

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

FABIANA BRITO GALHARDO

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Campo Grande - MS

2023

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

FABIANA BRITO GALHARDO

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a. Dr^a. Rejane Alves de Arruda.

Campo Grande - MS
2023

DEDICATÓRIA

À minha família e aos meus amigos, que são a força motriz de tudo que me presto a realizar.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, que em sua graça imensurável, sempre me concede muito mais do que peço.

E claro, à minha avó, que esteve comigo em todos os momentos difíceis.

Minha mãe, responsável por quem sou hoje.

Meu pai, que nunca duvida de mim.

Aos meus amigos, pelo constante apoio.

A todos os professores com os quais tive contato ao longo da graduação, responsáveis pelo meu amadurecimento acadêmico.

E à minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Rejane Alves de Arruda, que se dispôs a compartilhar conhecimento, tornando possível a presente pesquisa.

Uma justiça exercida pelos tribunais, sem dúvida, sempre que a isso os determinasse a lei, mas também, e sobretudo, uma justiça que fosse a emanção espontânea da própria sociedade em ação, uma justiça em que se manifestasse, como um (ilegível) imperativo moral, o respeito pelo direito a ser que a cada ser humano assiste.

José Saramago

RESUMO NA LÍNGUA VERNÁCULA

A proposta desta monografia é analisar o tratamento dado à prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque no processo penal, conforme a legislação, entendimento doutrinário e jurisprudência dos Tribunais Superiores. Para tanto, conceitua-se o que é prova, seus meios e função, visando sobretudo o estudo sobre a prova ilícita na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a diferenciação entre prova ilícita e prova ilegítima trazida pela doutrina – assim como, delinea-se sobre as três correntes teóricas que envolvem o tema, tendo em vista a aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, analisa-se em que circunstâncias ocorrem as exceções à vedação constitucional de admissão de material probatório ilícito no processo, a fim de garantir a mais adequada prestação jurisdicional no momento de conflito entre garantias fundamentais.

Palavras-Chaves: Prova Ilícita; Processo Penal; Direitos Fundamentais; Proporcionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the treatment given to illegal evidence in the Brazilian legal system, with a focus on criminal proceedings, according to the legislation, doctrinal understanding and jurisprudence of the Superior Courts. For that, it conceptualizes what evidence is, its means and function, aiming mainly at the study of illegal evidence in the Federal Constitution and in the Code of Criminal Procedure, the differentiation between illegal evidence and illegitimate evidence brought by the doctrine - as well as, delineates on the three theoretical currents that involve the subject, in view of the application of the principle of proportionality. Indeed, it analyzes the circumstances in which exceptions to the constitutional prohibition of admission of illicit evidentiary material occur in the process, in order to guarantee the most adequate jurisdictional provision in the moment of conflict between fundamental guarantees.

Keywords: Illicit Evidence; Criminal proceedings; Fundamental rights; Proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	12
2.1 Conceito e função da prova.....	12
2.2 Meio de prova.....	15
2.3 Classificação das provas.....	17
3 ASPECTOS SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	19
3.1 Sistema inquisitório.....	19
3.2 Sistema acusatório.....	21
3.3 Sistema misto.....	24
4 DAS PROVAS ILÍCITAS	27
4.1 Conceito.....	27
4.2 Provas ilícitas e provas ilegítimas.....	29
4.3 Provas ilícitas nos termos do art. 157 do Decreto-Lei nº. 3.689/1941.....	31
4.4 Provas ilícitas por derivação.....	32
4.5 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.....	34
5 DA ADMISSIBILIDADE PROCESSUAL DA PROVA ILÍCITA	37
5.1 As origens do princípio da proporcionalidade.....	36
5.2 Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade.....	40
5.3 Provas ilícitas a favor do réu.....	44
5.4 Provas ilícitas a favor da sociedade.....	47
6 DA INADMISSIBILIDADE ABSOLUTA DA PROVA ILÍCITA	50
7 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	52
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

Na realidade forense, a produção de provas ocorre em observância às garantias e aos limites previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, todavia, não raro são inseridas provas obtidas ilicitamente, que influenciam diretamente no deslinde do processo. Assim, a análise da possibilidade de aproveitamento ou não das provas eivadas de ilicitude é fundamental para o desfecho do processo.

Visto que, a prova é elemento essencial na formação do convencimento do juiz, que após analisar as provas acostadas irá condenar ou absolver o acusado. Assim sendo, importante compreender as regras e limitações impostas pela legislação, respaldadas pela doutrina e pela jurisprudência, em relação ao tratamento dado às provas ilícitas e às derivadas destas no processo penal.

A vedação é tratada de forma sucinta na legislação brasileira, se limitando a enunciar a proibição genérica ao uso de provas ilícitas, contida na Constituição Federal, e no art. 157 do Código de Processo Penal, cabendo à doutrina e aos Tribunais Superiores delinear melhor o tema.

Pode-se dizer que, a proibição de provas ilícitas no processo penal está ligada a diversos princípios constitucionais, principalmente do devido processo legal, e submete à apreciação do juiz um arcabouço probatório completamente lícito. Desta forma, o principal objetivo é delimitar os limites aos quais as provas estão submetidas, considerando a importância para a efetivação da Justiça e os bens jurídicos que normalmente permeiam um processo criminal, dentre o de mais destaque: a liberdade de uma pessoa.

Assim, abordaremos o conceito de prova no processo penal, a gestão da prova no contexto de diferentes sistemas processuais, já que, é sobretudo importante a compreensão dos fundamentos que embasam as decisões acerca da inadmissibilidade de provas ilícitas ou de provas derivadas das ilícitas, com foco para as possíveis exceções.

O art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, dispõe sucintamente acerca da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Sendo que a matéria somente foi desenvolvida no Código de Processo Penal de 2008, com a edição da

Lei n. 11.690, a qual alterou a redação do art. 157 do código de 1941, prevendo também a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (teoria da árvore dos frutos envenenados). A saber, os fundamentos da legislação brasileira em relação à prova ilícita por derivação baseiam-se na doutrina e na jurisprudência norte-americanas, de forma que, deve ser verificado como estes aspectos estrangeiros se desdobram na realidade jurídico-brasileira.

No mais, o objetivo desta pesquisa é responder o seguinte questionamento: devem ser desconsideradas, no processo penal brasileiro, as provas ilícitas, bem como as derivadas de uma prova obtida ilicitamente?

Para responder esta pergunta, serão abordadas as três teorias - Inadmissibilidade Absoluta da Prova Ilícita, Admissibilidade da Prova Ilícita e Admissibilidade da Prova Ilícita com base no Princípio da Proporcionalidade, que fornecem respostas divergentes e são aplicadas cada uma a sua maneira, isso porque, à luz do princípio da proporcionalidade, se a prova viciada servir para provar a inocência do réu, pode sim se entender que esta prova é admissível e utilizável.

Para melhor explicitar, de início, será feito um apanhado conceitual acerca da teoria geral da prova e seus desdobramentos específicos no Processo Penal. Ainda mostra-se oportuno discorrer acerca dos sistemas processuais penais, considerando que a categoria de sistema processual define qual será a gestão da prova e seus desdobramentos.

A seguir, será apresentado o tratamento legal dado às provas ilícitas na conjuntura legal brasileira, bem como as definições importantes que envolvem a temática, com destaque para a diferença existente entre prova ilícita e prova ilegítima. Tratar-se-á por derradeiro das provas ilícitas por derivação, com enfoque analítico na teoria norte-americana, que influenciou diretamente o posicionamento dos Tribunais brasileiros, além de estar contida de forma explícita no art. 157 do Código de Processo Penal.

Ademais, serão abordadas as teorias que tratam sobre a admissibilidade de provas ilícitas no processo penal, com destaque para a admissão de prova eivada de ilicitude à luz do princípio da proporcionalidade, axioma de extrema relevância que visa a harmonia em casos de conflito entre bens jurídicos de grande valor.

Encaminhando-se para o fim da pesquisa, insta analisar a teoria da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas, atentando-se a todos os aspectos e a sua aplicação, que possui significativa adesão na jurisprudência do país, bem como está expressa na legislação brasileira. Nesse sentido e, diante do Estado Democrático e Social de Direito vigente, com ênfase na valorização dos direitos fundamentais, questiona-se a respeito da possibilidade de utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos, com fundamento no princípio da proporcionalidade.

Eis portanto, que o presente trabalho visa discorrer acerca da admissão ou não de elementos de prova com origem ilícita no processo, em razão da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, que busca adequar princípios conflitantes, através do estudo da doutrina e de decisões referentes ao tema.

Outrossim, no caso de cabimento das provas ilícitas, será abordado sua relação com o princípio da proporcionalidade, considerando ser favorável ao réu, e também quanto a teoria de uso de prova ilícita em favor da sociedade (*pro societate*), ou seja, a favor da acusação, bem como serão analisados os posicionamentos dos Tribunais Superiores sobre.

A fim de viabilizar a presente pesquisa, a metodologia utilizada será baseada no método hermenêutico, respaldada na interpretação e compreensão da matéria relatada neste trabalho. A pesquisa foi desenvolvida através de fontes bibliográficas, com base em livros e artigos já publicados sobre o tema, bem como através da pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Esta monografia pretende, em síntese, contribuir para a discussão acerca da admissibilidade de elementos probatórios obtidos com infringência de normas de direito material e processual, bem como analisar as teorias envolvendo o tema e a convergência destas com o ordenamento jurídico brasileiro.

2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

2.1 Conceito e função da prova

A dialética processual penal tem como base fundamental a prova, elemento imprescindível na formação de convicção do magistrado, culminando na absolvição ou condenação de um indivíduo na instrumentalização do *jus puniendi* do Estado.

O termo *prova* advém do latim – *probatio* (ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação), derivando no verbo *provar* – *probare* (ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstra)¹.

Nesse sentido, a prova no processo penal é o alicerce da reconstrução dos fatos que serão analisados pelo juiz no momento de proferir decisão e também ao buscar a denominada verdade processual.

Segundo Aranha² a prova representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz sendo a verdade dos fatos alegados. Sendo que, por meio da instrução probatória, será possível uma reconstrução histórica dos fatos apurados no decorrer do processo, tendo em vista o contraditório judicial e a ampla defesa.

Para BENTHAM (1959), a prova “no sentido mais amplo da palavra, entende-se como um fato supostamente verdadeiro que se presume deva servir de motivo de credibilidade sobre a existência de outro fato”. Definição acertada, pois a prova muitas vezes possui caráter relativo, visto que pode se referir à suposição de determinado acontecimento pretérito, que será devidamente valorada pelo magistrado, conforme o sistema de livre convicção estabelecido pelo art. 155, do Código de Processo Penal.³

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023. pg. 447.

² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal, 7 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

³ 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.

Desta forma, o objetivo da prova é influir no convencimento do juiz a respeito da verdade de um fato litigioso, buscando a denominada verdade processual, que ao fim, no momento de proferir sentença, resultará na certeza do juiz.

À vista disso, "as provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz" (TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Madrid, Trotta, 2002. p. 83.)

Insta apontar que, conforme a maioria dos autores, a busca da verdade no processo penal é denominada de material, real ou substancial. Esta verdade seria em essência uma "verdade forense", não absoluta, que tenta se aproximar do que de fato ocorreu e que influenciará a decisão final do processo.

Nos ensinamentos de CARRARA, "a certeza está em nós; a verdade está nos fatos".⁴ Assim, pode se deduzir que apesar de haver na interpretação do juiz haverá a presença de sua subjetividade, o que formará sua certeza é a verdade, formada tão somente pelos acontecimentos no plano fático.

Conforme Hassemer, de nada vale a vinculação à lei se o juiz pode escolher 'livremente' os fatos pelos quais aplica a lei com estrito cumprimento das regras.⁵

É nesse contexto que é desenvolvida a função da prova no processo penal: diante da necessidade de comprovar a veracidade de determinado fato criminoso, o processo penal é utilizado como fórmula de solução que possui ritos e visa o convencimento do juiz.

Em síntese, duas são as principais teorias relacionadas à função da prova, a primeira aduz que a prova é meio para busca da verdade de modo a possibilitar uma decisão correspondente aos fatos ocorridos no passado. Por sua vez, na segunda a noção de verdade no processo é posta em segundo plano, na qual a prova é elemento direcionado exclusivamente ao convencimento do magistrado.

⁴ *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, v. 2, p. 291.

⁵ HASSEMER, W. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 142.

Para Aury Lopes Jr., o conceito de verdade na dogmática processual penal deve ser afastada, veja-se:

Sob qualquer ângulo que se analise a questão, o que se vê é um labirinto de subjetividades e contaminações que não permite atribuir ao processo a função de, através da sentença, relevar a ‘verdade’ (nem real, nem processual, pois o problema está na ‘verdade’), de modo a concluir que tal conceito “contém um excesso epistêmico.”⁶

Assim, o que se pretende na primeira tese é afastar o subjetivismo e a arbitrariedade, o que resulta justamente na visão oposta, que centraliza-se na figura do magistrado, no qual o convencimento psicológico do juiz é o mais importante para que haja um resultado positivo ao fim do processo, devendo ser respeitados os critérios racionais e objetivos.

Nesta senda, pertinente pontuar entendimento de Habermas, para quem a busca da verdade no discurso institucional tem particularidades que a distingue da verdade no discurso de livre domínio, no qual todas as partes estão num plano de igualdade e têm o mesmo interesse de encontrar a verdade.⁷ Ou seja, é difícil definir o conceito de “verdade” quando existem várias partes (acusado, vítima, juiz, terceiros) e variantes (prazos, valoração das provas, dúvidas).

Salienta-se que para se evitar extremismos a função da prova deve ser analisada pelas duas visões, ou seja, o lastro probatório servirá para formar a convicção do julgador, mas também terá relação com o papel desenvolvido pela verdade no processo penal.

Outrossim, além da função da prova, é importante definir os seus sentidos, que para NUCCI (p. 234, 2016) são os seguintes:

a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória);

⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 573.

⁷ Conferir HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989. p. 116 e ss. Para uma exposição resumida desta teoria v. HASSEMER, W. Fundamentos del derecho penal. Barcelona: Bosch, 1984. p. 163 e VIVES ANTON, T. S. La reforma del proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 257.

- b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal ou documental);
- c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade ou a suposta verdade de um fato.

Desta forma, estabelece a doutrina que os dois primeiros sentidos possuem um caráter objetivo, enquanto o último está revestido de um viés subjetivo, que no decorrer da atividade probatória traz legitimidade à sentença dada.

2.2 Meios de prova

São definidos por todo método, recurso ou procedimentos, usados pelas partes para gerar conhecimento em relação a um fato criminoso, em prol de um resultado processual, que pode ou não gerar a penalização de um indivíduo.

É unânime que no processo penal brasileiro impera o princípio da liberdade probatória, o qual garante que a investigação processual seja ampla, assim, não há taxatividade dos meios probatórios possíveis.

Sobre a correlação entre o princípio supracitado e a busca da verdade no processo, explica ESPÍNOLA:

Como resultado da impossibilidade de limitação dos meios de provas, utilizáveis nos processos criminais, e se levado à conclusão de que, para recorrer a qualquer expediente reputado capaz de dar conhecimento da verdade, não é preciso seja um meio de prova previsto ou autorizado pela lei, basta não seja expressamente proibido, ou autorizado pela lei não se mostre incompatível com o sistema geral do direito positivo não repugne a moralidade pública e aos sentimentos de humanidade e decoro nem acarrete a perspectiva de dano ou abalo à saúde física ou mental dos envolvidos, que sejam chamados a intervir nas diligências. (1997, p. 453):

Por óbvio, que tal princípio, como todos que permeiam o Direito, não é absoluto, sendo relativizado por exemplo no que tange à vedação de uso de meios ilícitos para produção e obtenção de provas (art. 157 e parágrafos do CPP e art. 5º, LVI da CF), limitação esta que é o cerne do presente trabalho.

Além disso, no Código de Processo Penal existem outras restrições ao princípio da liberdade dos meios de prova a serem utilizadas, quais sejam: o art. 155, parágrafo único, que manda observar as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas (casamento, morte e parentesco são situações que somente se prova mediante as respectivas certidões); art. 158, que exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixarem vestígios, não admitindo seja suprido nem pela confissão do acusado; art. 479, *caput*, que veda, durante os debates em plenário, a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Ainda conforme inteligência do art. 155, à exceção das provas não repetíveis e antecipadas (arts. 225 e 366 do CPP), não é autorizada a fundamentação da sentença com base exclusivamente nas provas obtidas durante a fase inquisitória.

Em relação à classificação dos meios de prova, nos ensinamentos de NUCCI (2023, p. 449) os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos (contrários ao ordenamento jurídico-normativo), somente os primeiros podem ser levados em conta. Dessarte, os meios ilícitos não são unicamente os proibidos no ordenamento jurídico, mas também aqueles imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito⁸.

Ademais, há os meios de prova *nominados* (*previstos na legislação*) e os *inominados* (sem designação legal), além dos meios de prova autônomos e auxiliares, que podem ser independentes ou possuírem relação de dependência com outros meios.

⁸ ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Liberdades públicas e processo penal*, p. 98.

Por último, as leis especiais também podem fixar outros mecanismos para produção de prova na seara criminal, tal como os exemplos descritos no art. 3º da Lei de Organização Criminosa (Lei nº. 12.850/2013): a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a ação controlada e a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica.

2.3 Classificação das provas

Segundo o sistema de classificação de provas de Malatesta⁹, deve se ter em consideração três critérios principais - o objeto da prova, o sujeito da prova e a forma da prova, a seguir delineados:

Objeto da prova: o fato criminoso em si, relativo a ele as provas são diretas (possuem relação imediata com o fato, ex: testemunha, documentos, perícia) ou indiretas (envolve presunções e indícios). Nos ensinamentos de João Mendes Júnior¹⁰, também pode haver a denominação de prova circunstancial - que se deduz da existência de um fato ou de um grupo de fatos, que, aplicando-se imediatamente ao fato principal, levam a concluir que este fato existiu.

Sujeito da prova: aquilo ou quem dá origem a prova; a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência do fato probando. Possui as seguintes subdivisões: prova pessoal (depoimento pessoal, confissão e testemunho), que é aquela afirmação pessoal e consciente de alguém; prova real, que é aquela que deriva de uma coisa, como a arma, local do crime, lesão corporal, vestígios.

Forma da prova: é a apresentação da prova no processo, ou seja, como ela é instrumentalizada, pode ser testemunhal, documental ou material.

Por outro lado, os autores Moacyr Amaral Santos e Frederico Marques apresentam a divisão de provas causais (preparados no curso processual) e pré constituídas (preventivamente preparadas).¹¹

⁹ MOACYR AMARAL SANTOS. Ob. cit., págs. 331-333.

¹⁰ JOÃO MENDES JÚNIOR. “Direito Judiciário Brasileiro”, 1918, pág. 208. Apud JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Instituições”... Vol. III, pág. 338.

¹¹ MOACYR AMARAL SANTOS. Ob. cit., pág. 333. JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Instituições”... Vol. III, pág. 337.

Importante mencionar também, a lição de CAPEZ¹², que divide sua classificação em objeto, efeito, sujeito e aparência (a forma que a prova irá se externar, podendo ser documental por exemplo). Explica que o objeto é o fato que necessita de comprovação. Por sua vez, quanto ao efeito, a prova se subdivide em plena ou não plena, a prova plena permitirá sozinha o convencimento do juiz, a não plena é a incerta e exige complementação.

Além disso, o autor classifica a prova relativamente ao sujeito ou causa, podendo ser real (material) ou pessoal (advém da convicção humana).

¹² CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

3 ASPECTOS SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O regime legal de provas é diretamente ligado ao sistema processual vigente, bem como a admissibilidade dos elementos probandos e suas limitações.

Em retrospecto histórico, o processo penal era visto junto ao direito penal como unidade jurídica até o início do século XX, foi somente em 1968 a partir da teoria de Bülow que os sistemas processuais começaram a ter uma dogmática própria e serem estruturados. Segundo Lopes Jr., através da obra de Bülow que há um rompimento definitivo entre o direito material e o direito processual, para ele “a teoria do processo como relação jurídica é o marco mais relevante para o estudo do conceito de partes, principalmente porque representou uma evolução de conteúdo democrático-liberal do processo [...]”.¹³

No que refere precisamente ao direito processual penal, esta divisão é determinante para que se comece a delinear a função do processo penal, tendo em vista a forma de governo vigente e os ditames das leis de cada país. A partir disso, os sistemas processuais penais se tornam autônomos e passam a desempenhar seus papéis em consonância ao contexto social e histórico que integram.

Oportuno mencionar a lição de Rangel (2015, p. 46), que define o sistema processual penal como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Evidentemente, não basta haver uma sistemática para aplicação de pena e um código cheio de ditames e regras, mostra-se imprescindível que o sistema esteja em harmonia com as garantias e direitos fundamentais, tal critério é de suma importância para a compreensão entre as funções desempenhadas pelo direito penal e pelo direito processual penal. Conforme Beling “o direito penal não toca em um só fio de cabelo do acusado, sendo o processo penal o responsável por essa tarefa”¹⁴.

¹³ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.36.

¹⁴ BELING, Ernst. Derecho Procesal Penal. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943, p. 2.

Sendo assim, considerando o desenvolvimento da sua função, o sistema processual penal é influenciado pelos fundamentos da Constituição e pela forma de governo, podendo ser democrática ou autoritária, e é desta relação interdependente que surge a dicotomia: sistema inquisitório e sistema acusatório, a seguir tratados.

3.1 Sistema inquisitório

O modelo do sistema inquisitório começa a vigorar no início do século XII, disseminado pela Igreja Católica em diversos países europeus, bem como influenciado pelo crescimento do absolutismo no começo do século XV, que centralizou o poder julgador na mão do monarca¹⁵, até então predominava o sistema acusatório greco-romano, permeado pela participação do povo e pelo ideal prematuro de democracia, que resultou por perder espaço à época dada a sua ineficiência.

O modelo inquisitivo-histórico é identificado sobretudo pela concentração de todo poder na figura do juiz, que exerce dupla atividade: a de julgar e a de acusar. O trâmite processual é totalmente sigiloso, o contraditório é um conceito distante e a defesa técnica é meramente ilustrativa.

Com efeito, ressalta-se também nesse sistema a violação do princípio *ne procedat iudex ex officio* (inércia da Jurisdição), pois o julgador podia exercer função punitiva independentemente de ser acionado, além da inexistência de paridade de armas e oportunidades, desconsiderando pressupostos processuais, que hoje são indispensáveis, como a imparcialidade do julgador e a presunção da inocência.

Durante a Idade Média, em toda a Europa Ocidental é possível constatar a influência do sistema inquisitivo na legislação. Na Alemanha os principais exemplos são os instrumentos jurídicos: o *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507 e o *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532. Já na França a Ordenação de 1254, baseada no Direito Romano-Canônico, bem como a Ordenação Criminal

¹⁵ GONZAGA, João Bernadino. A inquisição em seu mundo. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60.

de 1670, caracterizadas pela atuação de ofício dos julgadores e a mão firme do monarca na instrumentalização do poder punitivo.

Há ainda de se destacar o sistema inquisitivo espanhol, reconhecido pela crueldade e a violência na atuação jurisdicional, cite-se o Tribunal da Santa Inquisição, tribunal político que julgava casos de heresia, cujo objetivo era manter a ortodoxia da doutrina católica.

A inquisição também se difundiu em Portugal, onde o processo penal da época medieval foi inspirado nos direitos romano, germânico e mouro, instrumentalizado por meio das Ordenações Manoelinas e Filipinas, que legitimaram atos inquisitórios devastadores.

A respeito desse sistema processual, Foucault revela que:

Todo processo criminal, até a sentença permanecia secreto: ou seja, opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrola sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas.¹⁶

O tratamento dado à prova era o de valoração (a chamada tarifa probatória). A sentença não produzia coisa julgada, e o estado de prisão do acusado no transcurso do processo era uma regra geral, além do emprego de tortura para obter a confissão. Nos ensinamentos de Coutinho o ato de confessar ganha especial destaque, por ser um “ato sujeito criminoso e que falta, é a peça complementar de uma informação escrita e secreta”. Desta feita, ressalta-se ainda o pensamento de Ayrault, que criticava o sigilo presente no curso processual, que os maus sejam justamente punidos, se possível, que eles mesmos se julguem e se condenem.¹⁷

Ainda sobre os aspectos do sistema inquisitório, leciona Lopes Jr. (2019, p. 46):

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na

¹⁶ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalheite. 34. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 32.

¹⁷ P. Ayrault, L'Ordre, formalité et instruction judiciaire, L.I. cap. 14.

mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

O declínio do sistema processual inquisitivo ocorre de maneira gradual, a partir da Assembleia de 1791 no contexto da Revolução Francesa, momento em que são revogadas as Ordenações Criminais de Luís XIV. A saber, destaca-se a criação do Ministério Público francês em 1801, a edição do Código Criminal em 1808, que formam a estrutura inicial do sistema acusatório que conhecemos hoje.

Todavia, apesar da substituição pelo sistema acusatório, não é possível dizer que o sistema inquisitivo se desvaneceu completamente, tanto que o sistema inquisitivo permeia a persecução penal brasileira, como no momento do inquérito policial no sistema processual brasileiro.

Sobre esta questão, pertinente mais uma vez apontar a lição de Lopes Jr.¹⁸, para quem não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.

O autor supracitado ainda preceitua a existência de um sistema neo inquisitorial, que mantém a iniciativa probatória nas mãos do juiz, não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa técnica e o princípio do contraditório.

3.2 Sistema acusatório

Do ponto de vista histórico fala-se em dois sistemas acusatórios - o da democracia antiga, que vigorava na Grécia e em Roma, e o sistema

¹⁸ LOPES JUNIOR., Aury. Op. cit., 2008, p. 56.

implementado após a Idade Média, que ressurgiu a partir do século XVIII, com a roupagem iluminista e concebido nos moldes principiológicos da Revolução Francesa.

No sistema acusatório greco-romano a acusação era formulada por um representante do povo, o anonimato da denúncia era vedado, provas obtidas ilicitamente eram inadmissíveis e se respeitava o contraditório e a ampla defesa. Ademais, os papéis de acusar e julgar eram desempenhados por figuras distintas, jamais se mesclando como ocorria no sistema inquisitório. E para que houvesse julgamento deveria haver iniciativa da parte interessada, todo o procedimento ocorria oralmente e sempre de maneira pública.¹⁹

Não obstante, considerando a ineficácia do modelo greco-romano diante de mudanças sociais, o sistema acusatório que surge após o século XVIII transforma o processo penal em uma das funções do Estado, surgindo o órgão estatal destinado somente à acusação, possuindo autonomia e independência dos demais órgãos estatais, denominado atualmente como Ministério Público, pautado nos ideais iluministas.

Em relação às características do sistema acusatório, existe distinção entre as atividades de acusar e julgar, imparcialidade do juiz é critério de procedibilidade, respeito à igualdade de oportunidades, publicidade, contraditório e direito à defesa, bem como ao duplo grau de jurisdição.

Nas palavras de Nucci (2016, p. 76):

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

¹⁹ LOPES JUNIOR., Aury. Op. cit., 2008, p. 57.

Conquanto, o sistema inquisitório admite um substancialismo e uma relativização da garantia da forma em nome da “verdade real” (inalcançável), de outro, o modelo acusatório pauta-se por um formalismo protetor, em respeito à ética, considerando a condenação e absolvição equivalentes axiológicos para o resultado processual.²⁰

Fala-se ainda em um sistema misto, tendo em vista que apesar de que cada sistema possui suas particularidades, não é possível existir um sistema “puro”, mas tão somente a prevalência de um em função de outro.

3.3 Sistema misto

O Código de Napoleão de 1808 foi o primeiro ordenamento jurídico que adotou o sistema misto, também denominado de bifásico, que por certo mescla ambos os sistemas: o acusatório e o inquisitivo. O aspecto mais marcante desse modelo processual é a criação de dois momentos processuais, em que a primeira fase é predominantemente inquisitória, que visa investigar os fatos, sigilosa, secreta, sem contraditório ou possibilidade de defesa. Enquanto que a segunda comporta um caráter pautado no contraditório e todos os atos são públicos.

Na lição de Prado (Op. cit., 2001, p. 110-111):

O novo sistema, que principiou sua atuação na França, em seguida à Revolução, para com as guerras napoleônicas chegar a outros países, disciplinava o processo em duas fases. Na primeira delas, denominada de instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de

²⁰ LOPES Jr, Aury. 2019, p. 423.

igualdade. Salientou Pietro Fredas que esta estrutura foi consagrada no Código de Instrução Criminal de 1808, difundindo-se rapidamente pelos códigos modernos, com a proclamação da necessidade de uma investigação secreta e dirigida pelo Juiz, e com tímida atuação da defesa nesta etapa, razão por que consagra-se como sistema de tipo misto.

Para Gilberto Lozzi²¹, de fato, não existe um processo acusatório puro ou um processo inquisitório puro, mas somente um sistema processual misto, de onde se possa perceber a predominância do sistema acusatório ou do inquisitivo, o que inegavelmente baseia parte significativa dos ordenamentos jurídicos do mundo.

Nessa linha, nota-se no ordenamento jurídico brasileiro os aspectos desse sistema bifásico, quais sejam, a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício (art. 311); a decretação, de ofício, da busca e apreensão (art. 242); a iniciativa probatória a cargo do juiz (art. 156); a condenação do réu sem pedido do Ministério Público, pois isso viola também o Princípio da Correlação (art. 385); todos do Código de Processo Penal.

Não obstante, apesar da Constituição enunciar que o ordenamento jurídico brasileiro baseia-se no modelo acusatório, por exemplo ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129, CF), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao defender a primazia do contraditório, importante alertar que na realidade jurídica brasileira existem diversos elementos inquisitoriais.

Ainda sobre o sistema misto, insta apontar o posicionamento de Lopes Jr. que critica diretamente os aspectos que definem fases processuais (a acusatória e a inquisitória), pois defende não haver a possibilidade de sistemas puros atualmente, que estes seriam somente uma referência histórica e doutrinária,

²¹ (Lezioni di procedura penale, p. 5).

Assim, em essência, os sistemas processuais não são puros, pois apesar de cada um possuir um princípio informador próprio, ao “emprestarem” elementos um para o outro no decorrer da história, transformaram o sistema misto em regra. Nesse viés, o que de fato é crucial é analisar qual o cerne predominante, para assim definir qual é a aplicabilidade das normas no referido sistema processual, e se ele detém natureza inquisitória ou acusatória.

4 DAS PROVAS ILÍCITAS

4.1 Conceito

O processo tem por finalidade buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo, um fato histórico), assim, a gestão da prova é considerada a base fundante do processo penal, se desenvolvendo a partir de dois princípios informadores - acusatório e inquisitório.

Nesta seara, o papel da prova interage com busca pela verdade material, que na doutrina assume vários conceitos, além de ser considerada por vezes um conceito inadequado para a dinâmica processual penal, tendo em vista que a sentença é o resultado da convicção do juiz construída por meio do contraditório, não podendo ter caráter meramente subjetivo.

Na medida consigna LOPES Jr. (2021): “de nada serve lutar pela efetivação do modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição, quando tudo isso esbarra na atuação substancialista de quem busca uma inalcançável verdade real”, logo, o processo penal deve ser visto de maneira objetiva e lógica.

Em contraponto, no entendimento de NUCCI (2022) as provas estão diretamente relacionadas à busca da verdade, que, no processo penal, é denominada material, real ou substancial, distinta da verdade formal ou instrumental do processo civil. Para o referido autor é a descoberta da verdade que influencia o uso dos meios de prova, que conforme já discorrido no presente trabalho, são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo, os quais classifica da seguinte maneira:

Os meios de prova podem ser lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.

Assim, duas são as principais teorias doutrinárias relacionadas à função da prova, uma afirma que a prova é meio para busca da verdade de modo a possibilitar uma decisão atrelada ao conceito de equidade. Enquanto a outra se afasta da noção de verdade no processo, alegando que a prova é meramente um elemento direcionado ao convencimento do julgador, que visa um resultado positivo para uma das partes.

Superada esta questão, adentrarmos no cerne do presente trabalho: o tema de provas ilícitas.

Pontua-se que a estruturação do processo penal está ligada à legitimação da pena, sendo que em um Estado Democrático de Direito a pena é aplicada em respeito a um conjunto de garantias constitucionais que compatibilizam com o poder estatal. Dentre estas garantias dispostas na Constituição Federal de 1988 está a liberdade probatória, limitada expressamente pela regra geral de proibição da utilização de provas ilícitas, regulada no artigo 5º, inciso LVI, da CF, que assim dispõe:

Art. 5º LVI, CF – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A Lei Maior não se delongou na conceituação de provas ilícitas, assim, em matéria processual o conceito foi ampliado somente a partir da inteligência do art. 157 do Código de Processo Penal, *vide*:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

A prova ilícita é expressamente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser uma prova contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio jurídico. O termo “ilícito” tem sua origem etimológica no *latim illicitus* (*il + licitus*), compreendendo dois sentidos: um restrito, que abarca aquilo que vedado por ofender a lei material e outro, de maior abrangência, indicando o que é contrário à moral, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.

Logo, existem duas óticas - as provas obtidas por meio materialmente ilícito (a forma que a prova é obtida é vedada por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma que a prova é apresentada nos autos é vedada por lei), comumente denominado de ilegítimo, portanto, fala-se em provas ilícitas e provas ilegítimas.

Nas palavras de Moraes (Direito Constitucional, p. 117):

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Ante o exposto, as provas ilícitas são aquelas obtidas em desrespeito às normas constitucionais ou legais. E na sistemática processual brasileira não são aceitas, nem sequer podem entrar no processo, e se acabam por serem introduzidas nos autos, devem ser desentranhadas. Essa proibição legal está relacionada com a preocupação em resguardar os direitos fundamentais e os princípios processuais, a fim de evitar o descumprimento das cautelas estabelecidas pela lei e a violação de garantias fundamentais.

4.2 Provas ilícitas e provas ilegítimas

No caso das provas ilícitas há uma violação de direito material ou os preceitos constitucionais, como as liberdades individuais. Porquanto, as provas ilegítimas são aquelas que violam a ordem processual, no sentido de não atender aos critérios legais para obtenção e produção da prova.

Sobre esta diferenciação, LOPES Jr. (p. 473, 2022) conceitua que:

Prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Prova ilícita - é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo).

Em suma, as provas ilícitas são aquelas que violam a legislação e ocorrem durante o processo, por exemplo a violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou da sigilosidade das comunicações (art. 5º, XII, da CF), as provas obtidas mediante tortura, maus-tratos ou desrespeito à dignidade da pessoa humana (art. 5º, III, da CF), ou as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF).²²

Por sua vez, a prova ilegítima viola uma regra de direito processual no momento da sua produção em juízo, ou seja, não observa o critério legal para sua produção, cite-se por exemplo o laudo pericial produzido por perito não oficial, vedação presente no art. 159 do CPP.

Desta maneira, apesar da lei não diferenciar expressamente, as provas ilícitas as provas ilegítimas são distintas, pois o momento e o aspecto processual que configuram a ilicitude não são os mesmos. Inclusive, esta distinção é extremamente relevante para a aplicação dos preceitos processuais, visto que as provas ilícitas não são passíveis de repetição ou correção, sendo inadmissíveis. Noutro norte, com as provas ilegítimas há a possibilidade de repetição do ato, que pode ser “corrigido”, conforme os ditames e critérios legais, consoante o disposto no art. 573 do CPP.²³

²² ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., págs. 131-132.

²³ Marcos ZILLI. O Pomar e as Pragas, cit., p. 2.

4.3 Provas ilícitas nos termos do art. 157 do Decreto-Lei nº 3.689/1941

O art. 157 do CPP disciplina brevemente a matéria relativa às provas ilícitas. Consoante o teor do mencionado dispositivo legal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Ab initio, a lei processual penal, em consonância com a Constituição, determina a inadmissibilidade das provas ilícitas, não importando se esta é uma prova ilícita ou somente ilegítima. Segundamente, o preceito legal impõe o desentranhamento e se preclusa, a prova deve ser destruída através de decisão judicial, facultado às partes acompanhar esse incidente.

Ainda sobre o tratamento dado pela legislação às provas ilícitas, importante mencionar o entendimento doutrinário e jurisprudencial: no qual o art. 157 do CPP albergou a teoria dos frutos da árvore envenenada e trouxe limites a ela, que analisa precisamente o nexo causal entre uma prova e outra, e que será melhor discutido ao longo desta pesquisa.

Outrossim, com o advento da Lei n. 11.690/2008 foi disciplinado nos parágrafos do supracitado artigo a inadmissibilidade da prova derivada (princípio da contaminação), com exceção se a prova puder ser obtida de fonte

independente, bem como tratou sobre o desentranhamento e inutilização da prova ilícita.

Ou seja, o sistema da proibição da prova ilícita por derivação foi adotado (art. 157, § 1.º, CPP), de forma que, a prova derivada de outra “maculada” não pode ser aproveitada, devendo ser retirada do processo através do incidente de ilicitude da prova (art. 157, § 3.º, CPP), corroborado pelo art. 573, § 1º, do CPP, sendo fielmente seguido pela jurisprudência brasileira.

Portanto, uma prova ilícita não pode gerar outra ou outras que se tornem lícitas, todas serão inadmissíveis, exceto a prova de fonte independente, se comprovado que não há nexos causal entre a prova apresentada e a ilícita, ou seja, que tiveram fontes diversas. Assim define o art. 157, § 2.º, do CPP: “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Sobre os limites impostos em relação às provas ilícitas por derivação é delineada a seguinte crítica na doutrina de Lopes Jr.:

“[...]possibilita a expansão do espaço impróprio da subjetividade judicial, pois é a subjetividade do juiz que analisará a existência de ilicitude em determinado meio de prova, tendo em vista sua origem, o que pode resultar em uma concepção reducionista do processo, na qual os atos processuais são facilmente individualizados e não interdependentes.”

A saber, o art. 157 também trata sobre a limitação da descoberta inevitável, nesta teoria a prova derivada de prova ilícita originária seria providenciada de qualquer maneira, assim, não há relação de dependência entre as provas.

Em síntese, se uma prova é totalmente independente em relação à anterior, não há que se falar em prova derivada de vício e portanto, ilícita, sendo possível afastar a teoria da limitação da fonte independente dada a sua desnecessidade, segundo Capez (p. 147, 2022).

De volta ao caso de descoberta inevitável, convém ressaltar que se originou a partir de um precedente da Suprema Corte norte-americana, qual seja, o caso *Nix x Williams*, julgado em junho de 1984, se baseando em situações

concretas e evidentes. No caso em comento, investigava-se o desaparecimento de uma menina de 10 anos ocorrido em Des Moines, Estado do Iowa. O suspeito, preso em outra cidade, a caminho do local de desaparecimento, confessou o crime e o local do cadáver em uma conversa informal com a família.

Apesar da prova ter sido obtida ilicitamente, não foi considerada uma prova ilícita por derivação, já que seu encontro seria inevitável, pois o local em questão estava lotado de policiais e voluntários, em busca da criança.

Logo, não ocorreu nexos causal entre a confissão e a descoberta do corpo, pois haveria a busca de qualquer forma, assim, todos os procedimentos válidos foram feitos.

4.4 Provas ilícitas por derivação

A teoria da prova ilícita por derivação, majoritariamente aceita nos Estados Unidos, originou-se na justiça americana para dar fim aos abusos cometidos por policiais no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, ocorrido em 1920, e que acabou por tornar ineficaz a prova produzida por mecanismos ilícitos, sejam elas primárias ou secundárias²⁴.

Assim, a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação se origina no contexto jurídico brasileiro a partir da doutrina norte-americana “*fruits of the poisonous tree (fruit doctrine)*”, segundo a qual uma prova ilícita por derivação é uma prova que por si mesma é lícita, mas que foi alcançada por meio ilícito, se tornando conseqüentemente uma prova ilícita.

No ensinamento de CAPEZ (2022), as provas ilícitas por derivação não são ilícitas em sua origem, visto que não violaram as normas do direito material, mas decorrem de provas ilícitas, como por exemplo a confissão extorquida mediante tortura ou a prova obtida via escuta telefônica ilegal.

Em relação a sua admissibilidade, Luiz Francisco Torquato Avolio²⁵ afirma que tais provas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, que atinge todas as provas subsequentes. Serão ilícitas as demais provas que delas se originarem. Tal posição é expressamente

²⁴ MANUEL DA COSTA ANDRADE. (Sobre as proibições de prova em processo penal, p. 144).

²⁵ Luiz Francisco Torquato Avolio, Provas ilícitas, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 38.

imposta pelo caput do artigo 157, já anteriormente tratado.

Todavia, a controvérsia encontra-se no seguinte trecho: “(...) 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”, o legislador optou por apontar a possibilidade de duas exceções à inadmissibilidade de prova ilícita, assim sendo, a prova derivada não será ilícita se não restar comprovado o nexo causal entre sua obtenção e o meio ilícito, bem como se a prova fosse ser obtida independente de ato ilícito.

A própria doutrina aponta este como um dispositivo em flagrante inconstitucionalidade, além disso, o entendimento de não aceite de provas ilícitas por derivação pode ser inferido inclusive no art. 573, § 1º, do Código de Processo Penal, segundo o qual:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º. A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

Portanto, a lei é clara ao afirmar que a prova produzida por mecanismos ilícitos não pode gerar provas passíveis de análise e uso no processo judicial

4.5 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

Nesse cenário, importante traçar algumas linhas acerca da Teoria dos “Frutos da Árvore Envenenada”, relevante teoria desenvolvida sobre provas ilícitas por derivação, que neste ponto:

“Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* –, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. A partir de uma decisão proferida no caso

Silverthorne Lumber Co. vs. United States, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais.” (CAPEZ, 2022, p. 144)

A Suprema Corte estadunidense foi a primeira a desenvolver e aplicar o princípio da contaminação da prova aparentemente lícita por derivar de uma ilícita. No julgado, a doutrina foi empregada para inibir a atividade policial ilegal que violava as proteções constitucionais, especificamente, a 4ª Emenda da Constituição norte-americana²⁶, porém, o termo *Fruits of the Poisonous Tree Doctrine*, advindo da doutrina bíblica, só teve menção expressa em 1939, no caso *Nardone versus United States*. A teoria norte-americana dos Frutos da Árvore Envenenada (“fruits of the poisonous tree”), considerou inadmissível a conduta dos policiais em obterem provas sem a devida autorização judicial (*in casu*, livros contábeis referente a suposto crime fiscal).

Esta doutrina foi amplamente integrada ao ordenamento jurídico brasileiro, estando expressa na redação categórica do §1º do artigo 157: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”.

Com efeito, é de suma importância para a aplicação da limitação probatória no processo penal o estudo das provas ilícitas derivadas, visto que a Constituição de 1988, na redação do artigo 5º, inciso LVI, se limitou a proibir as provas ilícitas em geral, não se preocupando em tratar da admissibilidade desses casos, extremamente comuns no dia-a-dia forense.

Assim, segundo a legislação brasileira entende-se que o vício da contaminação é transmitido a todos os outros elementos de prova, devendo, assim, ser desentranhado do processo esse ato originalmente viciado, e todos que dele derivam ou decorram, pois é igualmente ilícita a prova que dele se obteve.

Conforme ensinamentos de Lopes Jr., apesar da inadmissibilidade de provas ilícitas por derivação na ordem processual penal brasileiro, existe a possibilidade da aceitação de provas derivadas de meios ilícitos, quando estas

²⁶ *Fourth Amendment. Encyclopædia Britannica*. Acesso 13 abr. 2023.

poderiam ser obtidas com ou sem a fonte ilícita, fala-se neste caso na teoria da fonte independente:

“É aceito na descoberta inevitável a prova mesmo que presentes eventuais relações de causalidade ou dependência entre as provas, sendo ilícita e da descoberta inevitável, se tratando de meio de prova adotado em determinada investigação. Assim sendo, evita a contaminação total das provas, que seja imediata a ilícita. Um exemplo é ainda que o ato de um policial ingressar em uma determinada residência seja ilícito, a eventual descoberta de um corpo no local não vai impedir que seja iniciada uma investigação a respeito do homicídio, tendo elementos nesta finalidade.”

Não obstante, insta ressaltar que alguns delitos jamais poderiam ser apurados individualmente, se a informação inicial de sua existência resultasse de uma prova obtida ilicitamente (por exemplo, escuta telefônica), antes, portanto, da instauração de qualquer procedimento investigatório, pois necessariamente ensejaria na violação de direitos na obtenção da prova.²⁷

Assim sendo, o que vai determinar a não contaminação da prova ilícita será a análise, em cada caso concreto, do nexos de causalidade na derivação da ilicitude. Sendo, portanto, a prova obtida via fonte independente, considerada lícita, em consonância com o § 2º do art. 157 do CPP.

Cumprida, superada a conceituação e o estudo do tratamento dado às provas ilícitas pela legislação e doutrina brasileiras, tratar das três teorias envolvendo as provas ilícitas, quais sejam: Admissibilidade Processual Da Prova Ilícita, Admissibilidade Processual da Prova Ilícita à luz do Princípio da proporcionalidade e Inadmissibilidade Absoluta.

²⁷Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2021.

5 DA ADMISSIBILIDADE PROCESSUAL DA PROVA ILÍCITA

A corrente que defende a admissibilidade processual da prova ilícita é a de menor apelo atualmente, conforme essa teoria a prova ilícita poderia ser utilizada se não vedada na lei, independente de violação de direito material, que poderia *per si* ser um crime penal ou um ilícito civil, que seria tratado em outra ação penal.

Esta teoria é em essência ambígua, já que sua aplicação permitiria que um objeto de prova ilícito cause a condenação de um indivíduo e simultaneamente traga outros efeitos processuais, como outro processo para tratar sobre a violação do direito material que levou a parte a obter a prova.

Nessa linha, veja-se:

“Para os que assim se posicionam, o problema jurídico da admissibilidade da prova não diz respeito à maneira pela qual ela foi obtida: o importante é verificar se sua introdução no processo é consentida, sendo irrelevante a consideração do uso dos meios utilizados para colhê-la. Assim, como o objetivo do processo é a descoberta da verdade real, acredita-se que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, seja ela aceita. Nesse caso, haverá de ser instaurada, contra aqueles que obtiveram a prova de forma ilícita, o devido processo penal, de forma a apurar a infração cometida.”²⁸

Esta tese possui pouca adesão entre os doutrinadores e nenhuma expressividade na jurisprudência brasileira.

Para os adeptos da admissibilidade da prova ilícita no Processo Penal, a legitimação da prova deve ser vista a partir da análise de sua eficácia e validade, mesmo que viole direito material. Assim, em respeito à autonomia dos ramos do direito, mesmo sendo ofensiva ao direito material uma prova ilícita pode ser legitimada.

²⁸ MULLER, Desirée Brandão. Prova ilícita: a possibilidade da sua aplicação no processo penal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-dasua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

Anote-se que toda a hermenêutica processual penal está pautada em consonância à Constituição Federal de 1988, visando a proteção integral de direitos e garantias fundamentais. De forma que, em muitos casos, apesar da norma legal, alguns direitos fundamentais podem ser sobrepujados por outros, como quando o direito à livre informação entra em conflito com a liberdade individual.

A partir disso, é utilizado para resolver o conflito entre princípios e direitos fundamentais a denominada ponderação, em que se busca a aplicação da norma mais adequada, resultando no princípio da proporcionalidade, amplamente discutido e de primordial compreensão no caso de admissibilidade de prova ilícita no processo penal, que é o que se discutirá na sequência.

5.1 As origens do princípio da proporcionalidade

A concepção de que deve haver um equilíbrio entre a pena imposta e o dano causado pelo crime advém desde a Antiguidade, porém, a concepção de que temos hoje do conceito de proporcionalidade remonta aos países europeus, cite-se Suíça, Alemanha, Áustria, Holanda, Bélgica e outros, e sempre caminhou lado a lado com a história da defesa dos direitos humanos.²⁹ Oriunda da doutrina jusnaturalista, que em respeito aos direitos dos cidadãos e, com fundamento nessas idéias, resultaram nas Declarações dos Direitos, de 1776, nos Estados Unidos da América do Norte, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França.

Nasce no contexto europeu de criação de mecanismos para evitar abusos de poder e o arbítrio das autoridades. Enquanto que na doutrina norte-americana alude a evolução de princípios como da isonomia e do devido processo legal.

É firme o entendimento de que o princípio da proporcionalidade, como conhecemos hoje, originou-se de fato na Alemanha, como uma forma de proteção à liberdade. Após a Segunda Guerra Mundial, a jurisprudência alemã passou a defender fortemente que o julgador deve se conter em casos que envolvam direitos fundamentais. Sabe-se que a Constituição de Weimar, de 1919, já foi um documento

²⁹ Luiz Carlos BRANCO. Equidade, Proporcionalidade e Razoabilidade (Doutrina e Jurisprudência). São Paulo: 2ª edição. Millennium Editora, 2006, p. 137..

que visava trazer limites aos poderes do Estado e por outro lado garantias e direitos fundamentais. Todavia, foi tão somente após as consequências devastadoras da ditadura nazista que a Constituição Alemã (1949) deixou claro que o direito natural limita o poder estatal.

Na lição de Barros (2000):

No Direito Constitucional alemão, outorgou-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou o princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

Com efeito, há de se mencionar o trabalho de Montesquieu em *Lettres persanes* (1721) e em sua obra *De l'esprit des lois* (1748), que possuem no seu bojo a relação de proporcionalidade entre os crimes e as penas impostas.

Posteriormente, a obra do Marquês de Beccaria, de 1764, *Dos delitos e das penas*, exerce papel marcante na idealização de um processo penal humanitário, além de criticar o sistema penal vigente, defendendo ferreamente que o rigor nas penas de nada serve para evitar o delito, assim registra o autor:

"[...] é muito difícil estabelecer uma justa proporção entre os delitos e as penas; porque, embora uma crueldade industriosa tenha multiplicado as espécies de tormentos, nenhum suplício pode ultrapassar o último grau da força humana, limitada pela sensibilidade e a organização do corpo do homem. Além desses limites, se surgirem crimes mais hediondos, onde se encontrarão penas

bastante cruéis?”

As questões suscitadas por Beccaria há séculos atrás ainda permeiam o sistema processual penal, visto que o princípio da proporcionalidade integra os ordenamentos jurídicos atuais e causa longas discussões, como *in casu*, envolvendo especificamente a admissibilidade de provas ilícitas com o respaldo principiológico da proporção.

Nessa linha, após integrar o Direito Administrativo na busca para limitar e evitar os excessos de poder, o princípio da proporcionalidade passa a fazer parte do Direito como um todo, com destaque no controle de constitucionalidade das leis.

Em relação à discussão central deste trabalho a aplicação da proporcionalidade, conforme jurisprudência europeia (destaca-se a alemã), está permitindo a admissão de provas obtidas ilicitamente nos casos em que a prova ilícita é utilizável, punindo somente quem a produziu. Porém, é mais do que certo que tal conduta não seria possível na realidade jurídica brasileira, pois abriria a porta para uma infinidade de ilegalidades, considerando as características ainda remanescentes do sistema inquisitório.

Sabe-se que, o princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro surge a partir da influência portuguesa, e apesar de não estar expresso, está contido na Constituição Federal e possui influência nos casos de admissibilidade de prova ilícita no processo penal.

5.2 Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade

Como já visto anteriormente, em suma, as discussões envolvendo a aceitação ou não das provas ilícitas no processo foram encerradas pela Constituição Federal de 1988, bem como pelo Código de Processo Penal (Lei 11.690/2008) em seu art. 157, que prevêem de maneira explícita a inadmissibilidade das provas ilícitas, sejam elas próprias ilícitas ou aquelas derivadas, com respaldo da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Em contraponto, conforme construção histórica já delineada, o princípio da proporcionalidade busca restringir o poder do Estado em detrimento da tutela e da garantia de direitos individuais. Este princípio encontra-se nas entrelinhas do artigo 5º, LIV, da CF, quando o constituinte trata do sistema do controle jurisdicional da constitucionalidade, especificamente no artigo 102, que traz os remédios constitucionais.

Ao se ater exclusivamente à letra da lei, é indiscutível que a prova ilícita não é aceitável no processo penal, sendo que os princípios não podem se sobrepor a normas legais. Todavia, existe uma corrente doutrinária em que o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado de maneira excepcional, nos casos em que a não aceitação da prova ilicitamente obtida causaria um resultado grave ou injusto.

Assim sendo, a prova ilícita pode ser utilizada em caso de conflito entre princípios, em que um possui mais valor que o outro, aplicando-se a proporcionalidade.³⁰ Conforme Neto (2006, p. 62) o termo proporcionalidade vem do latim “*proportionalis*”, de *proportio* (proporção, correspondência, relação), entende-se como uma relação de igualdade ou de semelhança entre várias coisas.

Na dialética processual penal, segundo inclusive a doutrina, o critério da proporcionalidade relativiza a vedação da utilização da prova ilícita, em sendo caso de confronto entre princípios constitucionais, a vedação é mitigada, propiciando uma coexistência harmônica entre o exercício do poder estatal e a preservação dos direitos do cidadão³¹.

Com efeito, é importante relatar quais direitos permitem o uso de prova ilícita no processo, quais sejam, a liberdade individual, o direito à vida, ao contraditório, da ampla defesa, por exemplo. Eugênio Pacelli de Oliveira preceitua que “a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias”. Nessa linha, “o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa [...] constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade”.

³⁰ (GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, 2001, p.93).

³¹ REIS; GONÇALVES, 2014, p.263.

Na lição de Alexy (NOVELINO, 2020, p. 336) a proporcionalidade em sentido estrito é quando a escolha recai sobre o meio que, no caso concreto, levar mais em conta o conjunto de interesses em jogo, ou seja, uma espécie de controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão. Assim, para Robert Alexy: "Um meio é proporcional se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca."

Não obstante a concepção acima, que permite a utilização em um processo de provas advindas de meios ilícitos, a aplicação do princípio da proporcionalidade em favor do réu ou do Estado não é algo imposto pela doutrina, tampouco pela lei, mas tão somente demonstra uma preocupação com direitos e garantias fundamentais, que em suma regem a prestação jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro.

Na visão de Capez (2022, p. 146):

"Não é razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado."

Ante o exposto, a inadmissibilidade da prova ilícita pode ser abrandada em nome do princípio da proporcionalidade, que em síntese parte do entendimento de que, o caso concreto precisa ser analisado a partir de uma ponderação entre princípios, assim, a legitimidade das provas ilícitas poderá ser mantida. Este posicionamento pode ser correlacionado com a denominada teoria da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), desenvolvida na Alemanha no

pós-guerra, segundo a qual, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, a prova ilícita pode ser admitida, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes.

Nesse sentido, a vedação do uso de provas ilícitas no processo seria um princípio relativo. À vista disso, insta discorrer também acerca da admissibilidade de provas ilícitas à luz do princípio *pro reo*, visto que é praticamente unânime o entendimento que admite a utilização no processo penal, da prova favorável ao réu ainda que produzida por meios ilícitos.

Segundo GREGO FILHO (1989):

“[...] uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que sacrifique algum preceito legal.”

De modo geral, a tendência atual do meio jurídico, sob a égide da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, é a análise da admissibilidade das provas ilícitas à luz do princípio da proporcionalidade, com escopo de diversos direitos fundamentais.

Sendo que, de modo geral, a discussão acerca da in(admissibilidade) de material probatório ilícito não está encerrada, tanto a doutrina como os tribunais se debruçam sobre o tema.

Para Marinoni e Arenhart (2001, p. 305), o critério de proporcionalidade é necessário em casos de tensão entre princípios constitucionais de mesma grandeza. Considerando que o Direito Penal e o Direito Processual Penal pretendem cumprir uma missão inerente a todo o Direito: proteção de direitos, individuais, coletivos e difusos.

Nesse contexto, o juízo de proporcionalidade deve, além de identificar o conflito entre princípios constitucionais relativos à efetiva proteção de direitos fundamentais, elaborar critérios objetivos, tanto quanto possíveis, em que a escolha por um dos princípios possa não implicar na desconsideração integral do outro.

5.3 Provas ilícitas a favor do réu

A doutrina majoritária aponta a possibilidade de admissibilidade, no processo penal, de prova ilícita, desde que favorável ao réu, assim, sob a ótica da defesa e da Constituição, o princípio da ampla defesa se sobrepõe ao princípio da proibição da prova ilícita, mesmo que esta vedação tenha caráter público, material e afete a atuação estatal.

Sendo que, tal possibilidade não enseja em extremos, pois a aplicação da proporcionalidade em prol do réu é feita de maneira cuidadosa, bem como vista com receio pelas Cortes. De forma que, é imperiosa a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, porém, não se trata de um princípio absoluto, a superar outros direitos constitucionais.

Ainda nesse escopo, Lopes Jr. aduz que se no momento de obtenção da prova ilícita o réu poderia inclusive estar acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, como quando alguém viola o direito à intimidade de alguém acessando suas mensagens telefônicas, a fim de provar sua inocência. O autor defende ainda a teoria da inexigibilidade de conduta diversa (causa de excludente de culpabilidade), que poderiam legitimar a prova nos autos.

Como já tratado, a teoria da proporcionalidade, desenvolvida por tribunais alemães, reconhece a relativização da vedação das provas ilícitas no processo penal. Desse modo, em caráter excepcional, quando há um desequilíbrio entre valores fundamentais, pode se admitir em casos graves a prova ilícita.

Na lição de Tourinho Filho (2018, p. 532):

"Na verdade, se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado. Poder-se-á, então, dizer: *male captum, bene retentum*."

Como já tratado, a teoria da proporcionalidade, desenvolvida por tribunais alemães, reconhece a relativização da vedação das provas ilícitas no processo

penal. Desse modo, em caráter excepcional, quando há um desequilíbrio entre valores fundamentais, pode se admitir em casos graves a prova ilícita, visando garantir a absolvição de alguém ou ainda a redução da pena.

Em entendimento análogo, disciplina Greco Filho:

“[...]a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.”

Desta feita, à luz do princípio da proporcionalidade defende-se a validade da prova obtida ilicitamente quando, em crime grave, através da ponderação dos interesses em conflito, emergisse o direito à persecução penal. Insta mencionar que a tendência da doutrina pátria é a de acolhimento dessa teoria, para favorecer o acusado, admitindo-se portanto que sejam utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, desde que em benefício da defesa (Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP).

Ante o exposto, o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode criar caminhos que permitam perpetuar condenações injustas. Desta forma, na contraposição entre admitir uma prova vedada e permitir que alguém inocente seja privado injustamente de sua liberdade, em atenção ao Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana, prevalece o favorecimento ao réu.

Nessa linha, a teoria da aplicação da prova ilícita ao processo baseada no postulado da proporcionalidade, defende que diante de um caso concreto grave seria desproporcional a não valoração de uma prova que teria o poder de inocentar alguém, mesmo que tenha sido obtida em desacordo às normas legais.

Ademais, considerando a aplicação do princípio da proporcionalidade, é importante traçar que existem critérios para sua subsunção no caso, quais sejam: necessidade, adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito. Este último se traduz em uma “balança”, em que se “pesaram” os direitos fundamentais em contraposição.

Portanto, segundo LIMA (2017, p. 385), em eventual conflito (mesmo aparente) entre garantias individuais, impõe-se a prevalência do interesse maior a ser protegido, no caso em concreto. Frise-se que o objetivo seria possível de evitar que graves inconvenientes e injustiças, que poderiam ocorrer caso o réu (inocente) não pudesse utilizar esta prova, ainda que, aparentemente, violando o ordenamento jurídico, fazer prova de sua inocência.

Semelhante a lição de Norberto Avena (2007, p. 408):

A prova ilícita pode ser usada, excepcionalmente, em prol do réu, isto não significa que se torne lícita a partir dessa utilização. Bem ao contrário: continua revestida do caráter de ilicitude. Considerando que a prova ilícita é obtida mediante violação de garantias ou princípios previstos na Lei Maior, assemelha-se ela a um cadáver em decomposição, que não pode ser ressuscitado. Observe-se, pois, que se for considerada lícita a prova usada em prol do acusado sob o fundamento do princípio da proporcionalidade, este mesmo meio poderá ser utilizado como fundamento para condenação do verdadeiro responsável pela infração. Persiste sua natureza ilícita, sendo apenas considerada como fator de convicção do juiz no intuito de evitar-se uma injustiça.

Desta feita, observa-se que é possível a utilização de prova ilícita exclusivamente, em favor do réu, a fim de zelar pelo seu direito à liberdade, caso seja inocente. Porém, conforme Mougenot (2017) há ressalvas, a mitigação da vedação às provas ilícitas, admitindo como eficaz a prova que em princípio seria considerada ilícita, desde que ela não seja adotada como único elemento de convicção do juízo.

Quanto à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade *pro reo* fica restrita a cada caso concreto, ou seja, não é uma regra, apenas uma relativização dos limites estabelecidos pela própria Constituição. Ressalta-se que o limite dessa aplicação é a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, de forma que a prova ilícita não pode ultrapassar este fundamento constitucional.

Diante disso, em situações que o bem jurídico seja de maior importância, a vedação constitucional de uso de provas ilícitas não pode ser interpretada de maneira absoluta e extrema. Assim, a norma legal de inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito vale como regra geral. Entretanto, comporta exceções ditadas pela incidência de outros princípios, também constitucionais, mais relevantes.

5.4 Provas ilícitas a favor da sociedade

A possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em casos que envolvam provas ilícitas *pro reo* suscita a questão se é possível também para favorecer o interesse público (sociedade, acusação), é a denominada corrente “*Pro Societate*”, que defende a flexibilização da prova ilegal em favor do interesse público.

A saber, o Direito Processual Penal é um direito de viés público, porém, é assim enquadrado por envolver o poder de punir do Estado, que só cabe a este. Não sendo possível afirmar que em casos criminais deve haver necessariamente um embate entre o interesse público e o privado, o primeiro devendo prevalecer visando a condenação, pois no processo penal, apesar de estar de fato presente o interesse estatal, existem os direitos e garantias fundamentais de um sujeito.

Esta teoria é criticada na doutrina, pois gera margem para graves violações, além de definir o que é sociedade de maneira arbitrária, colocando o Estado como um ente que prioriza condenações e penas rigorosas. Os poucos adeptos da admissibilidade de provas ilícitas em favor da acusação, apontam que poderia ser benéfica em casos de extrema complexidade, tal como tráfico transnacional e crimes cibernéticos, que reconhecidamente causam grande impacto na sociedade.

Sobre o tema, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior questionam:

“Crime gravíssimo que, se concretizado, colocaria em risco a segurança de todo o País, poderia ser olvidado porque seu conhecimento teve origem em prova ilícita? A resposta a tais

questionamentos é a aplicação do sobredito princípio da proporcionalidade, que interdita o excesso na aplicação de regras constitucionais.”

Sobre o assunto, CAPEZ (2022) aponta se seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência, do qual se serve para planejar crimes, ou desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens. Para o doutrinador a resposta seria negativa, enaltecendo o interesse *pro societate* em detrimento a um direito fundamental do réu.³²

Em sentido oposto, Daniel Sarmiento³³ explicita o entendimento de que “não seria compatível com a tutela dos direitos fundamentais a flexibilização da proibição constitucional para prestigiar a atividade persecutória do Estado”, tendo em vista essencialmente que os direitos e valores constitucionais possuem status garantista no processo penal. Nessa linha, a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente tem como objetivo obstaculizar atos arbitrários e ilegais por parte do Estado, como uma garantia do devido processo legal.

Tanto porque, o Estado é que possui o papel de investigar e de apresentar material válido, portanto, cabendo a eles o ônus da prova no processo penal, casos que lidam com a análise são frágeis e apontam para elementos de prova duvidosos, portanto, se a acusação (através da atuação do Ministério Público) não logrou êxito em formular o conjunto probatório, não convém se beneficiar da flexibilização desta vedação constitucional.

Destaca-se a abordagem do Ministro Celso de Mello no julgamento de um *habeas corpus*, que tratava de uma denúncia pela suposta prática de homicídio qualificado, em que a sentença baseou se exclusivamente em elementos coligados em sede de inquérito policial, sem inquirição das testemunhas em audiência de instrução e julgamento, ficando claro o conflito entre poder acusatório do Estado de um lado e a pretensão de liberdade do acusado de outro.

³² CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 18ª edição. Ed. Saraiva, p.228. p. 308. p. 318. p. 344. p. 360. p. 368 e p. 389.

³³ SARMENTO, D. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 182.

No voto, o ministro ressalta que o STF ao apreciar a presunção de inocência, tem reiteradamente advertido que as acusações penais não se presumem provadas, motivo pelo qual a presunção de inocência atua como limitação ao poder do Estado, recaindo sobre o órgão acusatório, de modo muito mais intenso. Portanto, cabe ao Ministério Público provar de forma inequívoca, plena, para além de qualquer dúvida razoável a culpabilidade do acusado e dos fatos constitutivos da imputação penal.³⁴

Sendo assim, praticamente unânime o afastamento da admissibilidade *pro societate*, possuindo certamente casos isolados que divergem da maioria, mas que não convergem com a força constitucional dos direitos fundamentais, consagrados pelo processo penal de perfil democrático e pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 180.144. 2ª Turma. Relator: Min. José Celso de Mello Filho. Julgado em: 10/10/2020. Publicado em: 22/10/2020. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754177235>>. Acesso em: 07 abril. 2023.

6 DA INADMISSIBILIDADE ABSOLUTA DA PROVA ILÍCITA

A corrente doutrinária de inadmissibilidade absoluta de provas obtidas com infringência a leis ou normas processuais tem como base a interpretação literal do art. 5º inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, que rejeita qualquer possibilidade de aceitação provas ilícitas, não sendo relevante quais valores ou direitos em conflito.

Possui respaldo também no disposto pelo Art. 157 do Código de Processo Penal, preconizando a “absolutização” da vedação de material probatório ilícito ou ilegítimo no processo, indo de encontro a tese de que na teoria do Direito não há que se falar em regras e direitos absolutos. Logo, a inadmissibilidade absoluta pretende por meio de uma concepção universal determinar que a regra deve prescindir qualquer ponderação ou adequação ao caso concreto, independente das circunstâncias e das discussões.

Inicialmente, a inadmissibilidade de provas ilícitas possuía certas aberturas, que permitiam o uso de prova contaminada, todavia, tanto a doutrina como a jurisprudência nacional evoluíram para a convicção de que tais provas devem ser banidas do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por elas demonstrados. A partir disso, firmou-se em nossas Cortes a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, com a orientação de que, quando assim reconhecidas, devem ser desentranhadas dos autos.

LOPES Jr. (2019) aduz que a ilicitude não atinge de forma fragmentada o processo, visto que se a captação de uma prova desrespeita uma norma, independentemente de ser processual ou material, violou o sistema jurídico como um todo, pois este consiste num conjunto de legislações que devem ser interpretadas de forma unívoca e não individualizada. Finalmente, para a corrente proibitiva, qualquer que tenha sido o fundamento utilizado, o Estado deve ter uma postura normativa, moral e unitária incompatível com a admissão da prova ilícita, porque não se pode dar valor algum a uma prova que foi obtida infringindo-se a lei.

Com efeito, todas as provas produzidas violando disposições de direito material ou processo não podem ser aceitas, pois entende-se que para a obtenção da prova foi violado algum direito constitucionalmente assegurado, não sendo

possível, portanto, exceções ou relativização. Esta teoria é a de maior adesão, tanto na doutrina, como na jurisprudência das Cortes Superiores do Brasil.

Nessa linha, a jurisprudência majoritária considera que a prova ilícita é inidônea e imprestável, não se revestindo de qualquer aptidão jurídico-material e, portanto, destituída de qualquer grau de eficácia jurídica, não podendo de forma alguma influir em qualquer que seja a prestação jurisdicional buscada pelas partes.

Dessa forma, consigna-se que o direito à prova, nada obstante garantido constitucionalmente, não é absoluto. Suas limitações demonstram que, mesmo sendo necessário buscar a verdade real, não se pode passar por cima de direitos e garantias constitucionais para alcançar o fim visado. (SILVA, 2002).

Evidente pois que ao vedar o uso de material probatório ilícito, a norma constitucional visa garantir os propósitos éticos e a regularidade da atividade estatal persecutória. A fim de priorizar a tutela de direitos fundamentais, como a intimidade, a integridade física e a honra, o sigilo da correspondência e das comunicações, a liberdade de exercício profissional e a liberdade religiosa.

Portanto, parte significativa da doutrina afirma que não se coaduna com o devido processo legal, nem com limites éticos, a validade de um julgamento fundado em provas ilicitamente obtidas.

7 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O meio jurídico brasileiro, principalmente as cortes constitucionais firmam entendimento no sentido de que o poder punitivo do Estado não pode se pautar por elementos probatórios ilicitamente obtidos, pois isso configura grave ofensa ao princípio do devido processo legal, tal concepção decorre dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Com o intento de consolidar tal entendimento, foi expressamente adotada a doutrina dos frutos da árvore envenenada pelo Código de Processo Penal, ditando que a prova ilícita contamina as outras provas dela originadas. A doutrina da ilicitude por derivação considera 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.

Ainda no tocante à doutrina dos frutos da árvore envenenada, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que as provas ilícitas contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes. Ademais, o uso de provas ilícitas no processo por uma das partes gera o direito de ver essas provas desentranhadas dos autos, havendo a possibilidade de trancamento da ação penal originada de material probatório ilícito.

Por sua vez, há alguns casos em que o STF utiliza a teoria da proporcionalidade para relativizar a aplicação rígida do preceito constitucional e admite o uso da prova viciada quando em favor do acusado, porém, essa admissão ocorre tão somente em casos excepcionais pelo Judiciário. Ou seja, em regra não se admite ou se tenta “descontaminar” a prova ilícita, mas em certos temas ainda se encontra a sua admissão em função de um “bem maior”, como a absolvição e a liberdade de um indivíduo.

No âmbito do Superior Tribunal Federal, foi proferida uma decisão sobre a prova ilícita, onde o caso versava acerca da busca e apreensão de materiais, realizada em um quarto de hotel, sem ter o mandado judicial. Na decisão, foi entendido que o quarto de hotel merece a mesma proteção de inviolabilidade de domicílio, previsto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Desse modo, foi entendido pelos tribunais que não se anula a condenação, se a determinada sentença não for fundada somente na prova ilícita. E, tão pouco anulável na decisão condenatória, em existência de uma prova ilícita e as demais provas forem ilícitas e ter aptidão para fundamentar a decisão.

O STF expressivamente aderiu à teoria das exceções às provas ilícitas por derivação estadunidense, quando se trata de fonte independente, bem como possui julgados no sentido de entender cabível a teoria da descoberta inevitável.

Outrossim, a Corte Máxima já se pronunciou, em diversos julgados, a favor da licitude da gravação de conversa telefônica, realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, desde que em circunstância que dispensa a ordem judicial.

Nessa linha, se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado [...] (Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383).

Cite-se ainda o Habeas-Corpus nº 74.678-1/SP, no qual apontam o seguinte entendimento:

"[...]evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora

de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa" (STF, 1ª T., HC nº 74.678-1/SP, Rel. Min. Moreira Alves, votação unânime, Diário da Justiça, Seção I, 15.08.97, Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 1.878-02).

Ante o exposto, é possível concluir que as Cortes Superiores são firmes em aplicar como regra geral a inadmissibilidade de provas colhidas com desrespeito ao direito material por flagrante incompatibilidade com o inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal. Porém, excepcionalmente, serão aceitas provas ilícitas a depender da análise do caso concreto e dos valores e bens jurídicos em discussão.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na dinâmica processual penal a prova denomina-se como um meio utilizado no momento de convencimento do juiz acerca de um fato jurídico relevante, que pode envolver a punibilidade ou a absolvição de um indivíduo.

Considerando que a função da prova está relacionada a uma busca pela verdade, seja esta material ou processual, é de suma necessidade o estudo do tema, tanto para ciência do Direito como para a atividade judicial, pois a todo momento as partes no processo têm de provar a veracidade de suas afirmações.

Outrossim, o lastro probatório permitirá que o juiz exerça a atividade cognoscitiva em relação ao fato histórico (passado), atividade esta da qual decorrerá a sentença, portanto, existe uma interação direta da prova com a decisão penal. Sendo assim, no curso de um processo criminal até seu final julgamento, mostra-se incontroversa a relevância do material probatório para formação do entendimento do Juízo, de forma que é imprescindível analisar se as provas inquinadas de ilegitimidade ou ilicitude são inadmissíveis de maneira absoluta.

A análise feita considerou as limitações no momento de produção de provas, justamente para que se possa garantir a atenuação da discricionariedade decisória e do poder punitivo estatal, em respeito aos princípios constitucionais, dentre estes, o devido processo legal, a presunção de inocência, o direito à vida, à liberdade e à segurança.

Assim, em que pese a vedação legal da admissibilidade de provas ilícitas no processo penal brasileiro, a problematização e a discussão em torno da temática existem, considerando a colisão desta vedação com garantias constitucionais.

Ao fim desta pesquisa, cabe destaque a percepção formada de que a gestão da prova está diretamente ligada ao sistema processual predominante, e que os elementos probatórios trazidos pelas partes ao processos são de grande importância na busca da chamada verdade processual, que influi na certeza do juiz e resulta na sentença. Ressalta-se que o sistema de gestão de provas no Brasil é o da livre convicção, sendo admitidos todos os meios de prova, exceto os ilícitos, tendo o juiz liberdade para valoração no momento de decidir sobre o fato criminoso.

Quanto à conceituação de prova, apresentamos a sua relevância para a apuração dos fatos e sua relação com o processo, este que permite a resolução de

conflitos na sociedade moderna e o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que inicialmente não admite a utilização da prova ilícita, uma prova que, *a priori*, é incompatível com os ditames legais, devendo ser de imediato retirada dos autos, a partir do incidente de prova ilícita.

Na abordagem do cerne deste trabalho, qual seja, o tratamento dado às provas ilícitas no processo penal brasileiro, surgem conceituações relevantes e correntes teóricas divergentes, através das quais pode-se concluir que foi a partir da Constituição Federal de 1988, com seu artigo 5º, inciso LIV, que a inadmissibilidade da prova ilícita foi firmada no ordenamento jurídico brasileiro, complementarmente, o artigo 157 do Código de Processo Penal, segundo a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, estabeleceu idêntica vedação, dizendo ainda que a prova eivada deve se desentranhada do processo, além de afastar a prova ilícita por derivação, sendo este o posicionamento mais recorrente nos Tribunais Superiores.

Ademais, na sequência foi melhor abordado sobre as provas ilícitas por derivação, conforme aspectos da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, que impõe a não admissão de provas derivadas de ilicitude, entendimento este estabelecido no §1º do artigo 157, Código de Processo Penal. Nesse escopo, a teoria oriunda da jurisprudência norte-americana explicita que se uma prova possui nexos causal com um elemento ilícito, não pode ser admitida, posicionamento este inclusive adotado nos tribunais brasileiros, apesar de haver ressalvas, como por exemplo quando envolver gravações telefônicas que dispensem autorização judicial.

Por sua vez, o CPP prevê duas exceções, que permitiriam que fossem aceitas as provas ilícitas: a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável, comumente aplicadas pelos julgadores, a depender do caso concreto, tendo em vista que a falta de critérios em situações que envolvem o uso de material probatório ilícito pode gerar diversas violações de direitos e garantias fundamentais.

No que tange ao ponto principal desta monografia - a admissibilidade de provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade, importante foi definir este princípio e como este se aplica no ramo jurídico, principalmente em casos de

desequilíbrio ou tensão entre bens jurídicos. Sobre isto, conclui-se que, em casos excepcionais e específicos, são aceitas provas derivadas de ilicitude, caso sua admissão beneficie o acusado e possibilite a comprovação de sua inocência e consequente absolvição.

Todavia, essa exceção não é aceita indiscriminadamente, mas deve inclusive se adequar aos critérios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, oriundos da teoria alemã. Desta feita, em muitas situações alguns valores constitucionais podem se sobrepor a outros, momento este em que deverá haver uma ponderação por parte do julgador, visando ao máximo a efetividade da justiça e a eficácia da prestação jurisdicional.

Conquanto, já no que tange à aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da sociedade, ou seja, da acusação, não é bem vista na doutrina, bem como afastada pelas Cortes Superiores, pois não está em consonância com os princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, os direitos e garantias do indivíduo, alvo do poder punitivo estatal, prevalecem sobre o interesse público em relação à condenação.

Portanto, adotado o princípio da proporcionalidade, é perfeitamente possível utilizar-se de provas ilícitas e das derivadas destas em situações excepcionais, quando não for possível resolver por outros meios. E, nesse sentido, tais possibilidades vêm sendo aceitas entre as cortes superiores, com notório declínio para uso do princípio em favor do réu, podendo valer-se delas para absolvição, e maior restrição quanto ao uso do mesmo em favor da sociedade, evitando desta forma tornar tal situação uma regra e coibir os abusos de autoridade.

Outrossim, definimos a prova ilícita como vedação à utilização de meios contrários a preceitos legais. Na sequência, é promovida a discussão das principais questões que surgem no tocante à prova ilícita, sintetizando as principais correntes que discutem sua admissão ou não.

Nesse prisma, apresentamos as três principais sobre o tema, sendo a de inadmissibilidade absoluta a de maior ocorrência. Porém, existe o meio termo das duas correntes (a de inadmissibilidade e a de admissibilidade), na qual se reconhece a plenitude do direito à prova e também admite que existem certos casos que exigem a relativização da vedação, diante do princípio da

proporcionalidade.

Assim, a flexibilização da teoria da inadmissibilidade ocorre a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, que permite a partir de uma ponderação do julgador o uso de provas ilícitas em processos criminais, que podem trazer benefícios ao réu, favorecendo o garantismo penal.

Por conseguinte, após se desenvolver o presente estudo, foi possível inferir que a vedação à prova ilícita no processo penal é essencial ao regular Estado Democrático de Direito. Sendo que, doutrinamente existe uma distinção entre as provas ilícitas das provas ilegítimas, podendo ser as últimas corrigidas e portanto, aceitas no processo. Sabe-se que a prova ilegítima afronta norma de natureza processual, enquanto as provas ilícitas são aquelas produzidas em contrariedade a normas legais. Assim, a ilicitude decorre da infringência direta aos preceitos dispostos pela Carta Magna, porém, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente pode ser relativizado em favorecimento do acusado, em momentos de embate entre garantias fundamentais, quais sejam, o direito à liberdade e à segurança.

Nesse sentido, a doutrina é majoritária ao declarar a admissibilidade da prova, ainda que ilícita, quando esta puder ser utilizada em benefício do réu, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, por meio do qual deve o magistrado escolher, dentre os valores divergentes, qual deve ser priorizado no caso concreto, sempre visando a presunção de inocência.

Não obstante, o uso da prova ilícita para favorecer a acusação (*pro societate*) não possui tanta adesão, seja por parte dos Tribunais ou da doutrina, visto que pode permitir que o poder estatal de punir se exceda, cabendo ao Estado, na figura do Ministério Público, o ônus de produzir material probatório adequado.

Outrossim, verificou-se que, no Brasil, a teoria de maior adesão é a da inadmissibilidade absoluta das prova ilícita no processo, inclusive em relação às provas ilícitas por derivação, conforme a adoção definitiva da teoria dos frutos da árvore envenenada, conforme inteligência do art. 157, do Código de Processo Penal.

Excepcionalmente, como demonstrado, em casos concretos o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça aceitam provas ilícitas quando a

fontes foram independentes, ou quando a descoberta for inevitável. Desta forma, a jurisprudência brasileira mostra-se bastante reticente em aceitar material probatório eivado de ilicitude, adotando uma postura conservadora acerca do tema.

Ante todo o exposto, a inadmissibilidade de prova ilícita no processo penal não pode ser vista de forma absoluta, devendo ser compatível e congruente com os princípios constitucionais e com os direitos individuais. Assim sendo, a teoria de aplicação do princípio da proporcionalidade em casos que envolvam provas ilícitas deve ser aplicada a fim de garantir a Justiça, conforme a análise de cada caso concreto, possibilitando a mais adequada prestação jurisdicional.

9 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. 2002. BRANCO, Luiz Carlos. **Equidade, proporcionalidade e razoabilidade.** São Paulo: RCS Ed.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: Interceptações Telefônicas Clandestinas. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL, **Código Penal.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2022

BRASIL, **Código de Processo Penal.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 609.221** RJ, Relator: ROGERIO PELUSO, Data do Julgamento: 15/06/2021, Sexta Turma. Data de Publicação: 22/06/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1240189948>. Acesso em 30 mar. 2023.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales, v. I e II.** Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo. 269. ed. SaraivaJur, 2022.

Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – promulgada pelo Decreto n. 40/91 –, a qual foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984.

CORDERO, Franco. **Note sul procedimento probatório, in Tre studi sulla prova penale Milano: Giuffré. Procedura penale. 8 ed.** Milano: Giuffré, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Prejudicialidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. _____. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Trad. Raquel Ramalheite. 34. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**, p. 112-113, apud SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**, cit., p. 81.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scaranze; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª Edição. Salvador: JusPodivm. 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo. Saraiva, 2021.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (fundamentos da

instrumentalidade constitucional). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino. **A lógica das provas em matéria criminal**. A.M. Teixeira & C, 1927.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed., 2004, apud BARROS, Janete Ricken Lopes de. **Direitos fundamentais como direitos subjetivos**. Artigo publicado no Jus Navegandi, 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13032&p=1>>. Acesso em 18 set. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** – 14. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal** – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant'anna. **Dupla Face do Garantismo Penal e Implicações no Direito Brasileiro**. Editora Contemplar, 2020.

Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States. 251 U.S. 385 (1920). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385>. Acesso em: 20 set. 2022.