: homepages.se.edu/cvonbergen/files/2013/01/Playing-Dice-With-Criminal-Sentences_The-Influence-of-Irrelevant-Anchors-on-Experts-Judicial-Decision-Making.pdf. Acesso em: 15 de abril de 2022.

do veredicto. Após a apresentação dos casos que seriam julgados, os participantes eram expostos a âncoras aparentemente irrelevantes (uma ligação de um jornalista perguntando sobre a probabilidade da pena ficar próxima de 1 a 3 anos, depois o pedido sem qualquer critério do promotor de justiça para a pena ser aplicada entre 3 e 9 meses e, por fim, o resultado numérico de dados lançados pelo próprio participante). Em todos os casos os pesquisadores notaram que a quantidade de pena solicitada ou aplicada pelos participantes apresentam um desvio em relação ao grupo controle (aquele no qual nenhuma informação ou âncora foi apresentada). Nos grupos em que a informação foi lançada, as penas, em geral, apresentavam uma proximidade maior com a âncora, mesmo nos casos em que os participantes foram alertados expressamente de sua irrelevância para o julgamento do caso. O estudo ainda concluiu que:

Notadamente, essa influência das âncoras irrelevantes nas sentenças não dependeu da experiência dos juízes ou seu conhecimento. Nossa análise indica que mesmo juristas que são experts em direito criminal e possuíam considerável experiência em casos similares foram influenciados por demandas irrelevantes da mesma forma que outros profissionais que eram especialistas em outras áreas do direito e não possuíam qualquer experiência em casos similares. (tradução livre)²⁴⁵

Consequentemente, os autores demonstraram que âncoras irrelevantes desempenharam o mesmo papel heurístico que âncoras que poderiam ser importantes, concluindo, com certo humor, que “Deus até pode não jogar dados com o universo [como é a famosa frase de Albert Einstein], mas juízes podem inconscientemente jogar dados com sentenças criminais”²⁴⁶.

Apontando outra espécie de ancoragem, Alexandre Morais da Rosa e Paola Biachi Wojciechowski relatam que algumas vezes juízes “engajam-se em uma tentativa de corroborar a denúncia – ancorados nela – ou mesmo guiados por intuições sensações ou impressões geradas no âmbito do Sistema 1”²⁴⁷.

²⁴⁵ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. *Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on expert’s judicial decision making*. Disponível em: homepages.se.edu/cvonbergen/files/2013/01/Playing-Dice-With-Criminal-Sentences_The-Influence-of-Irrelevant-Anchors-on-Experts-Judicial-Decision-Making.pdf. Acesso em: 15 de abril de 2022.

²⁴⁶ _____. Obra citada. Tradução livre.

²⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da. WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operar nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EMorada, 2018, p. 50.

Em terceiro lugar, a prova ilícita também pode desencadear a heurística da disponibilidade. De modo semelhante ao que acontece com o fenômeno da ancoragem, nos processos em que a prova ilícita teve o seu conteúdo visualizado pelo julgador, a capacidade do magistrado de se recordar dessa informação disponível e, por conseguinte, adotar um veredicto coerente com ela, é maior do que proceder de forma contrária. Isso porque, conforme afirma Leandro Tonetto, pela heurística da disponibilidade “as pessoas julgam a probabilidade [de o réu ser culpado, no caso] pela facilidade de evocar exemplos em suas memórias”²⁴⁸.

A heurística da disponibilidade se relaciona com a recuperação de informações ou dados armazenados pela memória humana. Essa operação mental pode gerar o viés do retrospecto, pelo qual a informação marcante fornecida previamente é mais facilmente recuperada e tende a ser superestimada em relação às demais, fazendo com que as pessoas tendam a acreditar, mesmo sem que haja qualquer fundamento, que a probabilidade de a hipótese condizente com aquela informação prévia estar correta é maior que aquela que lhe é contrária. Gabriela Perissinotto, citando estudos de Guthrie, Rachlinski e Wistrich, conclui que o viés do retrospecto e a heurística da disponibilidade são comuns e é difícil crer “que o juiz conseguiria desconsiderar completamente em sua decisão uma prova ilícita juntada aos autos, posteriormente desentranhada”²⁴⁹.

Comprovar a existência das heurísticas e dos vieses em decisões judiciais não é algo simples, justamente pelo fato de muitos representarem causas ocultas da própria consciência do julgador, como também por não poderem ser expressamente declinados na motivação das decisões exaradas, sob pena de nulidade. Assim, dificilmente se encontrará um julgado em que o magistrado tenha fundamentado sua decisão alegando que a prova ilícita foi determinante para seu veredicto, empregando-a na motivação da sentença ou acórdão.

²⁴⁸ TONETTO, Leandro Miletto [et al]. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. *In*: Estudos de Psicologia, v. 23, nº 2 – junho de 2006. Campinas: p. 184.

²⁴⁹ ALMEIDA, Gabriela Perissinotto. Vieses e heurísticas na tomada da decisão judicial. Anais do Seminário de Pesquisa em Direito da FDRP-USP, 2016, p. 8. Disponível em: www.hu.usp.br/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/gabriela-perissionotto.pdf. Acesso em: 26/02/2021.

No entanto, as pesquisas supracitadas ilustram, com suporte científico, a existência desses efeitos cognitivos e sua materialização em julgamentos criminais, simulados e reais.

O próximo passo, portanto, é tratar da consequência jurídica de tais fenômenos.

4.2. A proteção da imparcialidade do juiz como corolário do princípio da inadmissibilidade das provas que violam o ordenamento jurídico.

Se é verdade que a prova ilicitamente produzida é capaz de provocar distorções de ordem cognitiva e comportamental, como atestam os experimentos científicos supracitados, o efeito jurídico deste fenômeno consiste na quebra da imparcialidade do tomador da decisão judicial que tiver acesso ao elemento probatório.

Essa prova, cujo conteúdo ou resultado tornar-se de conhecimento do julgador, provocaria o que parcela da doutrina denominou de “contaminação” da consciência do magistrado que, estando potencialmente sujeito à incidência de heurísticas e vieses comportamentais, acaba por ter sua posição de equilíbrio e equidistância comprometidos.

Associado às garantias do devido processo legal e do juiz natural está o princípio da imparcialidade, que sustenta a obrigatoriedade de o magistrado exercer sua jurisdição na condução do processo com isenção, sem favorecer ou prejudicar qualquer das partes e não adotando critérios desiguais de julgamento.

O fundamento do princípio da imparcialidade assenta-se na tentativa de assegurar a justiça processual por intermédio do tratamento igualitário dispensado aos sujeitos da relação processual penal.

A garantia da imparcialidade do júízo é condição para o *fair trial*, sendo tão relevante para o processo justo que leva alguns autores a classificá-la como princípio estruturante do sistema processual penal internacional²⁵⁰.

Geraldo Prado sustenta que a imparcialidade estará presente quando as partes puderem confiar que o juiz não aderiu, antecipadamente, a nenhuma das partes, seus

²⁵⁰ BINDER, Alberto; Cape, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defesa criminal efetiva na América Latina*. 1ª ed. São Paulo: 2016.

argumentos ou pretensões²⁵¹. Nesse contexto, o juiz deve ser órgão alheio às partes e seus interesses.

Nessa linha de raciocínio é possível conectar o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas com o princípio da imparcialidade do julgador, na medida em que o primeiro visa, dentre outros, resguardar o segundo.

O princípio da imparcialidade do juízo é, igualmente, um direito humano universal. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelecem, respectivamente:

Declaração Universal dos Direitos Humanos (Carta da Organização das Nações Unidas).

Art. 10º - Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e **imparcial**, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.²⁵²

Convenção Americana de Direitos Humanos

Artigo 8º - Garantias judiciais.

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.²⁵³

A implementação do princípio da imparcialidade envolve a concessão, ao magistrado, das condições necessárias ao exercício de uma jurisdição isonômica, para que se possa exigir dele o comportamento de terceiro não interessado. Com esse escopo foram criadas as garantias de independência institucional da magistratura sob o tripé da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95 da Constituição).

²⁵¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 11.

²⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) de 10 de dezembro de 1948. Disponível em inglês: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 23/02/2019.

²⁵³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. Assinado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Decreto Presidencial nº 678/1992.

Nesse sentido, o conteúdo jurídico do princípio da imparcialidade é edificado sob dois critérios: o da ausência de interesse subjetivo na causa (imparcialidade subjetiva) e o da credibilidade do juízo ou aparência concreta de isenção (imparcialidade objetiva). Examinam-se, abaixo, ambas as dimensões.

A atividade de julgar não é puramente empírica. Ao decidir o caso penal, o juiz carrega consigo seus vieses, heurísticas e imprime na sentença, etimologicamente, o ato de “sentir”. Saliencia Nereu José Giacomolli que “decidir é valorar, construir, considerar os reflexos do fato, das regras e dos princípios”²⁵⁴ e, precisamente por este motivo:

ao lado do campo de manipulação consciente dos dados fáticos, jurídicos, da argumentação, do que pretende o julgador comunicar e quais os efeitos que deseja alcançar, há outros aspectos, como o da determinação inconsciente, da “transposição de sentido projetada pelo ser, contextualizado na sua percepção da existência e existindo nela”, ou seja, da projeção inconsciente da presença. [...]. Não podemos olvidar que há dados pré-lógicos, informados pelos pressentimentos, impulsos sentimentais e forças do inconsciente [...]. Há conceitos, preconceitos, modo de ser-no-mundo, dados a priori que integram a personalidade do julgador, motivo por que, mesmo no externar racional, há determinações pautadas pelo inconsciente e pelo pré-consciente.²⁵⁵

As observações do jurista podem levar ao questionamento da própria necessidade de mitigação dos efeitos provocados por provas ilícitas na convicção do julgador. Afinal, se todo juiz é um ser humano que automaticamente transporta consigo ideologias e preconceitos, enviesado estaria ao exarar todo e qualquer pronunciamento jurisdicional.

Ocorre que não é essa exata compreensão do problema. Imparcialidade não é sinônimo de neutralidade judicial.

Como aponta Jacinto Nelson Miranda Coutinho, a compreensão epistemológica do princípio da imparcialidade deve abstrair do mito da neutralidade do intérprete: não é possível ao sujeito cognoscente da realidade (o juiz), anular-se completamente, ou seja, abstrair totalmente de suas imperfeições humanas e comportar-se de modo neutro frente ao conhecimento ou à experiência vivenciada. O juiz, como qualquer ser humano, é “um

²⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 272.

²⁵⁵ Idem.

agente participativo, construtor da realidade [...] e não mero aplicador de normas exercendo atividade simplesmente recognitiva”²⁵⁶.

A parcialidade subjetiva do juiz, que se quer evitar, caracteriza-se pela existência de “um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador”²⁵⁷ que o vincula subjetivamente à causa e elimina sua capacidade para ocupar a posição de terceiro árbitro do litígio. Equivocada é, portanto, a ideia pela qual se supõe que o juiz se contaminaria pelo simples fato de assistir ao noticiário e tomar conhecimento de casos de repercussão midiática, ou por já ter sofrido um crime de mesma natureza ao qual irá julgar²⁵⁸.

As situações nas quais ocorre a quebra da imparcialidade subjetiva do juízo estão descritas na legislação processual, sob o *nomen juris* das categorias da incompatibilidade, impedimento e suspeição. No Código de Processo Penal as causas impeditivas são elencadas no rol dos artigos 252²⁵⁹, incompatibilidade no art. 253²⁶⁰, enquanto as de suspeição estão previstas no art. 254²⁶¹.

Algo que não é muito bem explorado pela doutrina é o fato de que essas hipóteses de impedimento e suspeição nada mais são que circunstâncias fáticas, eleitas pelo legislador, configuradoras de situações em que há uma presunção de parcialidade

²⁵⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, ano 30, n. 30. Curitiba: UFPR, 1998, p. 168-174.

²⁵⁷ JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 27.

²⁵⁸ Estes exemplos são elencados por Guilherme de Souza Nucci para justificar a desnecessidade de afastamento do juiz que teve contato com a prova ilícita. Ver: *Código de processo penal comentado*. 20ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 378-380.

²⁵⁹ Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

²⁶⁰ Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

²⁶¹ Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

subjetiva do magistrado, pelo simples fato de sua condição de ser humano. Pode-se até discutir se a hipótese legal se materializou ou não, no caso concreto, mas, uma vez identificada, deve o juiz ser afastado e o processo remetido ao seu substituto legal.

Essa constatação é relevante porque quando se afirma que a prova obtida ilicitamente e, introduzida nos autos, tem aptidão para provocar a contaminação do magistrado, não se quer asseverar que, necessariamente, o magistrado atuará em favor de uma das partes ou, em resumo, que ele seria absolutamente incapaz de prolatar um juízo imparcial. Nessa situação, sua parcialidade apenas é, também, presumida.

Desse modo, assim como o juiz que é familiar, inimigo íntimo ou mesmo credor do réu poderia, hipoteticamente, abstrair de sua condição natural e realizar um juízo correto sobre a pretensão acusatória, examinando cautelosamente as provas e as alegações das partes, o juiz que teve contato com a prova ilícita também poderia, em tese, exercer sua jurisdição de maneira imparcial, a despeito de suas heurísticas e vieses.

Todavia, se o legislador imaginou não ser crível que um magistrado, naquelas condições, aja sem favorecer ou prejudicar uma das partes, também é difícil supor que aquele outro, conhecedor do conteúdo de uma prova ilícita, possa simplesmente desconsiderá-la no momento de exarar o provimento jurisdicional.

Por isso, a contaminação do magistrado pela prova ilícita é, em primeiro lugar, um fundamento para a construção de uma hipótese legal de presunção de sua suspeição ou impedimento, pois pode afetar sua imparcialidade subjetiva, da mesma forma como as situações elencadas nos artigos 252, 253 e 254 do Código de Processo Penal.

A legislação presume a imparcialidade subjetiva do julgador e somente a exclui diante de circunstâncias concretas que tem o condão de interferir na qualidade isonômica da prestação jurisdicional. Veja-se que algumas delas são, inclusive, de foro íntimo e, portanto, de difícil comprovação na prática (v. incisos I e IV do art. 254).

Precisamente por essa dificuldade de comprovar aspectos anímicos do julgador ou seus interesses escusos no deslinde da causa é que o princípio da imparcialidade do juiz não pode ser aferido somente pelo seu aspecto subjetivo, ou pelas hipóteses legais de impedimento e suspeição.

A título de ilustração, suponha-se que o juiz, apesar de não incorrer em nenhuma das causas de impedimento ou suspeição, identificadas nos incisos dos artigos 252-254 do Código de Processo Penal, tenha emitido opinião sobre o mérito de caso que está sob seu julgamento, em um congresso jurídico ou em um veículo de imprensa. Tecnicamente, não se enquadra na hipótese do inciso III do art. 252, pois a manifestação não ocorreu em julgamento realizado em outra instância. Contudo, seria crível que esse magistrado, que já emitiu um pronunciamento sobre o caso antes mesmo de julgá-lo, pudesse avaliá-lo com imparcialidade?

É nesse contexto que surge a segunda dimensão do princípio da imparcialidade: sua faceta objetiva.

Não basta ao juiz, para ser imparcial, estar desenquadrado das hipóteses típicas de suspeição ou impedimento. É imprescindível que, além disso, possa transparecer credibilidade e isenção para o jurisdicionado, o que somente ocorre se estiverem presentes condições mínimas para não se desconfiar do exercício do poder jurisdicional. Na esteira do adágio inglês, não basta que a Justiça seja feita, é preciso também parecer que ela foi feita²⁶².

Trata-se, como aponta Nereu José Giacomolli, da chamada teoria da aparência, “segundo a qual, havendo dúvida razoável e fundada acerca da parcialidade do julgador, justifica-se o seu afastamento, ainda que, subjetivamente, possa não haver influência sobre a condução do processo ou do julgamento”²⁶³.

Conforme já explicitado, não é qualquer evento que tem o condão de colocar sob suspeita a jurisdição imparcial. Somente aquelas circunstâncias fáticas que coloquem o juízo em posição concreta de desconfiança é que podem configurar violações à sua imparcialidade objetiva, tais como o fato de pronunciar-se a respeito do mérito de processos em andamento, tomar conhecimento de informações e provas obtidas ilícitamente, imiscuir-se de ofício na atividade probatória, praticar atos que objetivamente impliquem em tratamento desequilibrado das partes, etc.

²⁶² “Justice must not only be done, it must seem to be done”.

²⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 273.

Avaliando a intervenção prévia do julgador na fase investigativa, bem como a iniciativa probatória do juiz, aponta Aury Lopes Junior que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), nos casos *Piersack vs. Bélgica* (01/10/1982) e *De Cubber vs. Bélgica* (26/10/1984), entendeu haver violação à imparcialidade objetiva, pois as funções de investigar e produzir provas não são compatíveis com a atividade jurisdicional isenta. De igual modo, cita o Tribunal Constitucional da Espanha na sentença nº 145/1988, o qual concluiu que o juiz-instrutor não poderia sentenciar, por expressa infringência ao princípio²⁶⁴.

Por isso é que, conforme amplamente enfatizado pela doutrina, na relação processual penal do sistema acusatório, a separação das funções de acusar, defender e julgar é o estágio inicial para que se possa atingir o pretendido distanciamento do juiz das atividades típicas à cargo das partes, dentre as quais se insere a gestão da prova²⁶⁵.

Para não ficar apenas nos precedentes da Corte europeia de direitos humanos, pode-se apontar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui sentenças que reafirmam a importância da imparcialidade objetiva como princípio essencial do processo penal.

No caso *Duque vs. Colômbia* (2016), o Tribunal consignou ser imprescindível que além da imparcialidade subjetiva, o juízo ou tribunal devem oferecer “garantias suficientes de índole objetiva que inspirem confiança necessária nas partes do caso, assim como nos cidadãos em uma sociedade democrática”²⁶⁶.

Na temática das provas ilícitas, se parte da doutrina até chega a sustentar não haver parcialidade subjetiva do juízo em decorrência de seu acesso ao conteúdo de prova declarada inadmissível, fato é que não se pode dizer o mesmo em relação à dimensão objetiva do princípio da imparcialidade.

É falsa a afirmação de que o juiz que teve contato com a prova ilícita transpareça ao jurisdicionado a credibilidade e a confiança esperados para conduzir o julgamento.

²⁶⁴ JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 29.

²⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-56.

²⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Duque vs. Colômbia*. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Disponível: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 14/08/2021.

Imagine-se a situação do réu que, tendo contra si produzida prova ilícita, cujo teor é capaz de incriminá-lo, tenha de ser julgado pelo mesmo magistrado que dela tomou conhecimento. Nessa hipótese, haverá nítida quebra de imparcialidade daquele órgão da magistratura, ainda que sob o aspecto objetivo, pois haverá natural descrédito, por uma das partes da relação processual, na prestação jurisdicional equânime.

Importante ressaltar, novamente, que ao se declarar suspeito ou impedido o magistrado que teve contato com a prova ilícita, não se está a afirmar a má-fé do juízo, ou infirmar sua índole, mesmo porque, em muitas situações, a ilicitude da prova colhida sequer será de responsabilidade do magistrado, mas sim dos órgãos de persecução penal como a polícia ou o Ministério Público.

No entanto, na esteira do que sustentou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Apitz Barbera e outros vs. Venezuela*, o instituto da recusa do juiz serve a uma dupla função: proteger as partes no processo e outorgar credibilidade à função jurisdicional. Nesse sentido, a recusa do juiz, por força da presunção de sua parcialidade objetiva, não deve ser interpretada como um juízo negativo da retidão moral do funcionário público, mas como uma “ferramenta que brinda confiança àqueles que venham perante o Estado solicitar a intervenção de órgãos que devem ser e aparentar ser imparciais”²⁶⁷.

Se o contato com a prova ilicitamente auferida é, concomitantemente, provocadora de vieses comportamentais e hipótese de quebra da imparcialidade do juízo, especialmente em sua dimensão objetiva, cumpre então discutir as possibilidades jurídicas para mitigar o fenômeno.

Pretende-se, com isso, construir métodos bloqueadores ou atenuadores desses efeitos cognitivos.

²⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS DE HUMANOS. Caso *Apitz Barbera e outros vs. Venezuela*. Sentença de 05 de Agosto de 2008, parágrafo 63, p. 20. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso em: 14/08/2021.

4.3 Mitigando os efeitos cognitivos prejudiciais das heurísticas e vieses proporcionados pela introdução da prova ilícita no processo: desviesamento (*debiasing*).

O tópico anterior demonstrou que a despeito das heurísticas serem mecanismos adaptativos que permitem a tomada de decisões com certo grau de previsibilidade e acertos, facilitando julgamentos e escolhas ao longo da vida, esses procedimentos também podem induzir a erros, especialmente em problemas complexos ou situações para as quais o ser humano não é perfeitamente adaptado, como é o caso da prolação de um veredicto criminal.

Por isso, adotar meios para aplacar os efeitos cognitivos nocivos dessas heurísticas é uma cautela mais que desejável, é necessária ao aperfeiçoamento da Justiça e a proteção dos direitos fundamentais do imputado.

Denomina-se desviesamento ou *debiasing* os métodos/técnicas empregadas para impedir ou reduzir as consequências negativas provocadas pelos vieses cognitivos.

Segundo Kanehman, Sibony e Sunstein, existem duas possíveis abordagens de desviesamento: aquela que pode ocorrer antes (*ex-ante*) ou depois (*ex-post*) da tomada da decisão, ora prevenindo a própria ocorrência do julgamento enviesado, ora corrigindo-o²⁶⁸.

Essas técnicas não são estranhas à área do direito. Diversos são os autores e múltiplas são as propostas de adoção de mecanismos de desviesamento da cognição judicial.

A primeira delas, aponta Juarez Freitas, é o magistrado substituir seus hábitos mentais, o que somente é possível se ele tiver consciência dos próprios vieses. Desse modo, o juiz deve conservar o hábito da desconfiança, ressaltando o autor que esses desvios “sistemáticos do cérebro podem ser contrapostos a novas rotinas reflexivas, desde

²⁶⁸ KANEHMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021, p. 230-231.

que o intérprete perceba que os desvios cognitivos limitam e toldam a capacidade de avaliação sensata”²⁶⁹.

Eduardo José da Fonseca Costa, em tese de doutorado apresentada ao programa de pós-graduação da PUC-SP, propôs um modelo autodenominado de “modelo algorítmico normativo de reengenharia precaucional desinviesante contra quebras inconscientes de imparcialidade de julgadores”, no qual, além de dez alterações legislativas, sugere outras dezoito medidas extraleais que poderiam contribuir para a resolução do fenômeno²⁷⁰.

No âmbito da pesquisa de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Herbert Soares Leite apontou as hipóteses de desenviesamento trazidas pela Lei Federal nº 13.964/2019, ao prever (I) a estrutura acusatória do processo com a consequente impossibilidade de atuação probatória de ofício pelo magistrado (art. 3º-A); (II) a criação do juiz de garantias (art. 3º-B), responsável pelo controle de legalidade dos atos de investigação preliminar, (III) a exclusão dos autos do processo dos elementos obtidos no inquérito policial (art. 3º-C)²⁷¹.

Flávio da Silva Andrade, doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais, também em obra dedicada ao assunto, destacou a importância da observância do princípio do contraditório e a necessidade de construção da decisão compartilhada como método de *debiasing* no processo penal²⁷². A teoria normativa da participação também é defendida por Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Flávio Quinaud Pedron²⁷³.

Sem embargo de todas as técnicas propostas para eliminar ou reduzir os vieses do julgador, nesse trabalho interessa, especificamente, tratar daquelas relacionadas

²⁶⁹ FREITAS, Juares. *A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais*. In: Revista da AJURIS, vol. 40, nº 130, junho de 2013, p. 241-242.

²⁷⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP, 2016, p. 142-143.

²⁷¹ LEITE, Herbert Soares. *A cognição judicial imparcial e os efeitos dos vieses cognitivos no processo penal democrático*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2020.

²⁷² ANDRADE, Flávio da Silva. *Heurísticas e vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e participação*. Salvador: JusPodivm, 2020.

²⁷³ NUNES, Dierle; SANTOS E SILVA, Natanael Lud; PEDRON, Flávio Quinaud Pedron. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: JusPodivm, 2020.

diretamente com a contaminação proporcionada pelo acesso à prova ilícita. Nesse cenário, exsurtem as recentes alterações promovidas no Código de Processo Penal.

4.3.1 Métodos de desviesamento criados pela Lei Federal nº 13.964/2019: o instituto do juiz de garantias (art. 3º-C do CPP) e o afastamento do magistrado conhecedor do conteúdo da prova ilícita (art. 157, §5º do CPP).

A Lei Federal nº 13.964/2019 promoveu importantes alterações na legislação penal e processual. Dentre as modificações relevantes, destacam-se, para este trabalho, as concernentes à criação do sistema do juiz de garantias e o impedimento do magistrado conhecedor da prova ilícita de sentenciar o caso.

Ambas constituem métodos processuais de desviesamento, da espécie *insulating*. A ideia separar o juiz do inquérito do juiz do processo, além de impedir o magistrado contaminado de decidir o caso penal, não atua propriamente no sentido de mitigar o efeito cognitivo no magistrado senão, simplesmente, afastar o tomador da decisão, possivelmente enviesado, do processo decisório em si. A esse recurso, a psicologia denomina *insulating*, que seria uma espécie do gênero *debiasing* e nesse estudo será tratado pelo último. A diferença entre as duas técnicas é explicada por Barbara Luppi, Francesco Parisi e Daniel Pi:

Tomadas literalmente, as duas técnicas podem ser chamadas de *debiasing*, na medida em que ambas procuram mitigar ou eliminar os efeitos de julgamentos enviesados de suas consequências jurídicas [...]. A diferença é que o *debiasing* combate o viés em si, pela educação ou conscientizando os indivíduos enviesados para eliminar ou reduzir o próprio viés, enquanto *insulation* permite que indivíduos enviesados continuem enviesados e, entretanto, procura impedir a elaboração de julgamentos (frequentemente pela remoção do tomador da decisão enviesado).²⁷⁴

A separação do magistrado que atua na investigação do que oficia na instrução e profere a sentença, bem como a necessidade de afastamento do juiz nos casos em que tiver contato com provas inadmissíveis, são instrumentos de proteção da imparcialidade judicial.

²⁷⁴ PI, Daniel; PARISI, Francisco; LUPPI, Barbara. *Biasing, debiasing and the law*. (February 11, 2013). Minnesota Legal Studies Research Paper n. 13-08, U of St. Thomas Legal Studies Research Paper n. 13-02, Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2215117> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2215117>. Acesso em: 09/06/2021.

Especificamente no que concerne ao impedimento do juiz que conheceu da prova inadmissível, encontram-se manifestações de autores europeus em defesa da medida há quase cinco décadas.

Desde 1974, o processualista italiano Nicolò Trocker dizia que “um juiz, que venha a conhecer de um fato através de uma prova ilícita, é um *iudex suspectus*”²⁷⁵. Para o processualista italiano, esse magistrado possuía a obrigação de abster-se de julgar e as partes ainda teriam o direito de recusá-lo²⁷⁶.

Na doutrina espanhola, Santiago Sentís Melendo, em 1979, insurgia-se contra a possibilidade do juiz que se utilizou da prova ilícita (declarada inadmissível por uma instância superior), viesse a julgar o caso novamente, pois nesse caso, a única solução possível seria afastá-lo do processo, remetendo um caso a outro magistrado para examiná-lo com imparcialidade²⁷⁷.

Atento aos inevitáveis e arrebatadores efeitos que a prova ilícita pode exercer sobre a consciência do julgador, o Congresso Nacional brasileiro chegou a propor, em 2001, o Projeto de Lei nº 4.205 (nº 37/07 no Senado Federal)²⁷⁸ que previa a inclusão, no § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal, da determinação segundo a qual o juiz que tivesse contato com a prova declarada ilícita ficaria excluído do julgamento do caso.

O dispositivo, todavia, acabou vetado por razões políticas, sob a justificativa de que a lei contrariava o interesse público, prejudicando a celeridade e a simplicidade da tramitação processual, uma vez que poderia “causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente, substituído por outro que nem sequer conhece o caso”²⁷⁹. Demais disposições legislativas do projeto acabaram sancionadas, dando origem à Lei nº 11.690/2008.

²⁷⁵ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 633.

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea, 1979, p. 228.

²⁷⁸ Projeto que resultou na aprovação da Lei Federal nº 11.690/2008.

²⁷⁹ BRASIL. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Mensagem nº 350, de 09 de Junho de 2008. Veta parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 4.205, de 2001 (nº 37/07 no Senado Federal).

Naquela época, Aury Lopes Jr. já sustentava, em crítica ao veto presidencial ao §4º do art. 157 do CPP, o qual acabou mantido pelo Congresso Nacional, que não havia “o menor fundamento para – erroneamente – manter um juiz contaminado no processo, proferindo sentença a partir da convicção formada com base na prova ilícita”²⁸⁰.

Mais de uma década depois, novamente o Poder Legislativo da União editou norma sobre o assunto, agora positivada na Lei Federal nº 13.964/2019. Finalmente houve a inclusão de dispositivo legal, desta vez no §5º do art. 157 do Código de Processo Penal, que determina o impedimento do juiz, contaminado pelo conhecimento da prova ilícita, de sentenciar o caso ou participar de seu julgamento. A lei vigente passou a ter a seguinte redação:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

Reforçando o posicionamento aqui adotado e, em defesa do dispositivo legal, Guilherme Madeira Dezem afirma que:

o ser humano não consegue ignorar determinados fatos que integram seu conhecimento. É claro que o juiz não poderá usar a condenação baseado em prova ilícita. No entanto, isto não impede o juiz de fundamentar sua condenação baseado em outros elementos. (...) Não é possível que se exija do magistrado o que ele não pode dar, ou seja, isenção. Não se imagina como seja possível ao magistrado retirar de sua mente o conhecimento da prova ilícita para que julgue de maneira isenta o acusado sem levar essa prova em consideração.²⁸¹

Em reação imediata orquestrada por entidades de classes e partidos políticos, foram propostas ações judiciais visando impugnar diversas das disposições normativas recém-incluídas no Código de Processo Penal, quando a legislação ainda se encontrava em período de vacância.

Associações de magistrados (AMB, AJUFE), promotores e procuradores (CONAMP) e partidos políticos (Partido Social Liberal - PSL, PODEMOS e

²⁸⁰ LOPES JR. Aury. *Bom para que(m)?* In: Boletim do IBCCrim, nº 188, São Paulo, julho – 2008, p. 10.

²⁸¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Comentários ao pacote anticrime, Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 116.

CIDADANIA) ajuizaram, perante o Supremo Tribunal Federal, as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, arguindo a desconformidade com a Constituição da República dos dispositivos legais atinentes ao juiz de garantias (art. 3º-A até art. 3º-F, do CPP) e o próprio §5º do art. 157 do CPP.

Especificamente em relação ao impedimento do magistrado contaminado pelo conhecimento da prova declarada inadmissível, os impetrantes alegaram que a medida, além de violar o princípio da identidade física, também causaria prejuízos ao próprio réu jurisdicionado em seu direito de defesa. Retoricamente asseveraram que o possível “distanciamento entre a prova e o magistrado sentenciante prejudica a formação de um quadro probatório coeso e harmônico, colocando em xeque um dos escopos do processo penal, que é a busca da verdade material”²⁸².

A alegação dos impetrantes, a pretexto de defender os interesses do réu, pretende, na realidade, resgatar uma concepção equivocada de verdade material no processo, desvinculada dos parâmetros normativos e balizas constitucionais do Estado Democrático de Direito²⁸³.

Em 15/01/2020, o Ministro Dias Toffoli, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal, decidiu por suspender a eficácia dos art. 3º-D, parágrafo único e art. 157, §5º, do Código de Processo Penal, sob as justificativas que se seguem:

De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse “conhecimento”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo?

A ausência de clareza do preceito é também capaz de gerar situações inusitadas. Imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida, remete os autos ao juiz que o substituirá? Imagine-se, agora, que a câmara de um tribunal decida

²⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299-DF. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 03/05/2021.

²⁸³ Sobre a concepção de verdade processual ver a obra de Felipe Martins Pinto. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

anular um processo por ilicitude da prova e determine o retorno dos autos à origem. Nesse caso, a câmara ficará impedida de julgar nova apelação?

A vagueza do preceito e as inúmeras dúvidas que ele suscita, por si sós, colocam em dúvida sua constitucionalidade. Uma das facetas do princípio da legalidade, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, é que as leis sejam editadas, tanto quanto possível e adequado, com precisão, de modo que sejam aptas a efetivamente orientar a ação individual. Desse modo, promove-se previsibilidade e, conseqüentemente, segurança jurídica. Assim, a utilização de fórmulas legislativas excessivamente vagas viola a segurança jurídica e o princípio da legalidade. [...]

O § 5º do art. 157 é também danoso ao princípio do juiz natural, por ser norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos para sua aplicação.

Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão.

Com efeito, Gustavo Badaró anota que existe o direito ao juiz certo, determinado segundo os critérios legais de competência, “que devem ser estabelecidos a partir de elementos claros e objetivos, que não permitam qualquer manipulação da individualização ou escolha do órgão que legitimamente irá julgar o processo”. (Juiz natural no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157).

Ademais, destaco que norma semelhante ao § 5º do art. 157 constou do Projeto de Lei nº 4.205/2001 (nº 37/2007 no Senado Federal), que deu origem à Lei nº 11.690/2008, a qual alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova.

A referida norma – que estaria situada no § 4º do art. 157 do CPP – foi vetada pelo Presidente da República, por contrariedade ao interesse público, ao fundamento de que ela poderia “causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso”, o que iria contra o objetivo primordial da reforma de imprimir celeridade e simplicidade ao processo penal.

De fato, diferentemente do que ocorre na cisão de competência funcional ocorrida com a figura do juiz de garantias, a norma em análise possibilita a alteração do juiz competente no interior da fase processual. Em síntese, muda-se o juiz da causa estando já em curso o processo.

Por essas razões, neste juízo preliminar, próprio das medidas liminares, entendo ser o caso de suspensão do § 5º do art. 157 do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019.²⁸⁴

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux, relator das ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal, concedeu liminar nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299/DF, ratificando a suspensão da eficácia da norma do art. 157, §5º, CPP e privando-a da produção de efeitos por tempo indeterminado. Na motivação, *per relationem*, o Ministro Fux limitou-se a adotar como razões de decidir as mesmas invocadas pelo então Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli.

Analisando a fundamentação da decisão, verifica-se que foram dois os principais motivos para impedir a vigência da norma jurídica: a alegação de vagueza do preceito e a violação ao princípio do juiz natural, por permitir, *a posteriori*, a alteração da competência jurisdicional.

De início é importante salientar que, conforme esclarece Marcos Paulo Dutra Santos, o fato de existirem normas vagas ou imprecisas não impede que o Poder Judiciário possa, no exercício de seu poder integrativo, delimitar a abrangência da norma com o comando jurisdicional em concreto. O autor lembra, por exemplo, dos conceitos jurídicos indeterminados como “ordem pública” e “ordem econômica”, expressões normativas lacônicas e absolutamente imprecisas que, no entanto, são diuturnamente aplicadas para justificar a decretação de prisões cautelares. Com precisão, salienta o processualista que neste caso haveria benefício ao réu e, se em questões infinitamente mais sensíveis, “comprometedoras de garantias individuais extremamente caras e inalienáveis, como são a liberdade a ampla defesa, a vagueza de elementos normativos não foi escusa para declará-los inconstitucionais, tampouco há de ser no caso do art. 157, §5º do CPP”²⁸⁵.

Tampouco se pode invocar, em desfavor do §5º, a possibilidade da parte, arditosamente, introduzir nos autos prova ilícita ou concorrer para sua obtenção na expectativa de tornar suspeito ou impedido o magistrado.

²⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299-DF. Trecho do voto do Min. Dias Toffoli. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138711&ext=.pdf>. Acesso em: 03/05/2021.

²⁸⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 338.

Primeiro, se a Defesa o fizer, a atuação do magistrado estará preservada, pois é admissível a prova ilícita *pro reo*.

Se, por outro lado, as agências de persecução praticarem tal conduta, terá ocorrido crime de abuso de autoridade, tanto por parte de quem introduziu, quanto por parte de quem dela se utilizou, nos termos do art. 25 da Lei Federal nº 13.869/2019 *in verbis*:

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.²⁸⁶

Desse modo, deve o juiz ser afastado do processo. Não se pode, aqui, invocar a solução proposta por Guilherme Madeira Dezem, segundo o qual aquele que intencionalmente dá causa à suspeição ou impedimento do magistrado não pode argui-la em seu favor, em analogia ao disposto no art. 256 do Código de Processo Penal²⁸⁷.

A premissa do raciocínio até pode ser verdadeira (recorda-se recente decisão do próprio Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de deputado federal na ação penal nº 1.044-DF, condenado por desferir ataques aos Ministros encarregados de julgarem-no²⁸⁸).

Todavia, a aplicação deste entendimento levaria a consequências absolutamente contrárias à finalidade de criação da própria norma. Imagine-se, a título de exemplo, o Ministério Público ilicitamente obtendo dados sigilosos incriminatórios do réu e introduzindo tais elementos nos autos para, com isso, arguir o impedimento judicial que, no entanto, não poderia ser acolhido pelo juiz contaminado, tendo em vista que foi o

²⁸⁶ BRASIL. Lei Federal nº 13.869/2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade e outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 27 de setembro de 2019, edição extra – a.

²⁸⁷ Código de Processo Penal. “Art. 256. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la”.

²⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal nº 1.044-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Data do julgamento: 20/04/2022. Acórdão não publicado até a data de fechamento da pesquisa em 10/07/2022.

próprio *Parquet* quem o ensejou. Ao se manter o juiz contaminado vinculado ao processo, quem sofrerá as consequências será justamente o acusado, um verdadeiro contrassenso²⁸⁹.

Convém ainda destacar, em resposta ao segundo fundamento suscitado pelo Min. Dias Toffoli para rechaçar a eficácia do dispositivo, que nada há de antijurídico no fato de a legislação alterar a competência jurisdicional de modo superveniente, estabelecendo uma nova hipótese de impedimento judicial que representa uma exceção ao princípio da identidade física do juiz. É fato que a própria legislação processual penal já prescreve, em outras situações, hipóteses em que também haverá exclusão superveniente do magistrado natural, como adverte Paulo Henrique Aranda Fuller:

o julgador que reconhecer a ilicitude da prova e declarar a sua inadmissibilidade, determinando o desentranhamento dos autos (art. 157, caput, do CPP), deve ser afastado da apreciação do mérito da imputação (não pode proferir a sentença ou acórdão), para evitar que o conhecimento do conteúdo da prova influencie a formação da sua convicção – bem sabemos que a prova ilícita pode vir a ser o motivo determinante, ainda que velado, do juízo condenatório, embora isso (obviamente) jamais seja declarado na motivação da decisão de acertamento do caso penal. Alguns objetam que o impedimento estabelecido no art. 157, § 5º, do CPP, violaria a regra da identidade física do julgador (art. 399, § 2º, do CPP), com o que não podemos concordar: se a regra da identidade física do julgador pode ser afastada em caso de promoção, aposentadoria ou morte do magistrado, deve então, a fortiori, ser afastada em favor da preservação da imparcialidade do julgador.²⁹⁰

Nesse contexto, entende-se que houve grave equívoco, por parte dos referidos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao decidirem pela suspensão da eficácia da norma jurídica que obrigava o afastamento do magistrado contaminado pelo contato com a prova ilícita. Não se desconhece, contudo, que os argumentos invocados encontram apoio de parte da doutrina.

Posicionando-se pela inconstitucionalidade do art. 157, §5º, Guilherme de Souza Nucci afirma que o juiz que teve mero contato com a prova ilícita não se transforma automaticamente em julgador parcial. Exemplifica dizendo que o juiz que sofre um crime,

²⁸⁹ Ainda que se possa dizer que bastaria a defesa do réu suscitar a aplicação da norma contida no art. 157, §5º, fato é que pouco importa se o juiz teve contato com a prova ilicitamente obtida de boa-fé ou de má-fé. Em todo caso, o juiz estará contaminado. Nesse sentido, posicionamento de Guilherme de Souza Nucci, apesar de ser contrário à medida.

²⁹⁰ FULLER, Paulo Henrique Aranda. *In: JUNQUEIRA, Gustavo. [et al.]. Lei anticrime comentada: artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 70.

como vítima, pode ser muito mais parcial para julgar infrações de mesma natureza, por estar envolvido emocionalmente com o fato. Sustenta que, no trato com a prova ilícita, o magistrado movimenta apenas seu “raciocínio e habilidade técnica”, sendo o maior interessado na colheita da prova de forma idônea. Citando sua experiência como magistrado criminal, o autor aponta que mesmo que o juiz quisesse, não poderia utilizar a prova em sua decisão:

Assim sendo, quando uma parte levanta o incidente de ilicitude da prova, em primeira instância, instaurando-se o contraditório a respeito da sua obtenção, é de interesse máximo do Judiciário verificar se realmente a prova é ilícita. Constatando-se a sua ilicitude, antes de *contaminar* o juiz, livra-o desse encargo de avaliar uma prova completamente írrita aos parâmetros constitucionais. Ao longo da nossa carreira de mais de trinta anos na magistratura, visualizamos a produção de provas ilícitas, como, por exemplo, confissões extraídas por meio de tortura na fase policial. Sempre fomos os primeiros interessados em apurar, determinar a extração de peças para a verificação da responsabilidade criminal e jamais utilizá-las em nossas decisões. Um magistrado que toma contato com a prova criminosamente obtida, por exemplo, achando que deve utilizá-la contra o réu, não é um autêntico juiz, pois desconhece o preceito básico para a sua atividade, que é a imparcialidade. Logo, quando o legislador aponta esse lado, impedindo o contato do juiz com a prova ilícita significa desconfiar da sua imparcialidade e, até mesmo, da sua idoneidade. Há um incidente em que provas são produzidas para demonstrar a ilicitude da obtenção de certa prova; portanto, há evidências suficientes de que aquela prova é desprezível. Muito pior são os magistrados preconceituosos e carregados de elementos pessoais, ligados à sua personalidade, indicadores da sua discriminatória atuação, camuflada pela toga. Quando a prova se torna *claramente* ilícita, será desentranhada e não poderá ser utilizada na decisão. Qual contorcionismo fará o julgador para “usá-la, sem utilizá-la”? É inviável e irreal que consiga proferir uma sentença bem fundamentada, olvidando prova ilícita – da qual tomou conhecimento, mas mandou desentranhar –, fazendo esforço para chegar a um veredicto baseado naquela prova podre. Se a prova *desapareceu* dos autos, não há como o julgador a utilizar.²⁹¹

Avocando a faculdade do juiz se lembrar da prova, mas a impossibilidade de usar desse conhecimento ao decidir o mérito da causa, Nucci afirma que “esse é o julgador que se espera; ele pode se lembrar que houve uma prova ilícita, mas não a tem na mente quando decidir a causa”²⁹². E prossegue dissertando sobre a temática:

Não aceitamos essa tese da *contaminação*, pois acreditamos que os magistrados têm plena convicção da sua função e da sua imparcialidade,

²⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 20ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 378.

²⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Obra citada*, p. 379.

razão pela qual se uma prova ilícita é descartada, outras provas devem ser usadas para decidir a causa – todas as que forem lícitas. E isto se dá em qualquer grau de jurisdição.

[...]. Enfim, tomar conhecimento de prova ilícita não conduz o julgador a levá-la em consideração e julgar justamente em sentido prejudicial ao réu. Sejam realistas. Se um juiz tomar conhecimento de prova ilícita, que foi desentranhada, não puder usá-la em sua sentença e, mesmo assim, *inventar* argumentos para condenar o réu, há de se considerar que é um mau juiz e, ademais, a sua decisão não subsistirá em grau superior, por carência de provas lícitas. Portanto, criar uma causa de impedimento de exercício jurisdicional por um fato que ocorre sempre – contato com provas ilícitas – é desconhecer a realidade atual do Judiciário brasileiro de todas as instâncias. Finalmente, se a prova ilícita, conhecida por um ou mais magistrados, é capaz de “contaminar” o julgador, isso deve ser aplicado *a todas as instâncias*, até porque a letra da lei (§ 5.º do art. 157) menciona, expressamente, “sentença ou acórdão”. Mas, como acreditamos que o juiz natural e imparcial é a maioria dos que compõem o Judiciário brasileiro, temos convicção de que o referido § 5.º é inconstitucional, porque *presume* parcialidade.

[...]. cremos, ainda, ser preciso destacar que os mesmos seres humanos – juízes – que poderiam se “contaminar” pelo simples conhecimento do conteúdo de uma prova ilícita, declarada inadmissível, acompanham noticiários em todos os meios de comunicação existentes e ouvem muito mais do que o processo pode oferecer em relação a casos de grande repercussão. Se isso tudo os “contaminar” (por vezes, muito mais informes do que a prova ilícita pode oferecer), não haveria juízes para julgar caso algum, quando a mídia e as redes sociais resolverem pré-julgar alguém, por se tratar de um acusado famoso ou de um crime particularmente chamativo. É preciso confiar no Judiciário, abstraindo-se as situações excepcionais, que maculam qualquer instituição. Os juízes são imparciais, como regra, e sabem, perfeitamente, distinguir entre uma prova lícita e outra ilícita. Aliás, é do seu interesse zelar para que todas as provas com as quais vai lidar na ocasião de formar o seu convencimento para proferir a sentença sejam idôneas e honestas. Esse é o panorama no qual acreditamos estar calcado o Judiciário brasileiro.²⁹³.

No mesmo sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Rafael Estrela Nóbrega, para quem o artigo 157, §5º do CPP viola os artigos 1º, 2º, 5º, XXXVII e 93, IX, da Constituição. Para os autores, o dispositivo seria igualmente desnecessário, pois caso o magistrado, mesmo afastando a prova ilícita, considere-a em seu convencimento, sem estar fundamentado nas demais provas, seria facilmente demonstrado, no exercício do duplo grau de jurisdição, a parcialidade de sua decisão²⁹⁴.

²⁹³ _____. *Obra citada*. p. 380-381.

²⁹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; NÓBREGA, Rafael Estrela. *A imunidade do juiz diante da prova ilícita: exame do art. 157, §5º do Código de Processo Penal Brasileiro*. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Ano 15. Vol. 22.

Com a devida vênia ao posicionamento dos autores supramencionados, é justamente a falibilidade dos julgamentos humanos que se busca coibir com a proposta legislativa.

Como explicitado na parte introdutória deste capítulo, as heurísticas e vieses ocorrem mediante o acionamento do Sistema 1, muitas vezes de modo involuntário e imperceptível, fazendo com que a alegada confiança na técnica e pura racionalidade do convencimento do magistrado seja fantasiosa. Ademais, muito embora o magistrado não possa, de direito, apoiar sua decisão em provas inexistentes nos autos, sabe-se bem que, na prática forense criminal, a pretensão acusatória pode amparar-se em mais de um indício ou elemento probatório, fazendo com que, apesar da exclusão física de um deles dos autos, algum outro, legitimamente obtido, permaneça, podendo o juiz utilizá-lo formalmente como móvel para sua conclusão condenatória, mesmo que substancialmente não tenha força para, isoladamente, lhe angariar o convencimento. Destarte, apesar de a motivação das decisões ser, de fato, instrumento de controle da legalidade do provimento, pois somente poderá abranger as provas lícitamente contidas nos autos, fato é que, retoricamente, é factível, embora juridicamente ilícito, construir uma decisão suportada pelo conhecimento de uma prova inadmissível, a partir de elementos formalmente legais.

Some-se a isto o fato surpreendente de que a determinação dos Ministros do STF aconteceu por intermédio de decisão monocrática proferida em medida cautelar, privando de eficácia, por tempo indeterminado, normas jurídicas aprovadas democraticamente pelo Congresso Nacional, no exercício legítimo de suas funções constitucionais, que representavam importantes avanços legislativos para o ordenamento jurídico processual penal brasileiro.

Veja-se que a liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal não trata apenas da privação do mecanismo de *debiasing* inserido no §5º, do art. 157 do CPP por intermédio da Lei Federal nº 13.964/2019.

Outro instituto suspenso indefinidamente é a própria figura do juiz de garantias, responsável pelo controle de legalidade dos atos persecutórios praticados no curso da investigação criminal.

A proibição temporária de instalação do juiz de garantias também representa um retrocesso na adoção de mecanismo de desviesamento em relação aos possíveis efeitos cognitivos provocados no magistrado que exerceu atuação no curso do inquérito. Com efeito, fosse uma prova ilicitamente obtida durante a investigação, competiria ao juiz de garantias declarar sua invalidade e, por consequência, promover seu desentranhamento. A medida seria útil e efetiva, pois impediria que o juiz responsável pela instrução processual e prolação da sentença pudesse ter contato com tais elementos indiciários e até mesmo provas cautelares ilegais colhidas na investigação.

Nesse sentido, destaca Vinícius Assumpção que caso houvesse a produção de prova inadmissível na primeira fase (do inquérito policial), competiria ao juiz de garantias declarar sua ilicitude e determinar sua retirada dos autos. Agindo dessa forma, problemas de contaminação do magistrado sentenciante seriam minimizados, pois o juiz de garantias exaure sua jurisdição com o juízo de admissibilidade da peça acusatória²⁹⁵.

De igual modo, sustentando a necessidade de adoção de uma etapa intermediária no processo penal, Marco Aurélio Nunes aponta que uma das virtudes da consagração do juiz de garantias é justamente permitir o juízo de admissibilidade da prova (legitimidade e licitude), antecipando-o para a fase intermediária, “medida que pretende evitar que o juiz do processo tenha contato com provas ilegais, evento que poderia prejudicar de forma irremediável a sua imparcialidade”²⁹⁶.

As justificativas suscitadas pelo Ministro Luiz Fux para suspender a vigência do juiz de garantias, regulamentado nos art. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, foram eminentemente de cunho prático. Segundo o Ministro, em síntese:

A evidência que emerge acima de qualquer dúvida razoável é a de que a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal

²⁹⁵ ASSUMPCÃO, Vinícius. *Pacote anticrime: comentários à Lei nº 13.964/2019*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 81.

²⁹⁶SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A Etapa Intermediária e o Juiz de Garantias no Processo Penal Brasileiro: um passo importante e insuficiente*. In: *Justiça do Direito*, vol. 33, n. 3, Setembro-Dezembro 2019, p. 196. Disponível em: seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/10515/114115167. Acesso em: 26/06/2021.

requer, em níveis poucas vezes visto na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos. [...].

A título de exemplo, imagine-se, por hipótese, que esses dispositivos questionados efetivamente entrem em vigor in totum, após a vacatio legis de 30 dias determinada pelo artigo 30 da Lei n. 13.964/2019. Considerando que as leis processuais têm vigência imediata em relação aos atos processuais futuros, um juiz titular de vara criminal estaria impedido de atuar na quase totalidade do acervo de ações penais em trâmite naquela unidade judiciária, na medida em que muito provavelmente teria atuado na fase investigativa anterior a essas ações penais, no exercício de atribuições elencadas no art. 3º-B, como de competência do juiz de garantias. Em cumprimento ao novo regramento, esse mesmo acervo seria então atribuído a um segundo juiz, que certamente já dispõe de acervo próprio atribuído e se encontra em atuação em unidade judiciária diversa, causando distúrbio também no exercício de suas funções. Multiplicando esse mesmo exemplo às milhares de varas criminais do país, propagar-se-ia uma desorganização dos serviços judiciários em efeito cascata de caráter exponencial, gerando risco de a operação da justiça criminal brasileira entrar em colapso. Essas questões práticas ganham outra dimensão quando se verificam realidades locais, relativamente à ausência de magistrados em diversas comarcas do país, o déficit de digitalização dos processos ou de conexão adequada de internet em vários Estados, as dificuldades de deslocamento de juízes e servidores entre comarcas que dispõem de apenas um único magistrado, entre outras inúmeras situações [...].

De qualquer modo, esses dados da vida real são essenciais para a análise da inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados, na medida em que conduzem a uma inescapável conclusão: a instituição do juiz de garantias altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em tal nível que demanda uma completa reorganização da justiça criminal do país. [...]. Por sua vez, em uma primeira análise, a inconstitucionalidade material dos dispositivos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal exsurge especialmente a partir de dois grupos de argumentos: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.²⁹⁷

Apesar de levantar tais argumentos, o Ministro Luiz Fux não embasa sua decisão em dados ou estudos científicos que apontem os impactos financeiros e judiciais concretos da implementação do juiz de garantias no Brasil.

Não se pretende adentrar nas razões de cunho prático que levaram o STF a suspender a criação do juiz de garantias, os quais, por certo, envolvem discussões sobre organização judiciária, orçamento público, contingente de servidores e outras temáticas

²⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305-DF. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso: 02/05/2021.

afetas à administração do Poder Judiciário, sobre as quais não se tem competência para analisar cientificamente.

Nesse sentido, conclui-se apenas que a suspensão do juiz de garantias é medida prejudicial ao indispensável controle de admissibilidade probatória na fase investigativa, transferindo o problema da contaminação do magistrado para a fase instrutória, agravando ainda mais o fenômeno que se quer combater.

Voltando ao supracitado §5º, do art. 157 do CPP, alguns autores arguem óbices jurídicos à adoção do mecanismo que ainda precisam ser redarguidos.

Cumprido, então, analisar criticamente o recém introduzido art. 157, §5º do Código de Processo Penal, a fim de examinar se as considerações doutrinárias e jurisprudenciais que o infirmam estão corretas e se apenas essa medida seria suficiente para atender ao objetivo proposto.

4.4. Análise crítica do art. 157, §5º, do Código de Processo Penal e sua necessária complementação com outros instrumentos de proteção da imparcialidade do julgador.

O preceito inserido no art. 157, §5º do Código de Processo Penal desperta, de fato, controvérsias e problemas de ordem jurídica, ainda que, neste trabalho, manifeste-se favoravelmente à criação da regra processual que estabelece o impedimento de atuação jurisdicional do magistrado conhecedor da prova ilícita.

No entanto, até mesmo aqueles que lhe são favoráveis parecem se confundir no momento de interpretarem o respectivo comando normativo.

Sustentando se tratar de norma que erige nova causa de impedimento do magistrado, Marcos Paulo Dutra Santos defende que se a declaração de ilicitude da prova foi proferida pelo próprio juiz singular, então esse magistrado não é impedido de julgar, pois não haveria, nessa situação, quadro de dissonância cognitiva, uma vez que o magistrado nada teria feito para ser declarado impedido e, conseqüentemente, afastado do processo.

Se foi o próprio juiz a quo quem reconheceu a ilicitude da prova, determinando o desentranhamento dos autos, descabe a incidência

do art. 157, § 5º do CPP. A ratio do impedimento é pro reo, evitando quadros de dissonância cognitiva que lhe sejam daninhos. Se o magistrado, em estrita observância ao art. 5º, LVI, da CRFB/88, glosa a prova, reputando-a ilícita, e determina a sua exclusão dos autos, nada fez para ser declarado impedido. A premissa deflagradora do impedimento versado no art. 157, § 5º do CPP não se faz presente. [...].

Seguindo essa ordem de ideias, **inexiste risco de afastamento do juiz natural, fazendo-o incorrer em impedimento, em virtude da utilização deliberada de prova ilícita pela parte. Ao reconhecê-la e extirpá-la dos autos, estará o magistrado desempenhando, regularmente, o seu múnus, sem dar azo a impedimento.** [...].

Enquanto regra de **impedimento**, repita-se, o § 5º do art. 157 do CPP desafia interpretação **restritiva**, logo, **compreende o juiz a quo que determinou a produção da prova ilícita ou que recusou a alegação de ilicitude**, comportamentos que, **para além da validação da prova, sinalizam adesão ao seu conteúdo e consequente inclinação condenatória**. A exclusão da prova dar-se-á, evidentemente, a seu contragosto, configurando, a partir desses elementos concretos, **provável dissonância cognitiva merecedora de neutralização**, implementada com o seu **afastamento** (grifos no original) (grifos no original).²⁹⁸

Outro ponto de relevante questionamento diz respeito às situações em que a declaração de ilicitude probatória for reconhecida por ocasião de julgamento em Plenário dos Tribunais Superiores, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, onde não haveria possibilidade de substituição dos julgadores.

Atestando a impossibilidade de aplicação da regra jurídica nesses casos, Guilherme Madeira Dezem declara que o artigo 157, §5º do Código de Processo Penal “somente não terá incidência em uma situação: quando o feito for julgado pelo Plenário do STF, do STJ ou pelos órgãos especiais dos respectivos tribunais. Nessa hipótese, não haverá como se convocar novos julgadores para proferir o novo julgamento”²⁹⁹.

A análise mais profunda sobre a norma leva à conclusão de que, a despeito dos argumentos já refutados, seu texto suscita algumas incompreensões que são, de fato, pertinentes em maior ou menor medida.

²⁹⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 338-340.

²⁹⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Comentários ao pacote anticrime, Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 117.

Com intuito de contribuir para o debate jurídico e aperfeiçoamento da redação do dispositivo legal contido no art. 157, §5º, do Código de Processo Penal, são apresentadas, abaixo, algumas reflexões e propostas de melhorias para a aplicação da norma. Este é o princípio do caráter propositivo da presente tese.

O objetivo, aqui, não é de desmobilizar o valor ínsito à norma jurídica em comento. Reafirme-se que juiz que conhece de prova ilícita incriminatória deve ser afastado da atividade judicante, naquele processo. Porém, para sanar os problemas hermenêuticos em sua aplicação, a despeito da norma se encontrar com eficácia suspensa até segunda ordem, faz-se necessário abordar as contingências jurídicas potencialmente geradas caso, algum dia, a vigência do dispositivo venha a ser restaurada.

Os itens foram pontuados para facilitar a compreensão. São eles:

1) O art. 157, §5º, do CPP determina que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”. Tomada em sentido estrito, a proibição tecnicamente se resume à prolação do veredicto, resguardando-se, em tese, a atuação na fase instrutória e outros atos judiciais do magistrado contaminado. O correto seria estabelecer o imediato afastamento do magistrado, anulando-se também os atos judiciais e as provas derivadas da prova ilícita, em analogia ao que preveem os artigos 157, §1º e art. 573, §1º, ambos do Código de Processo Penal.

2) Caso esse “conhecimento” da ilicitude probatória advenha do próprio juiz que declarou sua inadmissibilidade e consequente desentranhamento, ainda assim haverá impedimento e necessidade de seu afastamento, ou seria correto entender que, neste caso, o magistrado atendeu às expectativas de sua função jurisdicional, não havendo motivo para se afastá-lo do caso, na esteira do que defende parcela da doutrina? O certo, obviamente, é afastar o magistrado independente de ter partido dele ou de uma instância superior o reconhecimento da ilicitude probatória, por todos os motivos já expostos.

3) Apesar de a lei impedir apenas a prolação do veredicto pelo juiz “contaminado”, ao mencionar, em seu texto, que ele não poderá proferir “sentença ou acórdão”, o que acontecerá se a prova ilegal for colhida no curso do inquérito, sob a jurisdição do juiz de garantias? Deverá esse magistrado ser também substituído por outro julgador, por estar igualmente contaminado e, portanto, sujeito aos vieses heurísticos acima declinados? Teoricamente sim, destacando-se que, nesse ponto, apesar

de não sentenciar o caso, o juiz de garantias ficará responsável por uma série de decisões igualmente relevantes, como a autorização de produção de provas cautelares e o recebimento da denúncia. Desse modo, sua cognição parcial e heurísticamente enviesada poderá interferir em uma série de atos procedimentais viciados, porém relevantes para a apuração criminal. No entanto, como forma de evitar esse problema, o magistrado poderia realizar o saneamento das ilicitudes, examinando-as de uma só vez, ao final das investigações, ao decidir sobre o recebimento ou rejeição da peça acusatória. Desta maneira, estaria exercendo o controle jurisdicional de admissão, no processo, dos elementos indiciários que tecnicamente sequer podem ser chamados de prova. Ademais, a Constituição não exige um filtro prévio de admissibilidade dos elementos colhidos no inquérito, vedando, contudo, sua admissão na fase processual.

4) Considerando que as provas ilícitas pró-réu são admitidas pela doutrina e jurisprudência, haveria alteração da autoridade judicial quando ela tiver contato com meios de prova desta natureza? Ou, de outro lado, as provas ilícitas que tornariam o magistrado impossibilitado de julgar o caso seriam apenas as incriminatórias? A lei é omissa nesse aspecto, mas a opinião defendida nesse caso é de que somente as provas ilícitas produzidas contra o réu suscitam a necessidade de substituição do magistrado, eis que a finalidade da norma do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, bem como do art. 157, §5º, do CPP é proteger o acusado em face do magistrado objetivamente parcial. Além disso, tecnicamente, não se pode reputar “inadmissível” a prova colhida em favor do réu, ainda que tenham ocorrido violações ao ordenamento jurídico, pelos argumentos citados.

5) No caso de uma prova ilícita ser obtida em favor do réu, mas puder incriminar outra pessoa, o magistrado que teve contato com ela ficaria impedido de atuar no caso envolvendo o outro suspeito? Entende-se que sim. Mesmo a lei não prevendo essa possibilidade, como a prova é, de um lado, absolutória do réu e, de outro, incriminatória de um terceiro, este não poderá ser julgado pelo magistrado do primeiro processo, conhecedor da prova ilícita.

6) Outro relevante questionamento diz respeito ao conteúdo da prova com que o magistrado não pode ter acesso. A lei não esclarece que tipos de prova poderiam gerar o efeito do impedimento automático. Seriam somente aquelas que estiverem, de algum modo, relacionadas ao mérito da causa, ou o simples acesso a todo e qualquer material probatório ilícito, independentemente de seu conteúdo, acarretaria a substituição do julgador? A título de exemplo, se a polícia ou Ministério Público obtém acesso não

autorizado a conversas particulares do investigado que, embora não tenham envolvimento com o crime, atentem contra sua reputação, conduta social ou personalidade, como ficaria a aplicação da norma do §5º do art. 157 do CPP? Outro exemplo: a acusação obtém indevidamente provas da condição econômica do réu (extratos bancários, declarações tributárias) que, embora não representem indícios da materialidade ou autoria delitivas, fornecem indícios da capacidade financeira do suspeito para suportar eventuais efeitos da condenação ou da pena pecuniária, bem como servem de valoração das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena. Nesse caso, o elemento probatório auferido ilicitamente teria o condão de afastar o juiz do caso? A princípio sim, pois o dispositivo não faz distinção da natureza ou conteúdo da prova, mas pode-se cogitar que essa solução dificilmente seria acolhida pela jurisprudência, considerando o estágio atual de tratamento das nulidades processuais e a confusão no tratamento das provas ilícitas.

7) Considerando estritamente os efeitos jurídicos, como ficariam os processos criminais que tramitam em primeira instância nas comarcas de vara única, que contam com apenas um magistrado, caso ele tivesse acesso à prova ilícita? Como em todos os casos, o processo deveria ser encaminhado ao seu substituto legal, mas se não há outro magistrado atuando naquela comarca, o exercício da jurisdição ficará comprometido até que o Poder Judiciário solucione o problema da ausência de servidores.

8) Como compatibilizar a norma do art. 157, §5º do CPP quando a declaração de ilicitude probatória ocorrer por ocasião de um julgamento realizado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, contando com a participação de todos os Ministros? Não há como, tecnicamente, superar o problema da contaminação nesses casos pela aplicação da norma.

9) O que aconteceria com as prisões e medidas cautelares decretadas em processos judiciais nos quais o magistrado, posteriormente, tivesse contato com prova ilícita, tornando-se impedido? Tornar-se-iam nulas? Ou isso ocorreria somente se a prova ilícita tivesse sido utilizada como fundamento de decretação da cautelar? Entende-se que se ao tempo da decretação da medida cautelar o juízo era competente, não havendo qualquer impedimento, não se justifica revogá-la ou anulá-la, a menos que a medida cautelar seja decretada com base em prova que posteriormente venha a ser declarada inadmissível.

10) Por fim, atenderia à máxima efetividade da garantia constitucional de vedação de admissibilidade das provas ilícitas, que o magistrado contaminado fosse simplesmente afastado com consequente desentranhamento dessas provas dos autos do

processo, a teor do que determina o art. 157 do Código de Processo Penal? Ou será que, de outro lado, não deveriam ser buscadas alternativas complementares para que essa prova, ilícita, sequer possa ser introduzida no processo, evitando assim a contaminação da consciência do magistrado, para que eventualmente não chegue a ser necessária sua substituição no processo por outro juiz?

5 A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA COMO UMA REGRA QUE OBJETIVA IMPEDIR SUA INTRODUÇÃO NO PROCESSO.

Antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 11.690/2008 - que alterou a redação do art. 157 do CPP, para nele incluir a previsão do desentranhamento da prova declarada ilícita - a doutrina se debatia sobre as consequências da admissão da prova ilegal no processo. Com isso, questionava-se o instrumento jurídico-processual adequado para concretizar a garantia constitucional do art. 5º, inciso LVI, da Constituição, quando essa prova já estivesse inserida nos autos do processo.

Luiz Francisco Torquato Avolio atestava, naquela época, que “a Constituição brasileira não define qual a consequência decorrente da introdução da prova vedada no processo”³⁰⁰. Destacando a existência de diferentes momentos ou etapas da atividade probatória, Ada Pellegrini Grinover, interpretando a Constituição Federal, dizia que ela se preocupava com o momento da admissibilidade da prova, visando claramente impedir que essa prova pudesse ser introduzida e valorada nos autos do processo³⁰¹.

Ao discorrer sobre a norma do art. 5º, inciso LVI, da Constituição, Luiz Flávio Gomes ensinava com que “o escopo maior (e mais enfático) da regra da inadmissibilidade da prova ilícita consiste, como se vê, em impedir não só o ingresso jurídico da prova no processo, senão sobretudo sua própria introdução material ou física nos autos”³⁰². Segundo o doutrinador, o impedimento à juntada da prova ilícita no processo tem por objetivo diversas funções, sendo a mais relevante delas, justamente, evitar interferências no convencimento do magistrado:

Múltiplas são as finalidades da regra da exclusão da prova: a) evitar buscas e apreensões desarrazoadas, b) os Tribunais não podem tornar-se cúmplices de uma deliberada infringência da Constituição, ainda mais quando emana de quem jurou sua defesa (por exemplo: parlamentares), c) o povo tem que ter certeza de que a Justiça não obtém vantagem de uma atividade ilícita etc. (cf. Ricardo Cintra Torres de Carvalho, "A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana", em Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, n. 12, out.-dez. 1995, p. 169 et seq.). **Mas de todas as possíveis finalidades da regra da**

³⁰⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 79.

³⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O sistema de nulidades processuais e a Constituição*, In: Livro de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 168.

³⁰² GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. In: Revista dos Tribunais, v. 809, Mar-2003, p. 477.

exclusão (dos autos) da prova ilícita, entretanto, uma é de substancial relevância: evitar influências indesejáveis sobre o convencimento do julgador (cf. Guido Galli, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 24, apud A. M. Gomes Filho, *Direito à prova*, cit., p. 95, nota 13). **Poder-se-ia argumentar que o juiz, no momento da sentença, pode perfeitamente não considerar as provas ilícitas contidas nos autos do processo. Mas qual é a garantia que o cidadão (e principalmente o possível prejudicado por elas) tem de que o contrário não possa ocorrer? [...]. Dir-se-ia que a garantia reside na motivação da sentença. Bastaria ler a sentença e descobrir se o juiz faz (ou não) referência a tais provas espúrias. Mas tudo isso não é tão simples assim, porque uma coisa é a motivação-documento ou motivação-produto (uma coisa é o que o juiz documenta ou escreve na sentença), e outra bem distinta é a motivação-atividade (outra coisa é o que efetivamente leva o juiz a concluir pela culpabilidade ou inocência do acusado) [...].** (sem grifos no original)³⁰³

A consequência jurídica cominada no texto constitucional para as provas ilícitas, não é o mero desentranhamento, mas sim a inadmissibilidade. Quem diz que as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo é a legislação infraconstitucional. E o faz com razão: uma vez inseridas nos autos, não há outra possibilidade senão determinar a exclusão física da prova, privando-a de efeitos à exemplo do que ocorre com o ato nulo. Nesse contexto, “desentranhar” a prova é sinônimo de “anulá-la”. Talvez por isso a confusão epistemológica no tratamento da prova ilícita condicionado pelas bases da teoria das invalidades processuais, já discutido anteriormente.

O Constituinte Originário, entretanto, preocupou-se com o filtro processual de admissibilidade probatória, anteriormente à sua inserção nos autos do processo. Quer a Constituição que a prova ilicitamente colhida sequer seja “admitida”. A expressão “inadmissíveis” encampada no art. 5º, inciso LVI da Constituição é a qualidade do objeto (no caso, as provas) que provém do verbo “inadmitir”, que significa não permitir, não autorizar. O complemento está na redação do próprio dispositivo, o qual estabelece que “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”, definindo que tais provas não poderão, sequer, serem introduzidas e, tampouco, permanecerem no processo, impedindo, por conseguinte, sua valoração. Somente as provas lícitas podem ser valoradas. Destarte, não há espaço para o entendimento de que tais provas devam

³⁰³ GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 809, Mar-2003, p. 479-480.

permanecer incólumes no processo, aguardando sua apreciação no momento de proferir a sentença.

Se as provas ilícitas não podem ser admitidas, a interpretação lógica e sistemática do texto constitucional resulta na assunção de que o juízo de inadmissibilidade probatória deve ser feito previamente à sua introdução no processo.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1988 estabeleceu a inadmissibilidade das provas ilícitas como uma medida preventiva, um mecanismo necessário para se evitar a própria inserção da prova ilegal no processo, o que difere da declaração de nulidade dessa prova.

A máxima efetividade da norma constitucional do art. 5º, inciso LVI, da Constituição, está em conceber a expressão “inadmissíveis” com sentido jurídico que transcende a mera imprestabilidade ou proibição de utilização das provas ilícitas no processo: está em vedar a entrada da prova ilegal nos autos e, caso por um equívoco isso ocorra, determinar o seu desentranhamento, na esteira do que dispõe o Código de Processo Penal. Inadmissibilidade e nulidade não são expressões sinônimas.

Destacando a diferença entre os conceitos jurídicos, Antônio de Magalhães Gomes Filho sustenta que a nulidade é pronunciada em um juízo realizado posteriormente à consumação do ato processual, pelo qual se declara sua invalidade e ineficácia; por outro lado, a inadmissibilidade “decorre de uma apreciação feita antecipadamente, impedindo que irregularidade se consuma”³⁰⁴.

A afirmação do processualista da Universidade São Paulo espelha-se na assertiva conclusão do professor argentino Julio B. Maier, para quem: “a inadmissibilidade tenta evitar o ingresso (jurídico) ao processo do ato processual irregular, enquanto a nulidade tenta expulsar o ato irregular já incorporado ao procedimento”³⁰⁵.

³⁰⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

³⁰⁵ No original: “*la inadmissibilidad intenta evitar el ingreso (jurídico) ao proceso de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento*”. MAIER, Julio B. J. *Función normativa de la nulidad*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, p. 141.

A Constituição Portuguesa de 1976, ao tratar das garantias processuais penais, infligiu a consequência de “nulidade” às provas ilícitas ao estabelecer que:

Art. 32. Garantias do processo criminal:

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.³⁰⁶

No ordenamento jurídico português, portanto, o efeito jurídico da ilicitude probatória é a decretação de sua nulidade. No ordenamento jurídico brasileiro, como visto, o vocábulo utilizado, não por acaso, foi outro: “inadmissibilidade”.

Comparando as Constituições portuguesa e brasileira, Luiz Flávio Gomes destaca que se tratam de dois modelos distintos: “no sistema da nulidade a prova ingressa no processo e o juiz declara sua nulidade; no sistema da inadmissibilidade a prova não pode ingressar no processo (e se ingressar tem que ser desentranhada)”³⁰⁷.

No ordenamento jurídico italiano, o art. 191 do Código de Processo Penal emprega a expressão “*inutilizzabilità*”, proclamando, como regra geral, a impossibilidade de utilização das provas adquiridas mediante violação aos dispositivos processuais.

Elucidando o significado do preceito normativo, Paolo Tonini aponta, em resumo, que “a inutilizabilidade [sic] é um tipo de invalidade que tem a característica de não atingir o ato em si, mas o seu ‘valor probatório’ [...] que o impede de produzir o seu efeito principal, qual seja servir de fundamento para a decisão do juiz”³⁰⁸. Ademais, destaca que no processo penal italiano somente as provas ilegítimas são inutilizáveis, ou seja, apenas aquelas auferidas com infringência às normas processuais que estabelecem proibições probatórias³⁰⁹.

³⁰⁶ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 30/05/2022.

³⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais*. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>. Acesso em: 30/05/2022.

³⁰⁸ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76-77.

³⁰⁹ _____. *Obra citada*.

Trata-se, dessa forma, de outro sistema diferente do modelo brasileiro, que não se baseia em qualquer distinção entre provas ilícitas ou ilegítimas para cominar a imprestabilidade do elemento de convicção judicial.

Em estudo dedicado à verificação dos regimes de ilicitude probatória no direito comparado, Teresa Armenta Deu conclui que há países em que as vedações probatórias estão prescritas na Constituição, outros em que a previsão decorre da legislação ordinária e, ainda, aqueles Estados nos quais a lei é silente³¹⁰. No primeiro grupo estão os casos de Portugal (art. 32), Brasil (art. 5º), Colômbia (art. 29) e do México (art. 20) que, embora com regimes jurídicos diferentes, impõem o rechaço das provas obtidas com violações ao devido processo legal e aos direitos fundamentais. No Chile e na Espanha, leis infraconstitucionais disciplinam a matéria. Na França e na Argentina, inexitem regras genéricas de exclusão probatória, motivo pelo qual as ilicitudes são concretamente apreciadas no campo das nulidades processuais³¹¹.

Outro ordenamento jurídico marcante no tratamento da matéria é o norte-americano. Com efeito, desde os séculos passados a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos parecia caminhar no sentido de erigir, sob o prisma constitucional, uma regra de exclusão de provas ilícitas (*exclusionary rule*). No entanto, em trabalho recente, Manuel Miranda Estrampes, estudando precedentes recentes do Tribunal, concluiu que “na atualidade a doutrina da *exclusionary rule* se encontra em estado de agonia [pois] as numerosas exceções reconhecidas fizeram que a regra de exclusão acabasse convertendo-se em uma verdadeira exceção, cujo espaço de aplicação resulta cada vez mais limitado”, fazendo com que sua história se transformasse no que chamou de “crônica de uma morte anunciada”³¹².

O autor cita precedentes demonstrando que a Suprema Corte, além de determinar que a regra da exclusão probatória não opera em determinados tipos de procedimento (justiça infracional juvenil, procedimentos perante o grande júri para determinar a existência de justa causa da ação penal, procedimentos federais de habeas corpus, etc). Ademais, advêm da própria Corte, os julgados que atenuam a doutrina dos frutos da

³¹⁰ DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

³¹¹ _____. *Obra citada*.

³¹² ESTRAMPES, Manuel Miranda. *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense: crónica de una muerte anunciada*. Pref. Jordi Nieva Fenoll. Madri: Marcial Pons, 2019, p. 14.

árvore envenenada, tais como a teoria da fonte independente, descoberta inevitável, nexos causal atenuado, erro inócuo, exceção da boa-fé e, agora, a “*knock-and-announce rule*”.

Com efeito, o maior risco da virada no entendimento da Corte Suprema dos Estados Unidos é a projeção de seus efeitos para outros países que, durante décadas, se inspiraram em seus precedentes para edificar a garantia da proibição do uso de provas ilícitas contra suspeitos em investigações e processos criminais, como, aliás, ocorreu com as fontes materiais e formais do direito processual penal brasileiro.

O filtro de inadmissibilidade probatória não pode ficar condicionado pelas bases inquisitórias da teoria das nulidades processuais, pretextos atrelados ao emprego da teoria da proporcionalidade, e, tampouco, ser restringido à regra que prevê a exclusão do magistrado “contaminado”.

A máxima efetividade da garantia fundamental positivada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República exige, para sua concretização, a edificação de mecanismos que impeçam o próprio ingresso da prova ilícita no processo. O controle deve ser anterior e não posterior à juntada do elemento probatório.

Nesse contexto, a proposta de erigir barreiras à inserção de elementos probatórios obtidos com infringência ao ordenamento jurídico constitui o principal método capaz de conferir real concretude ao direito humano e fundamental ínsito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, é preciso promover uma (re)compreensão dos momentos ou etapas da prova.

De acordo com a doutrina de Gustavo Henrique Badaró³¹³, são cinco os momentos de prova:

1. A investigação: é o direito à busca de fontes de prova, conferido à acusação e à defesa.
2. Propositura: é o ato de postular a produção de provas que constitui direito das partes.

³¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 396-397.

3. Admissão: é entendido como o deferimento ou autorização para produção da prova.
4. Produção: é o ato ou efeito de colher os meios de prova.
5. Valoração: é a análise da prova realizada pelo magistrado.

Discordando apenas da existência da fase da investigação, Aury Lopes Jr., afirma serem quatro os momentos de prova: inicia-se com a postulação ou requerimento, passa pelo crivo de admissão ou rejeição pelo juiz, prossegue com a efetiva colheita ou produção e, por fim, encerra com a valoração da prova, empreendida na sentença³¹⁴.

Veja-se que, pela classificação proposta pelos eminentes processualistas, a produção da prova, ou seja, sua colheita, ocorrerá depois da etapa de sua “admissão”.

Curiosamente, apesar de concordarem com a ideia de que as provas ilícitas devem ser impedidas de ingressar no processo³¹⁵, ao tratarem da fase da admissão, os autores não explicam como isso seria possível na classificação propugnada. De que maneira seria possível inadmitir uma prova ilícita se a produção dela ocorrerá em momento posterior?

Veja-se que Aury Lopes Jr sustenta em outra obra que:

Sendo prova ilícita, não deve ser admitida (esbarra no filtro de admissibilidade que é o segundo momento da prova), mas se já estiver incorporada ao processo (quando a quebra é detectada posteriormente ao ingresso, por exemplo, ou se produz no curso do próprio processo), deve ser declarada ilícita, desentranhada e proibida a valoração probatória.³¹⁶

Com efeito, como inadmitir uma prova supostamente ilícita se o seu conteúdo ou forma de obtenção ainda nem se conhece? A inadmissibilidade a que se refere o célebre professor só pode dizer respeito às hipóteses em que o juiz verifica, de antemão, a ausência de requisitos para produção de um determinado meio de prova.

³¹⁴ JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 175.

³¹⁵ Badaró sustenta que “a inadmissibilidade é uma sanção processual que visa impedir que provas viciadas ingressem no processo e possam influenciar, de alguma forma, o convencimento judicial. Diferentemente da nulidade, que opera *ex post factum*, a inadmissibilidade é uma sanção que se aplica *ex ante*, nos casos em que a lei expressa e previamente veda determinada prova”. Obra citada, p. 397.

³¹⁶ JUNIOR, Aury Lopes; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. *Pacote anticrime: um ano depois. Análise da (in)eficácia das principais medidas penais e processuais penais implantadas pela Lei n. 13.964/2019*. São Paulo: Expressa, 2021, p. 35.

No entanto, a Constituição diz serem inadmissíveis as provas “obtidas por meios ilícitos”, fazendo expressa referência àquelas que também já foram “obtidas”, isto é, produzidas ou colhidas.

Está claro que o denominado momento de “admissão” da prova precisa ser remodelado para atender ao imperativo constitucional.

Não se pode confundir a admissão que constitui autorização judicial para colheita da prova (ex: interceptação telefônica, busca e apreensão, etc), com o verdadeiro juízo de admissibilidade probatória esperado pelo Constituinte Originário, que envolve a verificação dos requisitos de legalidade e conformidade do modo de obtenção. Com isso não se quer antecipar a valoração da prova, etapa a ser executada na prolação do provimento final. Valorar é imiscuir-se na análise do mérito da prova, tomada enquanto elemento de convicção para decidir o caso, julgando a hipótese e a pretensão acusatória deduzida em juízo. Não é isso que se espera na fase de admissão.

O significado atribuído pela doutrina clássica ao momento de admissão da prova confere ao juiz o poder de, exclusivamente, analisar a presença dos elementos necessários para autorização ou negativa de colheita do meio de prova. Na realidade, não é propriamente uma admissão da prova, mas sim uma permissão para a realização da diligência tendente a obtê-la.

Se a colheita da prova se dá em momento posterior ao de sua “admissão”, obviamente escapa a esse dito “juízo de admissibilidade da prova” a avaliação da legalidade de sua obtenção.

Por estes motivos, é que se propõe, como ponto de partida de operacionalizar a tese aqui proposta, uma resignificação do conceito de admissão da prova, fazendo com que essa etapa possa abranger, inclusive, a verificação da regularidade processual da colheita do elemento de convicção, o que só é possível de ser feito após a execução da diligência para sua produção.

Não obstante, mesmo com a adoção da sugestão, o problema da contaminação do magistrado no contato com as provas ilícitas remanesceria, pois ainda que fosse alterado o momento e a extensão da fase de admissão, o juiz continuaria responsável por fazer a validação da prova.

No entanto, caso a prova ilícita viesse a ser produzida na fase de inquérito, a existência do juiz de garantias poderia contribuir para o controle de legalidade da prova, edificando uma barreira à sua introdução nos autos de um futuro processo, eliminando ou mitigando os inconvenientes da contaminação cognitiva do magistrado sentenciante. Por isso, defende-se que o Supremo Tribunal Federal restabeleça a eficácia das normas que o instituíram. Nesse aspecto, a tese converge para reforçar a necessidade de implementação do juiz de garantias como método de desviesamento e proteção da imparcialidade do julgador no processo criminal.

A limitação maior recairia sobre a fase instrutória, presidida pelo próprio juiz sentenciante. Se o elemento probatório for exógeno, ou seja, tiver de ser colhido em diligência a ser realizada fora dos autos, como perícias, buscas e apreensões, quebras de sigilo de dados, interceptações telefônicas ou telemáticas, ainda seria possível que o magistrado, antes de visualizar o conteúdo da prova (laudos, documentos ou relatório da diligência), oportunizasse o contraditório às partes, por escrito ou, na própria audiência oral, para que pudessem impugná-la e, subsequentemente, resolver a questão de sua ilicitude formal. Para isso, seria necessário que fosse realizado um pedido de entranhamento da prova e ela viesse desacompanhada do resultado de sua materialização. Assim, se a objeção recaísse sobre a forma de colheita da prova, o juiz poderia apreciar o requerimento de (in)admissibilidade sem necessariamente ter acesso ao seu conteúdo integral. Outra opção seria o magistrado ter a consciência e prudência de não examinar o conteúdo da prova antes de analisar a regularidade formal de sua produção, caso haja impugnação das partes.

Caso, por outro lado, o impasse depender, para sua resolução, do exame do próprio material probatório, entraria em cena o art. 157, §5º, do Código de Processo Penal, determinando o afastamento do magistrado nas situações em que ele conhecesse do conteúdo da prova ilícita.

Outra hipótese aventada poderia ser a ampliação da competência do juiz de garantias para além das diligências probatórias realizadas no curso da investigação. Dessa forma, o juiz de garantias exerceria seu papel de garantidor também na autorização e colheita dos elementos probatórios exógenos (a serem produzidos fora dos autos) na fase de instrução.

Para as provas produzidas na própria audiência (endógenas), há duas opções: aplicar o afastamento do juiz eventualmente “contaminado” ou afastar o próprio julgador da instrução probatória.

Há quem defenda a submissão, a outro magistrado, da tarefa de colheita de todas as provas para que, na eventualidade de uma obtenção ilícita de meio de prova, pudesse expurgá-la dos autos sem comprometer a cognição do responsável por decidir o caso penal. Assim, haveria magistrado com tarefa exclusivamente de sentenciar o processo. Evidentemente isso implicaria revogar o princípio da identidade física do juiz. Essa medida inusitada é defendida expressamente por Eduardo José da Fonseca Costa em sua tese. Ao sustentar o modelo “normativo algorítmico de reengenharia precaucional anti-enviesante”, o pesquisador aponta que

Grosso modo, sob o ponto de vista pragmático-indexical não dogmático, o modelo traz exemplificativamente as seguintes prescrições:

- i) o juiz da instrução deve ser impedido de sentenciar;
- ii) as regras que concretizam o princípio da identidade física devem ser revogadas;
- iii) o juiz que teve contato com a prova ilícita deve ser impedido de prosseguir no feito; [...] ³¹⁷:

Todavia, a adoção de técnicas de desenviesamento recomendadas pela literatura especializada da psicologia cognitiva devem ser incorporadas ao processo penal quando estiverem em conformidade com os postulados teórico-dogmáticos do Direito e os princípios e garantias fundamentais do processo penal na Constituição da República.

Com isso evita-se que algumas das medidas propostas, a despeito de possuírem méritos e serem adequadas para outras áreas como a própria psicologia, economia ou administração, possam revestir-se em mandamentos para os operadores do direito mesmo quando os parâmetros normativos do ordenamento não lhe sejam compatíveis.

³¹⁷COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2016, p. 141.

Nesse sentido, a aplicação do disposto no art. 157, §5º do Código de Processo Penal parece ser a melhor solução para os casos nos quais a prova foi ilicitamente colhida, na fase de instrução, sob a presidência do magistrado que irá proferir a sentença.

O objetivo desta pesquisa era demonstrar a necessidade de aprimoramento do juízo de inadmissibilidade das provas ilícitas no direito processual penal brasileiro.

A proposta é encerrada com a consciência de que nem todas as dúvidas foram respondidas. A operacionalização e o desenvolvimento dos mecanismos jurídico-processuais mais adequados ao exercício do controle de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos são desafios para outra investigação científica.

6 CONCLUSÕES

As conclusões serão apresentadas procurando enfatizar as contribuições inéditas do trabalho. Com intuito de destacá-las, optou-se por listá-las na sequência numérica abaixo:

1. A pesquisa histórica revelou que, anteriormente à Constituição brasileira de 1988, o tratamento da prova ilícita era, de modo geral, edificado sob vedações casuísticas à obtenção de determinados meios de prova e, ainda, condicionado pelas bases estruturantes da teoria das nulidades processuais. Isso ocorria porque não existia, nas legislações constitucionais pretéritas, normas que impusessem vedação genérica às provas obtidas por meios ilícitos. Essa construção teórica, todavia, contribuiu essencialmente para a consolidação de uma cultura inquisitorial que aplica, às provas ilícitas, os mesmos princípios reitores das nulidades: busca da verdade real, instrumentalidade das formas, comprovação do prejuízo, possibilidade de convalidação ou saneamento, ausência de contaminação, dentre outros pretextos utilizados para a invocação da teoria da proporcionalidade, conforme ilustrado na pesquisa jurisprudencial empreendida no capítulo 3.
2. Essa lacuna do ordenamento jurídico interno começou a ser preenchida pela legislação infraconstitucional, com o advento do Código de Processo Penal de 1969 e o Código de Processo Civil de 1973, os quais estabeleceram restrições probatórias genéricas calcadas em parâmetros valorativos (moralidade, saúde, segurança, hierarquia).
3. Com o advento da Constituição de 1988 foi positivado, no art. 5º, inciso LVI, o preceito que impõe vedação processual absoluta às provas obtidas por meios ilícitos, à exceção daquelas que possam favorecer o investigado/acusado. Nesse sentido, o legislador constituinte consagrou, no Brasil, a corrente da inadmissibilidade geral das provas ilícitas. Essa conclusão foi possível graças ao estudo do processo legislativo ocorrido no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, ocasião em que, após extensas discussões, projetos de reforma, tentativas de supressão e propostas de emendas ao texto, acabou prevalecendo, democraticamente, a teoria mencionada.
4. Até mesmo juristas opositores ao regime jurídico recém concebido reconheceram a encampação, na Constituição Federal de 1988, da teoria da inadmissibilidade geral das provas ilícitas. Contudo, desde o início da vigência da nova ordem constitucional, verificou-se a ascensão de um movimento ideológico tendente a flexibilizar o rigor

normativo do dispositivo legal do art. 5º, inciso LVI, da Constituição, sob o argumento da necessidade de ponderação de valores e princípios, com amparo na chamada teoria da proporcionalidade.

5. No plano do direito internacional público, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas integra o espectro de proteção jurídica aos acusados em processos criminais que envolve, basicamente, três garantias mínimas: o devido processo legal, a tutela da intimidade/privacidade e a preservação do estado de inocência (todos previstos em Convenções e Tratados Internacionais). Destarte, a natureza jurídica da norma positivada no art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 é de direito humano.

6. A fim de identificar os acertos e desacertos de cada sistema disciplinador das provas ilícitas e verificar sua conformidade constitucional, foram estudadas as teorias da admissibilidade, inadmissibilidade e proporcionalidade, com suas respectivas fundamentações que aqui não serão reproduzidas para não se alongar demasiadamente a conclusão do trabalho.

7. Especificamente em relação à teoria da proporcionalidade, foi empreendida pesquisa jurisprudencial com intuito de averiguar as diferentes motivações para sua adoção prática e conseqüente flexibilização do princípio constitucional. Conforme demonstrado em tópicos acima (3.3.1 e 3.3.2), Tribunais Superiores e locais arvoram-se em pretextos como busca da verdade real, prevalência do interesse público, preponderância dos direitos da vítima, livre convencimento motivado, ausência de contaminação de atos processuais e de interferência no julgamento, inexistência de comprovação do prejuízo, dentre outros, para admitirem provas ilícitas no processo penal. A invocação da teoria da proporcionalidade como técnica de ponderação de provas ilícitas lastreia-se em irreal dicotomia entre indivíduo x sociedade, como se a preservação dos direitos humanos não fosse do interesse da coletividade, ou, pior, lhe fosse prejudicial. A garantia que proíbe o uso de provas ilícitas contra uma pessoa protege não apenas os infratores, mas também os inocentes. Consentir com sua relativização é concordar com seu efeito inexorável que é a injustiça da condenação de inocentes e a perseguição ilegítima dos ditos “culpados”, motivo pelo qual sua utilização é inconstitucional e ainda, descabida do ponto de vista teórico-doutrinário, pelos motivos elencados na subseção (3.3).

8. Assentada a premissa da teoria da inadmissibilidade irrestrita, passou-se a analisar qual seria o modelo mais acertado para sua implementação, a fim de atender à exigência do texto constitucional.

9. Para tanto partiu-se da premissa de quais seriam as eventuais consequências do modelo regulatório vigente no processo penal, pelo qual a prova produzida é juntada aos autos do processo antes de passar pelo crivo de legalidade de sua obtenção. Assim, na sistemática atual, a prova ilícita acaba sendo incorporada aos autos do processo para, só depois, ser examinada e, eventualmente, impugnada e desentranhada.
10. Pesquisas de psicologia comportamental e cognitiva denunciam os processos heurísticos e vieses potencialmente nocivos à cognição do julgador, decorrentes desta sistemática complacente com a admissão da prova ilícita no processo. Como consequência, ocorre a quebra da imparcialidade objetiva do juízo.
11. Ainda que se restabeleça a eficácia do sistema do juiz de garantias e a regra de exclusão do magistrado contaminado, promulgadas por recentes alterações normativas no Código de Processo Penal decorrentes da Lei Federal nº 13.964/2019, diversos questionamentos à sua implementação tornam imprescindível a necessidade de se repensar o modo pelo qual é realizado o juízo de inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal.
12. A ideia de afastar do processo decisório o magistrado “contaminado” pelo conhecimento da ilicitude do elemento probatório, embora possa ser aceita como medida jurídica importante para preservação da imparcialidade do julgador, representa uma alternativa corretiva e não impeditiva do fenômeno que se quer combater.
13. Antes de trocar o magistrado é necessário construir mecanismos de preservação de sua imparcialidade, impedindo, na origem, seu contato com a prova ilícita.
14. A proposta de tese, portanto, insere-se nessa lacuna e apresenta-se como sugestão para a construção de mecanismos que impliquem em autênticos obstáculos ao ingresso da prova obtida ilicitamente nos autos, evitando, assim, a própria contaminação do juiz natural do processo. Melhor que “desentranhar o juiz” (o que até pode vir a se tornar necessário) é nem mesmo “entranhar” a prova ilícita, edificando uma barreira à sua introdução no processo e prevenindo-se, dessa forma, prejuízos à atuação das partes e ao funcionamento da Justiça.
15. A máxima efetividade da norma constitucional do art. 5º, inciso LVI, da Constituição, está em conceber a expressão “inadmissíveis” com sentido jurídico que transcende a mera imprestabilidade ou proibição de utilização das provas ilícitas no processo: está em vedar a entrada da prova ilegal nos autos e, caso por um equívoco isso ocorra, determinar o seu desentranhamento, na esteira do que dispõe o Código de Processo Penal. Inadmissibilidade e nulidade não são expressões sinônimas.

16. Na esteira do que define o processualista Julio Maier, a inadmissibilidade objetiva evitar o ingresso (jurídico) ao processo do ato processual irregular, enquanto a nulidade visa expulsar o ato irregular já incorporado ao procedimento. Nesse sentido, o desentranhamento da prova ilícita (medida prevista na lei infraconstitucional) é a consequência do reconhecimento da nulidade da prova. Não se confunde, portanto, com a função de impedir a incorporação ou juntada da prova ilícita ao próprio processo que é o verdadeiro sentido jurídico da expressão “inadmissibilidade”, prevista no texto constitucional.

17. O filtro de inadmissibilidade probatória não pode ficar condicionado pelas bases inquisitórias da teoria das nulidades processuais, pretextos atrelados ao emprego da teoria da proporcionalidade, e, tampouco, ser restringido à regra que prevê a exclusão do magistrado “contaminado”.

18. Por estes motivos, é que se propõe, como ponto de partida de operacionalizar a tese aqui proposta, uma ressignificação do conceito e do momento de admissão da prova, fazendo com que essa etapa possa abranger, inclusive, a verificação da regularidade formal e processual da colheita do elemento de convicção, o que só é possível de ser feito após a execução da diligência para sua produção. O juízo de admissão processual da prova deve suceder sua colheita e anteceder sua introdução nos autos do processo, evitando a indesejável contaminação do juízo. Nesse sentido, ao contrário do que sustenta a doutrina, a admissão da prova não se resume a autorização para sua produção.

19. Caso a prova ilícita viesse a ser produzida na fase de inquérito, a existência do juiz de garantias poderia contribuir para o controle de legalidade da prova, edificando uma barreira à sua introdução nos autos de um futuro processo, eliminando ou mitigando os inconvenientes da contaminação cognitiva do magistrado sentenciante. Por isso, defende-se que o Supremo Tribunal Federal restabeleça a eficácia das normas que o instituíram. Nesse aspecto, a tese converge para reforçar a necessidade de implementação do juiz de garantias como método de desviesamento e proteção da imparcialidade do julgador no processo criminal.

20. Na instrução processual, se o elemento probatório for exógeno, ou seja, tiver de ser colhido em diligência a ser realizada fora dos autos, como perícias, buscas e apreensões, quebras de sigilo de dados, interceptações telefônicas ou telemáticas, dentre outras, seria possível que o magistrado, antes de visualizar o conteúdo da prova (laudos, documentos ou relatórios das diligências), oportunizasse o contraditório às partes, por escrito ou, na própria audiência oral, para que pudessem impugná-la e, subseqüentemente,

resolver a questão de sua ilicitude formal. Para isso, seria necessário que fosse realizado um pedido de entranhamento da prova e ela viesse desacompanhada do resultado de sua materialização. Assim, se a objeção recaísse sobre a forma de colheita da prova, o juiz poderia apreciar o requerimento de (in)admissibilidade sem necessariamente ter acesso ao seu conteúdo integral. Outra opção seria o magistrado ter a consciência de não examinar o conteúdo da prova antes de analisar a regularidade formal de sua produção, caso haja impugnação das partes, embora essa medida careça de controle que não a própria prudência do juiz.

21. Caso, por outro lado, o impasse da ilicitude da prova depender, para sua resolução, do exame do próprio material probatório, entraria em cena o art. 157, §5º, do Código de Processo Penal, determinando o afastamento do magistrado nas situações em que ele conhecesse do conteúdo da prova ilícita. Nesse sentido, a aplicação do aludido dispositivo legal poderia ter o *locus* de incidência nos casos nos quais a prova foi ilicitamente colhida, na fase de instrução, sob a imediata presidência do magistrado que irá proferir a sentença.

22. Outra hipótese aventada poderia ser a ampliação da competência do juiz de garantias para além das diligências probatórias realizadas no curso da investigação. Dessa forma, o juiz de garantias exerceria seu papel de garantidor também na autorização e colheita dos elementos probatórios exógenos (a serem produzidos fora dos autos) na fase de instrução.

23. Para as provas produzidas ou colhidas na própria audiência (endógenas), há duas opções: aplicar o afastamento do juiz eventualmente “contaminado” ou afastar o próprio julgador da instrução probatória. No primeiro caso, bastaria aplicar a norma do art. 157, §5º, do CPP.

24. Em todo caso, não é o propósito desta investigação construir mecanismos processuais para operacionalizar a tese que se sustenta. Esta é uma tarefa para os que sucederem os estudos na área e que concordarem com as premissas aqui lançadas.

25. A contribuição da tese é esta: a defesa do juízo preventivo de (in)admissibilidade das provas ilícitas para imprimir máxima efetividade à garantia fundamental, expressada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República de 1988.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Candido Mendes de; ALMEIDA, Fernando Mendes de. *Arestos do Supremo Tribunal de Justiça*: colligidos em ordem chronologica até hoje. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1885.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto. Vieses e heurísticas na tomada da decisão judicial. Anais do Seminário de Pesquisa em Direito da FDRP-USP, 2016, p. 8. Disponível em: www.hu.usp.br/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/gabriela-perissionotto.pdf.

AMAZONAS. Lei nº 334, de 14 de fevereiro de 1901. Promulga o Código do Processo Penal do Estado do Amazonas. Manaus: Imprensa Oficial, 1901. Disponível no catálogo de obras raras do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, por meio do endereço <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/handle/123456789/550>.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Heurísticas e vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e participação*. Salvador: JusPodivm, 2020.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: as forças invisíveis que nos levam a tomar decisões erradas*. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. *Pacote anticrime: comentários à Lei nº 13.964/2019*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ÁVILA, Humberto. *O que é “devido processo legal”?* In: Revista de Processo, v. 163, Set-2008. Revista dos Tribunais.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituzioni di diritto e procedura penale: corzo di lezioni per gli studenti di scienze politiche*. Padova: Cedam, 1966.

BARBOSA, Rui. *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Organização e seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. In: Revista de Processo, n. 84, Ano 21, Outubro – Dezembro de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BARROS, Adherbal de. *A investigação criminosa da prova*. In: Revista *Justitia* do Ministério Público, v. 39, nº 97, Abril-Junho 1977, p. 19. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/2bc0zb.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. *A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas*. In: Revista de Direito Administrativo, nº 213, Jul-Set, 1998, Rio de Janeiro p 159. Disponível: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47206/45406.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAZERMAN, Max. *Judgment in Managerial Decision Making*. 3ª ed. New York: Wiley, 1994.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituzioni di diritto e procedura penale: corzo di lezioni per gli studenti di scienze politiche*. Padova: Cedam, 1966.

BIJOS, Leila Maria; PEREIRA, José de Lima Ramos; *Provas ilícitas: o direito comparado e o STF*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 38, nº 1, Jan-Jun 2018.

BINDER, Alberto; Cape, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defesa criminal efetiva na América Latina*. 1ª ed. São Paulo: 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 35ª ed. atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de Março de 1824. Publicado na Coleção de Leis do Império do Brasil – 1824, p. 7, vol. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

_____. Lei de 29 de Novembro de 1832. Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Publicada na Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, e Sellada na Chancellaria do Imperio em 5 de Dezembro de 1832.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 13 de outubro de 1941, retificado em 24 de outubro de 1941.

_____. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar.

_____. Decreto-lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União (DOU) em 17/01/1973.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 05/10/1988.

_____. Decreto Presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 26/09/2002.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e Depoimentos Forenses*. Série Pensando o Direito. Brasília: Ipea, 2015.

_____. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Mensagem nº 350, de 09 de Junho de 2008. Veta parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 4.205, de 2001 (nº 37/07 no Senado Federal).

_____. Lei Federal nº 13.869/2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade e outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 27 de setembro de 2019, edição extra – a.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional do Diário, 1857.

BULLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Ed em português. São Paulo: LZN, 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A construção do art. 5º da Constituição de 1988*. Brasília/DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013, p. 265-268. Disponível: https://www.sinesp.org.br/images/A_CONSTRUÇÃO_DO_ARTIGO_5º_DA_CONSTITUIÇÃO_FEDERAL_198.pdf.

_____. Anteprojeto do Deputado Constituinte Darcy Pozza, Relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais da Assembleia Nacional Constituinte, vol. 78. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>.

_____. Emenda do Deputado Constituinte Jairo Carneiro ao art. 5º da Constituição, apresentada em 15/05/1987 à Assembleia Nacional Constituinte, vol. 79, p 58. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-79.pdf>.

_____. Emenda do Senador José Ignácio Ferreira ao art. 5º da Constituição, apresentada em 20/05/1987 à Assembleia Nacional Constituinte. Vol. 79, p. 486. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-79.pdf>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1241.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3ª ed. Leme/SP: Edijur, 2011.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. *A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal – um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 12. Out-Dez 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma global do Código de Processo Penal: uma refundação garantista?* Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 21-34, jul./dez. 2017.

CHURCHMAN, Charles West. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

_____. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Duque vs. Colômbia*. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Disponível: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 14/08/2021.

_____. *Apitz Barbera e outros vs. Venezuela*. Sentença de 05 de Agosto de 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso em: 14/08/2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: a. 30, nº 30. 1998.

_____. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP de todo inquisitorial*. In: Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República. PRADO, Geraldo; Malan, Diogo. (Coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. *Streck, Fonseca Costa, Kahnemann e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo*. In: Revista de Processo, repro vol. 255, maio de 2016.

DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução: Nereu José Giacomolli. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Comentários ao pacote anticrime, Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOTTI, René Ariel. *O quitandeiro do ministro*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 6. Abril – Junho de 1994.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 23ª ed. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. *Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on expert's judicial decision making*. Disponível em: homepages.se.edu/cvonbergen/files/2013/01/Playing-Dice-With-Criminal-Sentences_The-Influence-of-Irrelevant-Anchors-on-Experts-Judicial-Decision-Making.pdf.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense: crónica de uma morte anunciada*. Pref. Jordi Nieva Fenoll. Madri: Marcial Pons, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal*. Madri: Editorial Trotta, 2018.

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FLORES LENZ, Luís Alberto Thompson. *Os meios moralmente legítimos de prova*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a.25, nº 97, jan/mar de 1988.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>.

FREITAS, Juarez. *A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais*. In: Revista da AJURIS, vol. 40, nº 130, junho de 2013.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. In: JUNQUEIRA, Gustavo. [et al.]. *Lei anticrime comentada: artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. In: Revista dos Tribunais, v. 809, Março de 2003.

_____. *Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais*. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 85. Julho – Agosto de 2010.

_____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Prisões cautelares, confirmation bias e direito fundamental à devida cognição no processo penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 117, nov-dez de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O sistema de nulidades processuais e a Constituição*, In: Livro de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

_____. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013. Republicação da obra *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, tese escrita em 1976 e aprovada no concurso para professor titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP no ano de 1980.

GUERRA, João Baptista Cordeiro. *Valor probante das confissões extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984.

HUNGRIA, Nelson. *A liberdade dos meios de prova*. In: Revista Jurídica, v. 33, Porto Alegre/RS.

JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *Direito judiciário brasileiro*. 5ª ed. Notas de João Mendes Neto. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

_____; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021

_____. TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. In: Science, New Series, v. 185, nº 4157, p. 1124-1131, 27 de setembro de 1974, em: <https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/TverskyKahneman1974.pdf>.

KASSIN, S. M.; SUKEL, H. *Coerced confessions and the jury: an experimental test of the “harmless error” rule*. *Law and Human Behavior*, n. 21, 27-46, 1997. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1024814009769>.

KOLB, Bryan; WHISHAW, Ian Q. *Fundamentals of human neuropsychology*. 7ª ed. New York: Worth Publishers, 2015.

LEITE, Herbert Soares. *A cognição judicial imparcial e os efeitos dos vieses cognitivos no processo penal democrático*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2020.

LEONE, Giovanni. *Linee generali di una riforma del processo penale*. In: *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1948.

LOPES JR. Aury. *Bom para que(m)?* In: *Boletim do IBCCrim*, nº 188, São Paulo, julho – 2008

_____. *Direito processual penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

_____; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. *Pacote anticrime: um ano depois*. Análise da (in)eficácia das principais medidas penais e processuais penais implantadas pela Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Expressa, 2021

MAIER, Julio B. J. *Función normativa de la nulidade*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Evolução histórica do processo penal brasileiro*. *Revista Investigação*, ano I, nº 7. São Paulo, 1949.

MYERS, David. G; DEWALL, C. Nathan. *Psicologia*. Trad. Cristiana de Assis Serra, Luiz Cláudio Queiroz de Faria. 11ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

MINAS GERAIS. Decreto nº 7.259, de 14 de junho de 1926. Aprova o Código de Processo Penal do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1926. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/56686/pdf/56686.pdf>.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1938.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5ª ed. Trad. Herbert Wüntzel Heinrichi. Campinas/SP: Bookseller, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Código de processo penal comentado*. 20ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUNES, Dierle; SANTOS E SILVA, Natanael Lud; PEDRON, Flávio Quinaud Pedron. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Volume XXI (II Serie), 1966.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) de 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser acessada no sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas (ONU), em inglês: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. Assinado na Conferência

Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Decreto Presidencial nº 678/1992.

ORLANDI, Eni Pulcinelli. *A linguagem e seu funcionamento: as formas do discurso*. Campinas: Pontes, 1996.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Brasil: com a Lei de 3 de Dezembro de 1841, nº 261 e Regulamento nº 120 de 31 de Janeiro de 1842*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1899.

PETEAN, Fabiano Augusto; CASTILHO, Bruno Cardenal. *A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal brasileiro: uma análise sob a perspectiva de Robert Alexy*. In: Revista de Direito, v. 11, nº 2, 2019. Viçosa. ISSN 2527-0389.

PI, Daniel; PARISI, Francisco; LUPPI, Barbara. *Biasing, debiasing and the law*. (February 11, 2013). Minnesota Legal Studies Research Paper n. 13-08, U of St. Thomas Legal Studies Research Paper n. 13-02, Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2215117> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2215117>.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru/SP: Jalovi, 1983.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; NÓBREGA, Rafael Estrela. *A imunidade do juiz diante da prova ilícita: exame do art. 157, §5º do Código de Processo Penal Brasileiro*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Ano 15. Vol. 22. Setembro a Dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/62262/39098>.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras*. Vol. IV, 1937. 3ª ed. Brasília/DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. 14. ed. segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870.

_____. Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Las escuchas telefônicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madri: Akal, 1989.

RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere*. Rio de Janeiro: Record, 2020.

REIS, Antonio Marques dos. *Constituição Federal Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. v. 194, 1951.

_____, v. 356, 1964.

_____, v. 412, 1969.

_____, v. 424, 1970.

_____, v. 468, 1974.

RIBEIRO, Fernando José Armando; MOURA, Gabriela de Sousa. *A Constituição democrática e o “princípio” da supremacia do interesse público*. In: Revista Amagis Jurídica, ano X, nº 15, Vol. II, Jul/Dez 2018, p. 20-21. Disponível em: <https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/35/13>.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 24, de 15 de agosto de 1898. Decreta e promulga o Código de Processo Penal. Porto Alegre: Imprensa Oficial, 1898. Disponível no catálogo

de obras raras do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, por meio do endereço <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/handle/123456789/479>.

ROQUE, André Vasconcelos. *As provas ilícitas no projeto do novo código de processo civil brasileiro: primeiras reflexões*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. VI. Periódico da Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito Processual da UERJ. ISSN: 1982-7636.

ROSA, Alexandre Morais da. WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operar nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EMorada, 2018.

SAMPIERI, Roberto Hernández; CALLADO, Carlos Fernández; LUCIO, María del Pilar Baptista. *Metodologia da pesquisa*. 5ª ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea, 1979.

SCHULTZ, Duane P; SCHULTZ, Sidney Ellen. *História da psicologia moderna*. 3ª ed. Trad. Cintia Naomi Uemura. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e Filosofia do Direito*. Org. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-principio-da-proporcionalidade/6191>.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A Etapa Intermediária e o Juiz de Garantias no Processo Penal Brasileiro: um passo importante e insuficiente*. In: *Justiça do Direito*, vol.

33, n. 3, Setembro-Dezembro 2019, p. 196. Disponível em: seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/10515/114115167.

SOARES, Rafael Santos. *Nulidades no processo penal: entre a relativização das formas e a proteção aos direitos fundamentais do imputado*. Dissertação. Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

SOBRAL PINTO, Heráclito Fontoura. *Autópsia de uma calúnia: exposição pelo advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1942.

SOBRINHO, Barbosa Lima. *A Constituição de 1946*. In: BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições brasileiras*. Vol. V, 1946. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

STEBLAY, Nancy; HOSCH, Harmon M; CULHANE, Scott E; MCWETHY, Adam. *The impact on juror verdicts of judicial instruction to disregard inadmissible evidence: a meta-analysis*. Law Hum Behav. 2006 Aug; 30(4):469-92. doi: 10.1007/s10979-006-9039-7. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1007%2Fs10979-006-9039-7>.

SUE, S; SMITH, R.E.; CALDWELL, C. *Effects of inadmissible evidence on the decisions of simulated jurors: a moral dilemma*. Journal of Applied Social Psychology, n. 3, 354-353, 1973. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.1973.tb02401.x>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 3.982/RJ, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/1995, DJ 26/02/1996.

_____. EDcl no HC 70.960/RJ, Ministra Relatora JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2007, DJ 26/11/2007.

_____. RHC n. 49.357/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe de 3/2/2015.

_____. AgRg no HC 622.523/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020.

_____. Rcl 36.734/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2021, DJe 22/02/2021.

_____. AgRg no RHC n. 131.462/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, QUINTA TURMA, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021.

_____. HC 616.584/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 30/03/2021, DJe 06/04/2021.

_____. RHC 139.037/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 20/04/2021.

_____. HC 652.284/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 03/05/2021.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Caso *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/277/438>.

_____. Caso *Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudencia*: acordãos anexos ao relatório apresentado pelo Presidente do Tribunal e proferidos em 1898. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1899, p. 34. Disponível no acervo de obras raras do STF: <http://sistemas.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/419>.

_____. REExt nº 85.439/RJ. Rel. XAVIER DE ALBUQUERQUE. Segunda Turma, julgado em 11/11/1977, DJ 02-12-1977 (RTJ 84/609).

_____. REExt nº 100.094-5/PR, Relator(a): RAFAEL MAYER, Primeira Turma, julgado em 28/06/1984, DJ 24-08-1984 (RTJ 110-2/798)

_____. RHC nº 63834, Relator(a): ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 18/12/1986, DJ 05-06-1987.

_____. HC nº 69.912-0/RS. Relator(a) p/ Acórdão: CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1993, DJ 26-11-1993.

_____. HC 70277, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/12/1993, DJ 18-03-1994.

_____. HC 69912, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1993, DJ 26-11-1993.

_____. HC 69912 segundo, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 25-03-1994.

_____. HC 72845, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 12/09/1995, DJ 27-10-1995.

_____. HC 72528, Relator(a): OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 19/09/1995, DJ 02-02-1996.

_____. HC 74530, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 12/11/1996.

_____. RHC 74807, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 22/04/1997.

_____. Inq 731 ED, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/1996, DJ 07-06-1996.

_____. HC 79512, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1999, DJ 16-05-2003.

_____. HC 84532, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/09/2004, DJ 22-10-2004.

_____. HC 87654, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 20-04-2006 PP-00037 EMENT VOL-02229-02 PP-00267 RTJ VOL-00199-02.

_____. RHC 90376, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007.

_____. HC 83582, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/04/2007, DJe-013 DIVULG 10-05-2007 PUBLIC 11-05-2007 DJ 11-05-2007.

_____. HC nº 93.050/RJ, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008.

_____. HC nº 95.009-4/SP, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008.

_____. HC 137438 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-133 DIVULG 19-06-2017 PUBLIC 20-06-2017.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299-DF. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>.

_____. HC 129646 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 06-10-2020 PUBLIC 07-10-2020.

_____. HC 168052, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-284 DIVULG 01-12-2020 PUBLIC 02-12-2020.

_____. HC 149.692, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 22/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021

_____. HC nº 164.493/PR. Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma. Data do Julgamento: 23/03/2021.

_____. RE 1318172 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 22-04-2022 PUBLIC 25-04-2022.

_____. Ação Penal nº 1.044-DF, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, data do julgamento: 20/04/2022.

_____. RHC 206.846/SP, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, Dje 25/05/2022.

TONETTO, Leandro Miletto [et al]. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. *In*: Estudos de Psicologia, v. 23, nº 2 – junho de 2006. Campinas.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *A relação processual penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Instituições de processo penal*. 2ª ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1978.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal nº 1.0231.15.017181-8/001, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/07/2017, publicação da súmula em 14/07/2017

_____. Apelação Criminal 1.0024.17.047039-7/001, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/08/2018, publicação da súmula em 03/09/2018.

_____. Apelação Criminal nº 1.0145.16.001775-5/002, Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Guttierrez, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/12/2018, publicação da súmula em 12/12/2018.

_____. Apelação Criminal nº 1.0002.18.000935-5/001, Relator(a): Des.(a) Júlio César Lorens, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/08/2019, publicação da súmula em 02/09/2019.

_____. Apelação Criminal nº 1.0607.17.005208-0/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/09/2019, publicação da súmula em 18/09/2019.

_____. Apelação Criminal nº 1.0417.17.000111-5/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/11/2019, publicação da súmula em 20/11/2019.

_____. Apelação Criminal 1.0194.18.000341-1/001, Relator(a): Des.(a) Furtado de Mendonça, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/11/2019, publicação da súmula em 04/12/2019.

_____. Apelação Criminal 1.0431.19.000155-9/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/12/2019, publicação da súmula em 18/12/2019.

_____. Apelação Criminal nº 1.0596.18.000157-7/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 02/06/2020, publicação da súmula em 15/06/2020.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milão: Giuffrè, 1974.

VARGAS, José Cirilo de. *A prova ilícita e o princípio da verdade real*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), nº 48, ed. 2006, p. 93. Publicação: 2014-04-02. ISSN: 0304-2340. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1457>.

VELHO, Jesus Antônio; GEISER, Gustavo Caminoto; ESPINDULA, Alberi (orgs). *Ciências forenses: uma introdução às principais áreas da criminalística moderna*. 3 ed. Campinas: Millennium, 2017.

VESCOVI, Enrique. *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1960.

WASON, Peter Cathcart. *On the failure to eliminate hypothesis in a conceptual task*. In: Quarterly Journal of Experimental Psychology, vol. XII, parte 3, p. 129-140, 1960. Disponível em: <https://doi.org/10.180/17470216008416717>.

WISTRICH, Andre J; GUTHRIE, Chris; RACHLINKSKI, Jeffrey J. *Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding.* In: Cornell Law Faculty Publications, paper 20, 01/04/2005. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/216728942.pdf>.