

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCJ

VICTOR SANTOS GUSMÃO

**OS LIMITES DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

SANTA RITA

2021

VICTOR SANTOS GUSMÃO

OS LIMITES DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (DCJ-CCJ), como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. José Neto Barreto Júnior.

SANTA RITA

2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

G9821 Gusmão, Victor Santos.

Os Limites da Admissibilidade da Prova Ilícita no
Processo Penal Brasileiro / Victor Santos Gusmão. -
João Pessoa, 2021.

51 f.

Orientação: José Neto Barreto Júnior.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. provas ilícitas. 2. admissibilidade no processo
penal. 3. teoria da descoberta inevitável. 4. princípio
da proporcionalidade. I. Barreto Júnior, José Neto. II.
Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

VICTOR SANTOS GUSMÃO

**OS LIMITES DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (DCJ-CCJ), como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. José Neto Barreto Júnior.

Data da aprovação: 07/12/2021

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. José Neto Barreto Júnior (ORIENTADOR)

Prof. Me. Nayara Toscano de Brito (AVALIADORA)

Prof. Me. Wendel Alves Sales Macedo (AVALIADOR)

RESUMO

A inadmissibilidade da prova ilícita trata-se de uma das garantias mais importantes no âmbito do processo criminal, tendo em vista que é um tema central para a fundamentação das decisões judiciais. Sendo assim, a proibição da prova ilícita, verdadeira garantia constitucional, posiciona-se em lugar de destaque no ordenamento jurídico nacional. No entanto, assim como outras garantias constitucionais, a aplicação da proibição da prova ilícita não pode se dar de maneira absoluta, sob pena de causar situações incompatíveis com os valores de justiça adotados pela sociedade. Desse modo, a análise das provas ilícitas e de seu comportamento no processo torna-se cara tanto aos operadores do direito, quanto aos outros membros da sociedade, tendo em vista que, eventualmente, qualquer um pode figurar como parte em um processo penal. Este trabalho, portanto, traz como tema os limites da admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro, analisando-os a fim de alcançar o objetivo geral de entender o que levou ao estabelecimento de cada exceção, bem como de delimitar a amplitude de cada ressalva. Para tanto, este trabalho de caráter exploratório parte de uma abordagem qualitativa, que coloca em ênfase a pesquisa bibliográfica pertinente ao tema, estabelecendo os seguintes objetivos específicos: descrever as principais características do tratamento da prova e de sua ilicitude no processo penal brasileiro, perpassando pelo conceitos introdutórios; expor a exceção à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação a partir do uso da teoria da descoberta inevitável; e detalhar o funcionamento do princípio da proporcionalidade e a sua utilização para admitir provas ilícitas no processo penal. Por fim, esta pesquisa conclui pela existência de duas possibilidades de admissão da prova ilícita no processo penal brasileiro, reafirmando, ao final, os limites impostos pela doutrina e jurisprudência ao tema.

Palavras-chave: [provas ilícitas]. [admissibilidade no processo penal]. [teoria da descoberta inevitável]. [princípio da proporcionalidade].

ABSTRACT

The inadmissibility of unlawful evidence is one of the most important guarantees in the context of criminal proceedings, considering that it is a central issue for the basis of judicial decisions. Thus, the prohibition of illegal evidence, a true constitutional guarantee, stands in a prominent place in the national legal system. However, as with other constitutional guarantees, the application of the prohibition of illegal evidence cannot take place in an absolute manner, under penalty of causing situations incompatible with the values of justice adopted by society. In this way, the analysis of illegal evidence and its behavior in the process becomes dear to both legal practitioners and other members of society, considering that, eventually, anyone can appear as a party in criminal proceedings. This work, therefore, brings as its theme the limits of the admissibility of illicit evidence in the Brazilian criminal procedure, analyzing them in order to reach the general objective of understanding what led to the establishment of each exception, as well as to delimit the scope of each reservation . Therefore, this exploratory work starts from a qualitative approach, which emphasizes the bibliographical research pertinent to the topic, establishing the following specific objectives: to describe the main characteristics of the treatment of evidence and its illegality in the Brazilian criminal procedure, passing through the introductory concepts; expose the exception to the inadmissibility of illicit evidence by deriving from the use of the theory of inevitable discovery; and detailing the functioning of the principle of proportionality and its use to admit illicit evidence in criminal proceedings. Finally, this research concludes for the existence of two possibilities for admitting illicit evidence in the Brazilian criminal process, reaffirming, in the end, the limits imposed by doctrine and jurisprudence on the subject.

Keywords: [illicit evidence]. [admissibility in criminal proceedings]. [inevitable discovery theory]. [principle of proportionality].

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	9
2.1 Conceito e finalidade da prova	9
2.2 Sistemas de avaliação da prova	11
2.2.1 Sistema da íntima convicção	12
2.2.2 Sistema da prova tarifada	13
2.2.3 Sistema do livre convencimento motivado	15
2.3 A prova ilícita	17
2.3.1 A prova ilícita por derivação	19
2.4 Busca pela prova e a verdade no processo penal	21
3 A(S) EXCEÇÃO(ÕES) À INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	23
3.1 Teoria da fonte independente	24
3.2 Teoria da descoberta inevitável	27
4 A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA A PARTIR DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	30
4.1 O comportamento das normas principiológicas	31
4.2 Natureza mista dos Direitos Fundamentais	33
4.3 Princípio da proporcionalidade e a admissibilidade da prova ilícita	35
5 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O processo penal, como instrumento da jurisdição estatal, trata das lesões e dos conflitos existentes entre os bens mais caros ao indivíduo. Por ser um campo complexo, e pela sua capacidade de causar danos irreparáveis, o legislador constituinte criou uma série de garantias fundamentais a fim de direcionar a atuação do direito processual penal. Uma dessas garantias trata-se da proibição da prova ilícita (positivada no artigo 5º, LXI, CF/88).

Por meio desta proibição, não deve ser admitida no bojo do processo qualquer prova obtida por meios ilícitos. No entanto, observa-se que a aplicação desta garantia de forma absoluta pode gerar situações, no mínimo incômodas, como a condenação de alguém que o estado sabe ser inocente a partir de uma prova ilícita. A importância dada a este tema se intensifica na medida em que qualquer indivíduo pode, a princípio, figurar como parte de um processo criminal.

Nesse sentido, a legislação, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram hipóteses de limitação da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal a fim adequar as situações que poderiam caminhar para decisões incoerentes com a justiça. Embora pareça óbvio que em alguns casos a prova ilícita deve ser aceita, não há uma resposta óbvia para até que ponto se estenderá a admissibilidade.

Assim, percebe-se a necessidade de se avaliar os limites da admissibilidade da prova ilícita no processo penal. Então, questiona-se: quais os limites da admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro? Com efeito, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar os detalhes das exceções (legais, jurisprudenciais e doutrinárias) referentes à garantia constitucional da proibição da prova ilícita.

Para tanto, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: descrever as principais características do tratamento da prova e de sua ilicitude no processo penal brasileiro; listar os dispositivos legais que tratam da prova ilícita por derivação e analisar os dispositivos que criam exceções à inadmissibilidade a esta modalidade de ilicitude e; detalhar o funcionamento do princípio da proporcionalidade, a sua utilização para admitir provas ilícitas no processo penal, assim como abordar os limites desta utilização.

Parte-se da hipótese de que as exceções à proibição da prova ilícita podem ocorrer em duas situações: quando houver prova ilícita por derivação, caso em que poderá ser utilizada a teoria da descoberta inevitável; e quando houver conflito entre o princípio da proibição da prova ilícita e outra norma-principiológica de mesma hierarquia, como o direito à segurança e à proteção do estado de inocência do indivíduo.

O presente trabalho possui a finalidade de levantar teses jurisprudenciais e doutrinárias que discutem esse tema. Procura-se, desse modo, acrescentar os esforços doutrinários para conduzir, de maneira adequada, o direito na garantia dos direitos fundamentais no tocante ao tema das provas no direito penal e processual penal.

A abordagem utilizada na presente pesquisa refere-se ao método dialético, avultado pela demonstração do embate doutrinário acerca do tema. Por meio da análise desse conflito de ideias, objetiva-se colaborar para o conhecimento sobre o direito processual penal.

Com relação à metodologia de pesquisa, trata-se de um trabalho de caráter exploratório, com abordagem qualitativa que coloca em ênfase a pesquisa bibliográfica, com o levantamento da doutrina mais relevante e de artigos científicos, juntamente com a jurisprudência acerca do tema.

No primeiro capítulo, é feito um panorama geral das provas ilícitas no processo penal brasileiro, definindo os conceitos e entendimentos iniciais acerca da temática das provas ilícitas que serão a base para as discussões posteriores.

Em seguida, analisa-se a ilicitude por derivação, matéria estabelecida pelo artigo 157, do Código de Processo Penal, abordando especificamente as hipóteses de admissibilidade da prova ilícita por derivação, bem como traçando a origem e a intenção de cada teoria materializada no dispositivo legal.

Ao final, constrói-se análise da aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir, no processo penal, provas obtidas por meios ilícitos. Tendo em vista que não há dispositivo legal expresso sobre o aludido princípio, o presente trabalho analisará as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca desta norma-principiológica e da técnica que ela impõe.

2 A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O presente capítulo se incumbirá de apontar as definições basilares do tema para a melhor adequação do trabalho. Desse modo, busca-se apontar os conceitos estabelecidos pela doutrina ou pelo legislador a respeito da prova, bem como sobre sua finalidade.

Evitar-se-á, aqui, a discussão a respeito de definições não necessárias ao tema, como classificações das provas, provas em espécie estabelecidas no código processual penal, ônus probatório e momento da atividade probatória, tendo em vista que aprofundar-se nesses quesitos não é objeto do presente trabalho.

Em seguida, a pesquisa buscará definir e relacionar os sistemas de avaliação da prova, demonstrando suas influências no processo penal brasileiro. Uma vez que a definição desses sistemas influencia diretamente no modo como o juiz interpreta as provas dos autos, estes conceitos são imprescindíveis para a presente pesquisa.

Finalmente, entendeu-se necessário abordar as preponderantes normas principiológicas atinentes à atividade probatória no processo penal, já que são tais dispositivos normativos que estabeleceram os limites utilizados para acolher ou afastar a admissibilidade das provas ilícitas, que serão abordados nos capítulos seguintes.

2.1 Conceito e finalidade da prova

Ao ter ciência de indícios de atividade criminosa, o estado, monopolizador da direito de punir, dá início ao que chamamos de persecução do crime, isto é, um conjunto de atos que busca analisar a materialidade e autoria do suposto delito. Essa análise deverá ser feita a partir da avaliação das provas colhidas no processo penal, sendo que, ao final, culminará em uma sentença judicial, finalizando parte da prestação jurisdicional no âmbito penal.

Assim, cabe dizer que, a definição de “prova” está intrinsecamente ligada a de processo como instrumento à atividade jurisdicional do Estado, tendo em vista que, no intuito de solucionar as lides existentes entre partes, o julgador deve fundamentar

sua decisão nos fatos que permearam o caso concreto. A prova surgirá, então, para demonstrar (de forma aproximada) ao julgador, dentro do processo, a realidade pretérita e influenciá-lo, portanto, em sua decisão.

O conceito da prova, no âmbito jurídico, não foi tratado pelo Código de Processo Penal, tampouco pela Constituição Federal, cabendo à doutrina o entendimento acerca de sua definição.

Em comentário à lição de Guilherme Nucci, Nestor Távora explicará que existem três sentidos para o termo “prova”: 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); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos) demonstrando a verdade de um fato (TÁVORA, 2017, p. 618).

Nessa pesquisa, será utilizado, de forma majoritária, o conceito de prova como a informação ou o fato do qual se pretende convencer o juiz, assim como um meio (sinônimo do termo “meio de prova”), ou seja, o instrumento processual a partir do qual leva-se aos autos do processo determinadas informações que influenciaram no convencimento do julgador.

Nesse sentido, posiciona-se Aury Lopes:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico (...). Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). (AURY, 2012, p. 470).

Ainda nesse caminho, dispõe Noberto Avena:

Prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias.(...) No processo penal, a produção da prova objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo. Não se destina, portanto, às partes que a produzem ou requerem, mas ao magistrado, possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal. (AVENA, 2018, p. 537-538).

Estando, então, o juiz impossibilitado de conhecer a verdade acerca do que aconteceu em determinado caso concreto, cabe às partes juntar elementos capazes

de demonstrar, de forma aproximada, como passaram-se os fatos que integram determinada lide.

A partir do conceito de prova seria possível, então, definir sua finalidade, qual seja, a de influenciar na formação do convencimento do juiz a respeito de um fato, para subsidiar a fundamentação de uma decisão condenatória ou absolutória. (TÁVORA, 2017, p. 618).

Em virtude disso, importa dizer que o magistrado torna-se o destinatário direto da prova já que será a ele encaminhado o material juntado aos autos a partir do qual formará seu convencimento; sendo as partes destinatárias de forma indireta, sendo a elas possível analisar o material probatório e formar seu pensamento sobre a fundamentação do juiz, aceitando-a ou não (TÁVORA, 2017, p. 620).

2.2 Sistemas de avaliação da prova

Como já mencionado, o juiz, em posse do material probatório, deverá formar seu convencimento acerca dos fatos que permeiam o caso concreto. Essa atividade psíquica do julgador, qual seja, a de valorar as provas apresentadas, também está regida por normas. Ao conjunto de normas que limitam a atividade valorativa realizada pelo juiz dá-se o nome de “sistema de avaliação da prova”.

As regras de valoração das provas demonstram transparência no ato de julgar, já que a partir delas é possível conhecer os mecanismos que o órgão julgador utilizará para julgar, revelando o motivo do convencimento deu ensejo à decisão judicial e funcionando como um fator de conformação das partes e de fiscalização do órgão judicante (TÁVORA, 2017, p. 654).

Sobre o tema, a doutrina cita três principais sistemas que figuraram na evolução histórica da atividade de avaliação da prova, são eles: a) sistema da livre convicção ou íntima convicção do magistrado; b) sistema da prova tarifada ou prova tabelada e; c) sistema da persuasão racional ou da livre convicção do magistrado.

Sem pretender traçar análise a respeito da evolução histórica dos referidos sistemas, essa pesquisa buscará conceituá-los e identificá-los no ordenamento processual penal brasileiro.

Nesse sentido, é possível definir os sistemas em basicamente três: o sistema da livre convicção, por meio do qual o julgador não precisa motivar suas decisões. Este sistema ainda prevalece no Tribunal do Júri, de forma que os jurados, no momento de proferirem suas decisões, não precisam expor fundamentação alguma; b) sistema da prova tarifada, que estabelece por meio de lei o valor que cada norma terá no momento do julgamento, isto é, os elementos probatórios possuem um valor pré-estabelecido por lei, cabendo ao juiz apenas exponha em sua decisão o que o legislador já definiu. A doutrina entende que existem resquícios desse sistema no ordenamento jurídico nacional, como quando a lei determina forma específica para a produção de uma prova (por exemplo, o art. 158, do CPP, que estabelece a obrigação de realizar-se exame de corpo de delito para infrações que deixarem vestígios, impedindo a sua substituição pela confissão); c) sistema da persuasão racional (ou do livre convencimento motivado), o qual busca o equilíbrio dos elementos dos sistemas anteriores, determinando que o julgador não está limitado a nenhuma valoração específica da prova, mas deve sempre fundamentar de forma lógica a sua decisão. Estando determinado no art. 93, IX, da CF/88, este é o sistema adotado majoritariamente pelo processo penal brasileiro.

2.2.1 Sistema da íntima convicção

O primeiro sistema que trataremos é o da “livre convicção”, “íntima convicção” ou da “certeza moral do juiz”, sendo que por meio desse sistema o julgador encontra-se livre para formar seu convencimento a respeito do caso concreto, não estando limitado às provas colhidas nos autos nem a formas específicas de valorá-las.

Assim, o julgador possuiria total liberdade para construir o seu convencimento, sem o ônus de expor os motivos sobre as razões que o levaram a tomar esta ou aquela decisão, sendo, inclusive, irrelevante a circunstância de encontrar-se ou não a prova nos autos do processo. (AVENA, 2018, p. 546)

O sistema da íntima convicção recebe críticas por conta da margem de discricionariedade e arbitrariedade com que o juiz pode formar seu convencimento. Já que não precisa demonstrar os fundamentos de sua decisão, nem precisa

fundamentá-la nas provas limitadas ao processo, o julgador torna-se quase que impossível de ser fiscalizado.

Dentro do sistema da íntima convicção, as partes ficam quase que impossibilitadas de conhecer os mecanismos utilizados pelo julgador, faltando transparência no ato de julgar.

Conforme a doutrina pátria, o sistema da íntima convicção permanece em nosso ordenamento jurídico no tocante aos julgamentos em sede do Tribunal do Júri, já que os jurados apenas depositam seus votos, sem a necessidade de fundamentá-los em qualquer elemento.

Sobre o tema, Aury Lopes tece ferrenha crítica sobre tal sistema de avaliação de provas, comentando que o sistema da íntima convicção possibilita a existência da “monstruosidade jurídica” de haver julgamento a partir de qualquer elemento, uma vez que a liberdade dos jurados alcança a possibilidade de que eles decidam fora da prova existente nos autos, ou até mesmo contra a prova. Ou seja, seria possível utilizar como fundamento de um voto a aparência física, a opção religiosa e sexual, a posição econômica e a postura do réu durante o julgamento. (AURY, 2012, p. 491-492).

É importante mencionar, quanto aos julgamentos do tribunal do júri, que o legislador previu, no artigo 593, § 3º, do Código de Processo Penal, a possibilidade de anular, uma única vez, a decisão do Conselho de Sentença caso o Tribunal entenda que o julgamento se deu em contrário às provas colhidas nos autos.

Art. 593. (...)

§ 3º Se a apelação se fundar no nº III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação. (BRASIL, 1941).

No entanto, apesar dessa limitação, o mesmo diploma legal proíbe a interposição de uma segunda apelação com o mesmo motivo. Ou seja, entendeu o legislador que caso o júri decida sucessivamente contra as provas nos autos seria porque decidiram de acordo com sua íntima convicção (a partir do conhecimento de fatos, costumes e da realidade do lugar em que vivem), de forma que não seria possível uma segunda anulação da decisão para submeter o julgamento a um terceiro júri. (AVENA, 2018, p. 546).

2.2.2 Sistema da prova tarifada

Já no sistema da prova tarifada, o legislador estabelece previamente o valor de cada prova, bem como qual deve ser a posição do julgador em eventual conflito entre elas. Ou seja, há pouca ou nenhuma margem de liberdade para o juiz.

Aqui, ao contrário do que ocorria no sistema da íntima convicção, o magistrado não possuiria qualquer liberdade para valorar a prova colhida nos autos. O valor e a hierarquia da atividade probatória já estaria determinada pelo legislador.

A crítica a esse sistema dirige-se ao fato de que o julgador fica engessado na análise da matéria probatória, de forma que, em que pese a existência de diversos casos distintos, todos deverão ser julgados sob o mesmo modo de valoração das provas. O sistema é conhecido, por exemplo, pela determinação do valor nulo ao testemunho de uma única pessoa, sendo que, por outro lado, a confissão do réu seria prova cabal e suficiente para uma condenação.

Atualmente entende-se que a melhor maneira de realizar um julgamento justo é considerar as peculiaridades de cada caso concreto. Assim deve ser a avaliação das provas, com o juiz observando o caso concreto e valorando o material probatório de acordo com a realidade de cada julgamento.

Saltam aos olhos os graves inconvenientes de tal sistema, na medida em que não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso. (AURY, 2012, p. 490).

Segundo explica a doutrina, haveria, no Código de Processo Penal Brasileiro, resquícios do sistema da prova tarifada, quais sejam: o artigo 62 estabelecendo prova única para comprovação da morte do acusado; o artigo 92, que determina forma para comprovação do “estado civil das pessoas” e; o artigo 158, que cria obrigação de realização de exame de corpo e delito em caso de crimes que deixarem vestígios.

Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade. (BRASIL, 1941)

Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. (BRASIL, 1941)

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. (BRASIL, 1941).

Em consonância com o que explica Aury Lopes, traços da estrutura lógica do modelo da prova tarifada podem ser observados no artigo 158, do CPP, o qual impõe que, em infrações que deixam vestígios, é imprescindível a realização de exame de corpo de delito, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Para o autor, este é um claro exemplo de que a lógica do sistema legal de provas não foi completamente abandonado (AURY, 2012, p. 490).

Outros exemplos que fortalecem o argumento da existência de resquícios do sistema da prova tarifada, tratam-se do art. 62, do CPP, o qual exige a apresentação de certidão de óbito para que seja possível extinguir a punibilidade pela morte do réu, e do art. 155, parágrafo único (do mesmo diploma legal), exigindo que a prova de estado das pessoas, no âmbito penal, utiliza as mesmas restrições estabelecidas pela lei civil, isto é, exige comprovação via certidão. Nesses dois exemplos, o juiz tem sua liberdade limitada, devendo fundamentar sua decisão somente conforme determina a lei.

2.2.3 Sistema do livre convencimento motivado

Por fim, como sistema majoritariamente adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro, tem-se o Sistema da Persuasão Racional (ou do livre convencimento motivado), por meio do qual o juiz tem liberdade para apreciar as provas colhidas no processo e formar seu convencimento, desde que construa fundamentação de como chegou a determinada ideia. Referido sistema está previsto no artigo 155, caput, do Código de Processo Penal, em conjunto com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, vejamos:

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. (BRASIL, 1941).

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

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1998).

Em análise aos supracitados diplomas legais é possível concluir, segundo Noberto Avena, que: a) não há limitação dos meios de prova aos listados em lei, isto é, qualquer prova, mesmo que não prevista no CPP, e desde que lícita, poderá ser admitida na formação da convicção do julgador; b) não existe hierarquia entre os meios de prova, de forma que, não havendo valor prefixado na legislação, nada impede que o juiz confira maior valor a determinadas provas em detrimento de outras; c) há a obrigação de motivação das decisões judiciais; d) não pode o magistrado formar sua convicção a partir dos elementos colhidos em sede de procedimentos estranhos ao processo criminal (p. ex., no inquérito penal) e; e) obriga a observância às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa quando da produção das provas que serão utilizadas pelo juiz. (AVENA, 2018, p. 544-545).

Observa-se que o sistema da persuasão racional traça um caminho de equilíbrio entre os dois sistemas anteriormente mencionados. Assim, dá a liberdade suficiente para o julgador valorar as variadas provas existentes (lembrando que as provas só existem se formadas dentro do processo, observando garantias constitucionais), mas estabelece limites para essa atividade, como a necessidade de fundamentação dos caminhos que utilizou para gerar seu convencimento.

É importante salientar que a necessidade de fundamentação das decisões contribui grandemente para a fiscalização da atividade judicial, bem como para fazer valer a garantia do contraditório no processo, já que as partes terão acesso ao modo de valoração da prova utilizada pelo magistrado.

A utilização desse sistema também pode ser observada por meio da jurisprudência, senão vejamos:

Em observância aos princípios da congruência e do livre convencimento motivado do juiz, a decisão proferida em processo de caráter subjetivo é construída a partir dos argumentos e pedidos expendidos naqueles autos e está fundamentada nas provas nele produzidas, a fim de oferecer a solução

mais adequada ao caso concreto submetido à análise, respeitados os limites do ordenamento jurídico pátrio vigente, razão pela qual não vincula o relator em processo com limites subjetivos e objetivos distintos dos de referência” (Rcl 23241 AgR, 2.ª T., rel. Dias Toffoli, 05.04.2016, v.u. STF).

“No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do habeas corpus a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado (HC 354.109 – MG, 5.ª T., rel. Jorge Mussi, 15.09.2016, v.u. STJ).

Por fim, é importante salientar que a discussão a respeito da admissibilidade das provas ilícitas esvazia-se quando se está dentro do sistema da íntima convicção do juiz. Basta lembrar que nesse sistema o julgador sequer precisa construir fundamentos sobre como chegou a determinada conclusão. Ou seja, mesmo que determinadas provas fossem retiradas dos autos por serem consideradas inadmissíveis, não seria possível impedir o juiz de utilizá-las para formar seu convencimento, tendo em vista que ele não se sabe o que exatamente foi utilizado por ele para alcançar essa ou aquela dedução.

Por outro lado, quando se está em sede do sistema da prova tarifada e da persuasão racional, a lógica se inverte. No primeiro, o julgador sequer pode fazer valorações que fujam daquilo que o legislador já previra anteriormente, de forma que seria quase que impossível a utilização de provas consideradas inadmissíveis.

No segundo, como já falamos anteriormente, a necessidade de fundamentação inerente ao sistema contribui para a fiscalização do caminho utilizado pelo julgador para chegar a uma conclusão. Assim, caso fossem utilizadas provas ilegais para construção de determinada decisão, essas seriam possivelmente identificadas.

2.3 A prova ilícita

A persecução penal, atividade que busca definir a materialidade e a autoria de delitos, tem o condão de transgredir diversos direitos fundamentais, como a intimidade, a privacidade, a não invasão do domicílio, o sigilo bancário etc. Basta imaginarmos investigações nas quais são realizadas buscas e apreensões nos domicílios, ou quando se realiza a quebra do sigilo bancário dos investigados.

Não podendo olvidar-se desse fato, o legislador constituinte, com o intuito de impedir ou frear tal impulso violador, optou por estabelecer a proibição das provas ilícitas no processo. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988), instituindo, assim, o que a doutrina chama de princípio da inadmissibilidade da prova ilícita.

No mesmo sentido, o legislador infraconstitucional, por meio da Lei 11.690/2008, introduziu no Código de Processo Penal a inadmissibilidade das provas ilícitas, só que dessa vez, aprofundando um pouco. O artigo 157, do CPP, passou a estabelecer que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (BRASIL, 2008).

Diferentemente da redação constitucional, o código de processo penal prestou-se a tecer mais comentários sobre as provas ilícitas, e assim definiu-as como aquelas obtidas em violação a normas constitucionais e legais. Nesse ponto, cabe informar que esta redação desconsiderou classificação doutrinária que diferenciava provas ilícitas e ilegítimas.

Por meio dessa distinção, provas ilícitas são violadoras do conteúdo de normas materiais ou substanciais, enquanto provas ilegítimas contradizem normas de direito processual. Ambas classificações seriam, nesse pensamento, espécies do gênero “provas ilegais”.

Ocorre que, havendo o Código de Processo Penal desconsiderado, aparentemente, a diferença entre provas ilícitas e ilegítimas, parte da doutrina entende que tal distinção estaria superada em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, Aury Lopes afirma que “Para o legislador, não há distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas, na medida em que o art. 157 consagra as duas espécies sob um mesmo conceito, o de prova ilícita.” (AURY, 2021, p. 174).

No entanto, ainda na doutrina encontram-se posições que afirmam permanecer a diferença entre prova ilícita e ilegítima. Para alguns defensores dessa ideia, a distinção seria necessária em vista da eventual existência de pequenos erros meramente processuais que poderiam prejudicar toda a instrução, se considerados como capazes de macular todo o meio de prova, já que a prova iria ser desentranhada dos autos.

Para exemplificar, Norberto Avena, sugere que o esquecimento do magistrado em compromissar a testemunha (quando do seu depoimento) e a falta de subscrição dos peritos no laudo pericial toxicológico - que violam respectivamente os artigos 203 e 154 a 158, do Código de Processo Penal -, caracteriza mera irregularidade, ou, na pior das hipóteses, uma nulidade relativa sujeita à demonstração do prejuízo da parte interessada. (AVENA, 2021, p. 490).

Ademais, sobre a falta de assinatura do perito em laudo toxicológico, posicionou-se o STJ no sentido de que “a jurisprudência desta Corte é reiterada de que a simples falta de assinatura do perito criminal no laudo definitivo constitui mera irregularidade e não tem o condão de anular o exame toxicológico (...)”. (AgRg no REsp 1.731.444/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 20/6/2018).

Nesse sentido, Norberto Avena adota definição que considera como provas ilegítimas aquelas que atentam contra normas de caráter processual, enquanto que provas ilícitas contrariam, direta ou indiretamente, normas de caráter constitucional. Para o autor, o artigo 157, do CPP, ao dizer que provas ilícitas seriam, também, aquelas obtidas em violação a normas legais, quis incluir no termo “legais” apenas as disposições infraconstitucionais que refletem preceitos da constituição. Isto é, seriam ilícitas provas obtidas por meio da violação de leis que indiretamente estabelecem garantias constitucionais.

Essa pesquisa adotará o pensamento que equipara as expressões “prova ilícita” e “prova ilegítima”, conforme se infere da leitura no Código de Processo Penal. Isto é, será considerada como ilícita a prova obtida em violação a normas constitucionais ou legais, desconsiderando distinções entre provas ilícitas e ilegítimas.

Superando essa parte de definições, seriam exemplos de provas ilícitas aquelas obtidas em desobediência ao descrito no mandado de busca e apreensão; sem observar requisitos legais indispensáveis no caso de interceptação telefônica; mediante tortura; em audiência estando o acusado sem defesa técnica; em caso de diligência que necessite de autorização judicial e não a tenha e etc.

2.3.1 A prova ilícita por derivação

Para dar mais integridade à proteção contra a prova obtida por meio ilícito é imprescindível considerar os efeitos que dela podem advir. Assim, num processo maculado pela presença de uma prova ilícita é necessário ter a percepção de que outros elementos podem ter surgido com origem na ilicitude. Pensando nisso, o legislador entendeu por bem considerar a existência de provas lícitas a uma primeira vista, mas que possuem origem em um elemento não lícito.

Tendo isso em vista, no artigo 157, do Código de Processo Penal, o legislador estabeleceu, por meio da Lei 11.690/2008, as chamadas provas ilícitas por derivação. Seriam provas diferentes das ilicitamente obtidas, mas que guardariam nexos de causalidade com essas. Assim, em caso de haver uma prova regular que tenha se originado de uma primeira prova ilícita, considera-se haver contaminação na origem daquela por esta.

Vejamos o que estabelece o artigo 157, do CPP:

Art. 157.

(...)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (BRASIL, 1941).

O dispositivo legal introduz no ordenamento jurídico brasileiro o que a doutrina chama de “teoria dos frutos da árvore envenenada” (ou “fruits of the poisonous tree”), trazendo uma metáfora simples no sentido de que, havendo uma árvore envenenada, todos os frutos que dela vierem também possuirão veneno. Em outras palavras, existindo uma primeira prova maculada pela ilicitude, todas as outras que dela derivarem também estarão contaminadas.

A aludida teoria teve início, conforme explica Aury Lopes (AURY, 2021, p. 177), no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão “fruits of the poisonous tree” sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937.

Para exemplificar, imagina-se a realização de busca e apreensão de armas utilizadas para a prática de crimes, sendo que teriam sido descobertas a partir de implantação de escuta telefônica ilegal. Assim, mesmo que a diligência de busca e

apreensão seja realizada em observância a todos os dispositivos legais estará contaminada de ilicitude uma vez que é derivada de uma prova ilegal (a escuta telefônica ilícita).

Com efeito, tendo em vista que a garantia da proibição da prova ilícita busca livrar o processo penal de elementos viciados, não é coerente permitir que provas originadas de uma atividade ilegal permaneçam no bojo do processo. Assim, pode-se dizer que a teoria da prova ilícita por derivação busca tornar completa a garantia constitucional em tela.

A segunda parte do dispositivo legal - “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” - estabelece exceções para a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. No entanto, por conta de um melhor posicionamento dos argumentos dessa pesquisa, a análise dessas exceções será realizada em capítulo posterior.

2.4 Busca pela prova e a verdade no processo penal

Questão de interessante discussão é sobre a persecução da verdade no processo penal. Esse tema surge a partir do pensamento de que o Direito Penal/Processo Penal trata das condutas mais danosas ao indivíduo e à coletividade, e, por conta disso, deveria ter um cuidado maior com o resultado da atividade jurisdicional criminal, não se contentando com informações incompletas que pudessem gerar injustiças.

Nesse sentido, o julgador, legitimado pela busca da verdade, poderia desconsiderar situações nas quais a atividade probatória das partes fosse insuficiente ou mesmo contraditória com a “realidade”. Por exemplo, o juiz não precisaria se contentar com a confissão do acusado, bem como, percebendo a inércia das partes na produção de uma prova importante ao desfecho do caso, poderia o juiz produzi-la de ofício.

Haveria, então, uma distinção entre a verdade produzida pelas partes no bojo do processo “verdade processual” e a realidade, a “verdade material”.

E, nesse ponto, distinguiria-se o direito processual penal do direito processual civil, por exemplo, já que o último permitiria a aceitação de uma certeza -

denominada por alguns de “verdade processual” - em consequência da inércia de uma das partes na impugnação de fatos, conforme artigo 341, do Código de Processo Civil. No processo penal, por sua vez, não haveria a permissão para tal tipo de modalidade de formação da convicção, havendo a necessidade de comprovação, por parte da acusação dos fatos alegados; daí surgiria o termo “verdade material”.

Corrobora a existência da busca pela verdade no processo penal o artigo 156, do Código de Processo Penal, que estabelece a faculdade do juízo para agir, de ofício, na atividade probatória.

A busca pela verdade material seria, no entanto, um elemento inerente ao sistema processual inquisitório, no qual observa-se uma relação mais estreita entre o órgão julgador e o órgão acusador. Essa relação estreita, como é possível imaginar, acaba aumentando a possibilidade de parcialidade do juiz.

Assim, a doutrina majoritária entende, haja vista a Constituição de 1988 ter abraçado um conjunto relativamente grande de garantias individuais, que o Estado brasileiro adotou o sistema processual acusatório, no qual a figura do julgador se distancia da figura do acusador, privilegiando a imparcialidade do juiz e enfraquecendo a amplitude do princípio da busca pela verdade.

É importante frisar que, sobre o tema, foi introduzido, pela Lei 13.964/2019, o artigo 3º-A o qual parece demonstrar a opção derradeira do legislador pelo sistema acusatório, já que determina “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” (BRASIL, 1941).

Todavia, deve-se dizer que este e outros dispositivos introduzidos pela Lei 13.964/2019 estão suspensos no atual momento por decisão no bojo das ADIs 6.298, 6.300 e 6.305. Em verdade, muito se fala que o esforço pela verdade real serviu de argumento para atrocidades cometidas na persecução penal, já que cogita-se uma busca a qualquer custo (AURY, 2021, p. 154).

Outra crítica que se faz ao princípio da busca pela verdade real se dá no campo da epistemologia jurídica, no tocante às limitações na relação entre objeto cognoscível e sujeito cognoscente. Essa relação, por se dar imprescindivelmente no campo dos sentidos, estaria sujeita a toda limitação advinda desse âmbito físico.

Sobre o tema, AURY LOPES (AURY, 2021, p.155) comunica que “Os fatos passados não são passíveis de experiência direta, senão verificados a partir de suas

consequências, de seus efeitos”. Além disso, a “verdade” estaria no todo e não na parte, e, sendo a experiência sensitiva incapaz de compreender o todo, a verdade seria, então, inalcançável. (CARNELUTTI, apud, AURY, 2021, p. 155).

Nesse sentido, sendo a verdade uma só, não haveria sentido em diferenciar “verdade processual” e “verdade material” (ou verdade real). Haveria, de fato, diferentes requisitos para se alcançar a certeza, sendo que o processo penal (diferentemente do processo civil) exigiria requisitos mais rígidos para alcançá-la.

Cabe dizer, ainda, que, apesar de ser possível - em virtude das suspensões dos dispositivos da Lei 13.964 - discutir a amplitude do poder instrutório do juiz, não há posições adotadas, pela doutrina ou jurisprudência nacional, para admitir provas ilícitas no processo penal por meio do princípio da busca pela verdade real.

3 A(S) EXCEÇÃO(ÕES) À INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

As provas ilícitas por derivação seriam aquelas que, em que pesem obtidas por meio legal, guardam relação de origem com uma prova anterior obtida de forma ilícita. Tal pensamento, que vinha sendo adotado de forma jurisprudencial pelo judiciário brasileiro, foi materializada, em 2008, em dispositivo legal.

Antes de ser introduzida no ordenamento infraconstitucional, usava-se como fundamento legal para aplicação da ilicitude por derivação o art. 573, § 1º, do CPP, que dispõe que a nulidade de um ato causará a dos atos que dele diretamente dependam. Trazendo essa ideia para o tema das provas, destacava-se o nexo de causalidade entre uma prova ilícita e outra que derivava daquela (AVENA, 2021, p. 495).

Ressalta-se, também, o fato de que a garantia constitucional da proibição da prova obtida por meios ilícitos leva conseqüentemente à proibição da prova ilícita por derivação, questão materializada na teoria norte-americana dos “frutos da árvore envenenada”. De fato, é possível dizer que a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação torna mais completa a garantia constitucional da vedação às provas ilícitas. Isso é, não parece muito coerente proibir uma prova ilícita mas ignorar a mácula de suas consequências no processo.

Todavia, com o advento da Lei 11.690/2008, como já versado anteriormente por esse trabalho, o Código de Processo Penal, seguindo os passos da Constituição da República, passou a abordar o tema das provas ilícitas. Enquanto a Constituição estabelece de forma ampla que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988), o Código de Processo Penal aprofunda mais o tema, tocando tanto as provas ilícitas, como as ilícitas por derivação e as suas exceções, afirmando, por meio do art. 157, § 1º, do CPP, que “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas...”.

No entanto, importa dizer que tais proibições geram consequências profundas no bojo do processo, já que a partir do desentranhamento de uma prova classificada como ilícita, bem como de eventuais provas derivadas, uma persecução penal pode, por inteiro, ser desmanchada.

Nesse ponto de vista, é possível afirmar que se a contaminação da prova for ampla, cabe falar em ausência da justa causa para a deflagração da ação penal, fazendo com que a inicial acusatória seja rejeitada, caso os elementos formadores sejam contaminados pela extensão da prova ilícita, consoante art. 395, do CPP. (TÁVORA, 2018, p. 632).

Desse modo, o legislador, ao dispor acerca da ilicitude por derivação, tratou de estabelecer ressalvas para inadmissibilidade da prova derivada da ilícita.

Nosso Código de Processo Penal estabelece situações de exceção para o afastamento da prova obtida por meios ilícitos. Este capítulo buscará aprofundar nas ideias trazidas pelos parágrafos 1º e 2º, do artigo 157.

Conforme cita a doutrina, o parágrafo primeiro, do artigo 157 (CPP), introduz no ordenamento jurídico brasileiro as teorias da “Fonte Independente” e da “Descoberta Inevitável”, que serão analisadas a seguir.

3.1 Teoria da fonte independente

O parágrafo 1º, do artigo 157, do CPP, vai determinar que são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, com exceção de quando não for evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras (1ª hipótese), ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por fonte independente das provas ilícitas (2ª hipótese). (Brasil, 2008).

A primeira hipótese, qual seja, “quando não for evidenciado o nexo de causalidade”, estaria representando a chamada “teoria da fonte independente”. De acordo com essa ideia, caso não ficasse comprovado o nexo de causalidade de uma prova com uma outra identificada como ilícita, não haveria a ilicitude por derivação e, conseqüentemente, só haveria desentranhamento da prova identificada como ilícita.

Conforme informa Aury Lopes (AURY, 2021, p.178), a origem da teoria da fonte independente proviria do caso norte-americano *Murray v. United States*, em 1988, no qual policiais haviam adentrado de forma ilegal em residência sobre a qual existiam suspeitas de tráfico ilícito de drogas, e acabaram confirmando as suspeitas. Posteriormente, os policiais requereram mandado a juiz fundamentando tal pedido apenas nas suspeitas iniciais, sem mencionar a entrada ilegal já ocorrida. Após terem sucesso com o mandado, entraram novamente na residência e fizeram a apreensão do material ilícito. Nesse caso, o judiciário norte-americano entendera que o mandado de busca, para autorizar a segunda entrada, seria obtido de qualquer forma, apenas com os indícios iniciais. Assim, seria possível considerar essa fonte como independente e constituída anteriormente à primeira entrada ilegal.

O Supremo Tribunal Federal também já se posicionou acerca da prova ilícita por derivação e da teoria da fonte independente. O julgamento se deu em sede do RHC 90.376/ RJ, relator Min. CELSO DE MELLO, em 2007, em caso que, em linhas gerais, se tratava da realização de uma busca e apreensão num quarto de hotel que contrariou a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Entendendo que o quarto de hotel também seria abarcado pela referida garantia constitucional, o STF considerou a busca e apreensão como ilícita. Posteriormente, entrou em discussão a situação das provas conseqüentes da diligência ilícita e sua contaminação. O relator do caso, Min. Celso de Mello mencionou, em seu voto, a teoria dos “frutos da árvore envenenada”, atestando que, a partir dela, a doutrina “repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício da ilicitude originária” (RHC 90.376/ RJ, relator Min. CELSO DE MELLO, 2007).

É importante salientar que, ao final de seu voto, o Ministro fez alusão à teoria da fonte independente, já que deixou claro que se houver demonstração da obtenção legítima do meio de prova a partir de uma fonte independente, os dados

probatórios serão considerados lícitos, já que não são contaminados pela vício de origem.

Todavia, cabe dizer que é possível encontrar na doutrina posições que entendem que a teoria da fonte independente não se tratar, de fato, de uma exceção à proibição da prova ilícita por derivação. Isto aconteceria porque para se falar em provas derivadas é imprescindível haver nexos de causalidade com uma primeira prova ilícita. Não havendo essa relação entre uma prova e outra, nem há que se falar derivação.

Ora, para existir uma exceção é preciso, anteriormente, que a situação excepcional esteja dentro do campo de atuação da regra, isto é, para se falar em exceção à admissibilidade da prova derivada tem de haver, primeiramente, a prova derivada, a qual, por sua vez, só existe se houver nexos de causalidade ligando-a a uma outra prova.

Nesse sentido, apegando-se ao significado dos termos, frisa-se que caso fique entendido não haver dependência/causalidade entre uma prova e outra, não há que se falar em derivação. A teoria da fonte independente, desse modo, não seria uma exceção, mas sim, uma teoria concorrente à da ilicitude por derivação.

Desse modo, essa pesquisa entende que, aparentemente, o legislador foi infeliz nesse ponto da redação do §1º, do artigo 157 (CPP). Seria mais correto dizer que não há prova derivada de uma prova ilícita quando não ficar configurado o nexos de causalidade entre uma e outra.

Nessa perspectiva posiciona-se Fernando Capez ao asseverar que:

Se a causa geradora da prova for absolutamente independente em relação à anterior, é porque uma nada tinha a ver com a outra, sendo incabível falar-se em prova ilícita por derivação. (...) A regra da limitação da fonte independente é, portanto, supérflua, desnecessária. (CAPEZ, 2021, p.174).

Haveria, igualmente, equívoco na redação do parágrafo 2º, do artigo 157 (CPP), na medida em que conceitua de forma errônea a fonte independente. O aludido dispositivo legal afirma que “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.” (BRASIL, 2008).

Atentando-se aos detalhes da redação, percebe-se que, no aludido parágrafo, está se falando de uma prova derivada da ilícita, mas que, ao se realizar um

exercício mental de estimativa, seria possível prever com exatidão que a referida prova seria lícitamente realizada/encontrada. Aqui, na verdade, não existe uma fonte independente concreta, mas faz-se previsão de que ela existirá ou existiria independentemente de eventual prova ilícita.

Por sua vez, a fonte independente, como foi evidenciado por essa pesquisa, seria aquela que, já devidamente trazida ao processo, não guarda relação alguma com determinada prova ilícita. A título de esclarecimento, cita-se situação na qual policiais realizam escuta telefônica ilícita que possibilita, dentre outras informações, o conhecimento de uma testemunha. Por conta da ilegalidade da escuta, o juiz determina o desentranhamento desse meio de prova, assim como impossibilita a intimação da testemunha, já que o conhecimento sobre esta deriva de prova ilícita. No entanto, em instrução posterior descobre-se gravação de vídeo, totalmente independente da escuta telefônica, na qual consta imagem da aludida testemunha. Assim, entendendo que a gravação de vídeo não possui qualquer relação com a escuta telefônica, aquela seria uma fonte independente, e, portanto, passível de admissão no processo.

Por meio da redação do parágrafo segundo, do art. 157 (CPP) - que entendemos confusa - fala-se de um meio de prova que ainda não existe nos autos ou na realidade, mas que iria se materializar com o seguimento normal das diligências processuais. Ou seja, iria se formar uma prova que não guardaria relação uma prova ilícita anterior.

Ao fazer a redação do mencionado parágrafo 2º, parece que o legislador mesclou ou confundiu a “teoria da fonte independente” com a “teoria da descoberta inevitável”, que será estudada a seguir.

3.2 Teoria da descoberta inevitável

A teoria da descoberta inevitável, estabelece, como tangenciado anteriormente nesta pesquisa, que em casos onde exista prova maculada pela ilicitude por derivação (originada num meio probatório ilícito anterior), sendo possível determinar que referida prova derivada seria produzida/encontrada de qualquer maneira (isto é, independente da ilicitude anterior), deverá ser aceita a prova derivada no processo já que é seria hipoteticamente independente.

Para exemplificar, pensemos em uma busca e apreensão realizada de maneira ilícita por uma equipe policial em imóvel, provocando o encontro de bens móveis utilizados na prática de crimes. Imagina-se que, contemporaneamente a essa meio de prova ilícito, uma segunda equipe policial estava em posse de mandado de busca e apreensão devidamente produzido, dirigindo-se para cumprir a diligência na mesma residência. Ou seja, independentemente da primeira diligência ilícita, uma segunda já estava se desenvolvendo e iria se materializar.

Na situação supracitada, seria cabível admitir as informações acerca dos bens móveis utilizados para prática de crimes, uma vez que essa informação seria encontrada na diligência legal em andamento. Faz-se, aqui, um exercício mental que analisa um meio de prova que hipoteticamente iria acontecer.

Conforme explica Nestor Távora, a prova ilícita não tem o condão de eliminar a prova derivada, já que essa seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, de forma que “a inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real com a violação legal”. (TÁVORA, 2018, p. 633).

A origem da teoria da descoberta inevitável foi primeiramente utilizada no caso *Nix v. Williams*, em 1984, nos Estados Unidos, para possibilitar a admissão de informações obtidas de maneira ilícita, mas que certamente seriam colhidas de outra maneira.

No caso concreto, o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Durante a condução do acusado para o local do desaparecimento da vítima, a polícia obteve de maneira irregular a informação de onde havia sido escondido o corpo. Ocorre que, paralelamente a essa situação, estava acontecendo uma grande busca, com cerca de 200 voluntários, além de policiais, nos arredores do local, que já estava cercado para realizar buscas pelo corpo da vítima.

Desse modo, em que pese a informação ter sido obtida de maneira irregular, manchando por derivação o encontro do corpo, a localização da vítima foi, por fim, admitida como válida, não subsistindo a ilicitude por derivação haja vista ser inevitável o referido encontro. (CAPEZ, 2021, p. 147).

É possível dizer que, tanto a teoria da fonte independente, quanto a teoria da descoberta inevitável procuram atacar o nexos causal que liga uma prova, a princípio lícita, a outra ilícita. A diferença básica entre as teorias é que, enquanto na fonte independente não há qualquer ligação entre as duas provas em análise, na “descoberta inevitável” a derivação existe, porém perde sua importância frente à

análise hipotética de que a informação seria encontrada inevitavelmente e independentemente da prova ilícita.

Quanto ao mais, diversas críticas são tecidas com relação à redação do § 2º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, por conta da escolha por termos genéricos, faltando certo aprofundamento no tema.

O artigo apontado estabelece que fonte independente seria 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”.

Além do uso equivocado da expressão “fonte independente”, como discutido no capítulo anterior, optou-se, na redação, por definições um tanto vagas, como “trâmites típicos e de praxe”. Segundo alguns autores nacionais, este dispositivo legal cria uma grande área para que fica a critério da discricionariedade do julgador, que poderá, por exemplo, ampliar o conceito, já não tanto definido, de “trâmites típicos e de praxe” ou daquilo considerado “capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Nesse sentido, Nestor Távora (TÁVORA, 2018, p. 633) frisa ser imprescindível para a aplicação da teoria da descoberta inevitável, a demonstração de que, em linha paralela ou sucessiva à prova ilícita que ensejou o conhecimento do fato, e utilizando elementos concretos, existia investigação paralela que inevitavelmente conduziria ao conhecimento da mesma situação fática.

Na mesma perspectiva, para Fernando Capez a descoberta inevitável “é aquela em que todos os procedimentos válidos já estão iniciados e o encontro é mera questão de tempo”. (CAPEZ, 2021, p. 174).

Pode-se dizer, também, a partir da análise do que comentam os dois autores supracitados, que há uma espécie de requisito para a aplicação da teoria em comento, o qual exige a existência de investigação paralela quando da obtenção da prova ilícita. Isto é, se depois de encontrada a prova ilícita fosse iniciada uma nova investigação que gerasse a mesma informação de forma lícita, seria difícil, ou mesmo impossível, aplicar a teoria da descoberta inevitável.

Isso se daria porque muito provavelmente as novas investigações foram deflagradas por influência da prova ilícita, não sendo possível descartar a importância do meio viciado à nova descoberta.

Por fim, para fechar o capítulo, essa pesquisa considera que a verdadeira exceção à ilicitude por derivação (ou teoria dos frutos da árvore envenenada) é a

“teoria da descoberta inevitável” que torna sem valor a derivação de uma prova com relação a outra, e, portanto, cria verdadeira situação excepcional de admissibilidade. Com efeito, como falou-se em capítulo anterior, a fonte independente cria uma teoria concorrente, e não excepcional.

4 A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA A PARTIR DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A discussão sobre a admissibilidade da prova ilícita pela aplicação do princípio da proporcionalidade diferencia-se da análise do capítulo anterior já que, agora, não encontramos hipóteses de admissibilidade de prova ilícita em texto positivado, como observou-se ao falar da prova ilícita por derivação. A construção da admissibilidade a partir do princípio da proporcionalidade é uma construção doutrinária e jurisprudencial.

O princípio da proporcionalidade cria forma quando discute-se a aplicação de normas principiológicas que conflitam entre si. A partir de sua utilização é possível estabelecer, no caso concreto, a prevalência de alguns princípios em prejuízo de outros.

Para discutir a aludida admissibilidade é preciso antes entender que o legislador constituinte optou por introduzir a proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI, CF/88) junto aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, dentro do âmbito dos “direitos e garantias fundamentais”. Dentro desse rol de garantias é possível observar que algumas contrastam, de certa maneira, com outras, como o embate entre direito à liberdade de expressão e o direito à inviolabilidade da honra e da vida privada, ou entre o direito à segurança e a proibição da prova ilícita.

Nessa perspectiva, é necessário fazer um estudo do comportamento assumido pelos princípios, principalmente quando conflitam entre si. Passando pela diferenciação entre regras e princípios, este capítulo irá abordar a forma como a doutrina e jurisprudência lida com o conflito de princípios constitucionais, dando enfoque àqueles conflitos nos quais encontra-se a garantia da proibição da prova ilícita.

Desse modo, a constituição possuiria, no rol de Direitos e Garantias Fundamentais, uma série de normas-principiológicas que devem ser sopesadas quando de suas aplicações em cada caso concreto, levando em contas as possibilidades fáticas e jurídicas.

Assim, neste capítulo, antes de adentrarmos na hipótese de admissibilidade da prova ilícita por meio do princípio da proporcionalidade, será necessário fazer uma abordagem sobre os aspectos que circundam o tema, a fim de situar melhor a

discussão. A princípio, este capítulo trará a conceituação de princípio, da relação dessa norma-principiológica com os direitos fundamentais e, por fim, abordará a aplicação do princípio da proporcionalidade na proibição da prova ilícita.

Ademais, a aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir, no processo penal, provas obtidas por meios ilícitos abre algumas possibilidades, como: admissão pró-réu, admissão pró-sociedade, admissão para o particular e para o estado. Este capítulo buscará abordar todas essas hipóteses, mencionando aquelas que o ordenamento jurídico nacional admite.

4.1 O comportamento das normas principiológicas

É importante frisar que ao falar-se em proporcionalidade está a se falar, necessariamente, de normas principiológicas, e, portanto, nesse primeiro momento, faz-se necessário distinguir as normas-regras de normas-princípios, sabendo que ambas são espécies do gênero “norma”, que, por sua vez é o enunciado que diz aquilo que deve ser. Assim, tanto a regra como o princípio “podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.” (ALEXY, 1986, p. 87).

A doutrina aponta diversos critérios de distinção entre regras e princípios. No entanto, a discussão sobre os vários conceitos de regras e princípios não é o objeto desta pesquisa, será suficiente comentar que adotou-se aqui a distinção estabelecida por Robert Alexy, que explica haver uma diferença qualitativa entre as duas espécies normativas.

Para o autor, a principal diferença entre as espécies normativas é que princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 1986, p. 90). Assim, para cada situação concreta a aplicação de determinados princípios poderá levar a resultados um pouco distintos. Isso acontece por conta da relevância que as possibilidades fáticas e jurídicas exercem na aplicação de princípios, de forma que eles podem ser exauridos em graus variados para cada caso.

As regras, por sua vez, não podem variar de acordo com o caso concreto. Elas devem ser cumpridas exatamente como ordenam as suas redações.

Esse aspecto qualitativo irá definir o comportamento dessas espécies normativas quando do conflito entre si. Nesse aspecto, é possível dizer que quando uma regra entra em conflito com outra, apenas uma deve prevalecer no caso concreto. Assim, uma das duas deve ser considerada inválida ou deve-se estabelecer uma exceção, de forma que ambas permaneçam válidas, mas apenas uma seja aplicada.

No que tange o conflito entre princípios de mesma hierarquia, ensina a doutrina que deve ser aplicada a técnica da ponderação ou proporcionalidade, de forma que seja aplicado o máximo de cada princípio à situação. É claro que um princípio acaba se sobrepondo ao outro, mas isso não acontece de maneira absoluta, isto é, ainda se observará aspectos de ambas normas principiológicas ao caso concreto, mesmo que uma delas esteja prevalecendo na relação.

Nesta perspectiva, é possível afirmar que, no conflito entre normas principiológicas, “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.” (ALEXY, 1986, p. 93).

Por isso, o âmago da diferenciação de regras e princípios localiza-se na possibilidade de aplicação gradual dos princípios e na sistemática da ponderação para solucionar o conflito entre estes.

A ponderação, por sua vez, nas palavras de Jane Reis Pereira, equipara-se à aplicação do princípio da proporcionalidade no sentido estrito, que determina que se coloquem em equação os ônus e as vantagens de cada um dos bens jurídicos (PEREIRA, 2018, p. 310).

A doutrina entende, de forma majoritária, que a aplicação do princípio da proporcionalidade, para resolução de conflito entre normas, possui três aspectos a serem analisados: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, Robert Alexy vai esclarecer que ao se afirmar que a natureza dos princípio pressupõe a premissa da proporcionalidade implica dizer que:

Uma das teses centrais da "Teoria dos Direitos Fundamentais" é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais - as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. (ALEXY, 1986, p. 588).

Desse modo, para que, em um caso concreto, seja tomada uma decisão que demonstre a prevalência de um princípio sobre outro, é imprescindível que sejam cumpridos os seguintes requisitos: (a) essa decisão é compatível com o fim que se almeja (adequação); (b) a decisão tomada é aquela na qual se faz o menor sacrifício possível (necessidade) e; (c) a decisão faz prevalecer um bem que, no caso concreto, deve preponderar sobre o outro (proporcionalidade em sentido estrito).

4.2 Natureza mista dos Direitos Fundamentais

Devido à importância atribuída aos direitos fundamentais, é importante destacar a discussão sobre o seu caráter normativo: seriam os direitos fundamentais regras ou princípios? Há, basicamente, três posições a respeito do tema: os que consideram os direitos fundamentais como sendo puramente regras, aqueles que consideram como sendo princípios, e os que opinam pela natureza mista dos direitos fundamentais. Esta pesquisa adota a natureza mista pelas razões que apresentará a seguir.

Caso consideremos os direitos fundamentais apenas como regras, quer dizer que essas normas são irrestringíveis, sendo inaceitável a aplicação da ponderação. Nessa perspectiva, caso haja a colisão entre dois desses direitos, seria necessário que um deles fosse considerado inválido ou que fosse estabelecida uma hipótese de exceção que excluiria determinada situação do âmbito de um dos direitos fundamentais.

Nenhuma dessas opções, quando se fala da categoria de direitos fundamentais, mostra-se interessante, isso porque não seria coerente que um direito fundamental, de mesma hierarquia que os demais, fosse declarado inválido diante de um conflito com outro, tampouco seria viável considerar que todo o conflito entre esses direitos será resolvido por meio de exceções, já que seria necessário imaginar um número infinito de exceções para os mais diversos tipos de conflito.

No que toca à ideia de serem os direitos fundamentais unicamente normas principiológicas, Jane Reis Gonçalves Pereira destaca que (PEREIRA, 2018, p. 164) “A dificuldade inerente ao modelo puro de princípios reside no fato de este estabelecer uma flexibilidade excessiva no que se refere à aplicação dos direitos fundamentais, a qual é incompatível com o caráter vinculante da Constituição.”

A ideia de considerar, como princípios, todos os direitos fundamentais se coaduna com o pensamento de que esses direitos seriam apenas normas programáticas que serviriam para direcionar a atuação do legislador. No entanto, atualmente é majoritário o entendimento de que os princípios possuem caráter normativo e cogente.

Todavia, o modelo puro de princípios necessitaria que fosse realizada a técnica da ponderação para toda situação que se encontrasse no âmbito de atuação de mais de um princípio. Assim, a maioria das aplicações dos direitos fundamentais necessitaria de um juízo de ponderação. Em verdade, a norma de direito fundamental só poderia ser aplicada de imediato se o caso concreto estivesse apenas sob sua égide.

Desse modo, como explicou Jane Reis em citação acima indicada, o modelo puro de princípios conserva essa dificuldade com relação à volatilidade na aplicação dos comandos constitucionais, que necessitam, em alguns casos, de maior rigidez ou concretude. Isto é, alguns direitos fundamentais exigem que sejam aplicados na exata medida daquilo que ordenam, assumindo, portanto, o caráter de regra.

Sendo os modelos puros pouco coerentes com a proposta de direitos fundamentais, surge o modelo misto, que afirma haver, nesse rol de direitos, normas com caráter de regras, assim como de princípios. Existe, então, no rol de direitos fundamentais, o nível das regras e o dos princípios. Nesta perspectiva, enquanto as disposições de direito fundamental estiverem estabelecidas de forma concreta e precisa, haverá ali uma regra, e ao lado e subjacente às regras, existem princípios (PEREIRA, 2018, p. 165).

Explica Robert Alexy, sobre o tema, que sempre que uma disposição de direitos fundamentais define um direito subjetivo, está unido a ela ao menos um princípio dessa natureza (ALEXY, 1986, p. 136). Além disso, quando as disposições de direitos fundamentais estabelecerem uma determinação fruto das exigências de princípios colidentes, haveria não só o estabelecimento de um princípio, mas também de uma regra.

Dessa forma, salienta-se que algumas normas de direitos fundamentais possuiriam caráter duplo, contendo uma regra e um princípio. Esse caráter duplo das normas de direitos fundamentais, concilia, segundo Jane Reis Pereira (PEREIRA, 2018, p. 165) a flexibilidade que é característica dos princípios, com a rigidez ínsita das regras.

A Constituição da República Federativa de 1988 adotou, segundo a doutrina majoritária, o caráter misto das normas de direitos fundamentais. Nesse sentido, há, no texto constitucional, normas gerais e normas contendo cláusulas especiais. Por exemplo, encontram-se comandos gerais sobre a liberdade, conforme o caput do art. 5º (CF), assim como é possível observar disposições específicas, como o inciso I, do art. 5º ou o art. 7º, XXXIX. Por outro lado, nota-se, também, disposições que conflitam entre si, como o direito à segurança (art. 5º, caput) e o direito à livre locomoção no território nacional (art. 5º, XV).

Por esse ângulo, constata-se que a questão do caráter normativo das disposições de direitos fundamentais é de grande importância na discussão das restrições a direitos e garantias fundamentais. Isto é, tratando-se do conflito entre dispositivos entendidos como princípios, deve-se utilizar a técnica da ponderação, aplicando o princípio da proporcionalidade ao caso concreto. Por outro lado, o conflito entre disposições entendidas como regras levará a um resultado entre dois possíveis: a constatação da validade de uma norma em prejuízo da outra, ou a verificação da existência de exceções que afastam a aplicação de uma das regras.

Com efeito, é justamente o entendimento de que a proibição da prova ilícita (estabelecida pelo art. 5º, LVI) possui caráter duplo, de norma- regra e principiológica, que possibilita a ideia de restrições a tal normativa. Assim, a admissibilidade da prova ilícita no processo penal dependerá da utilização do princípio da proporcionalidade e da ponderação entre normas de direitos fundamentais.

4.3 Princípio da proporcionalidade e a admissibilidade da prova ilícita

O princípio da proporcionalidade se desenvolveu na Alemanha, com a finalidade de estimar o peso de determinados bens jurídicos que estariam em conflito diante de um caso concreto.

O referido princípio funcionaria como uma possibilidade de, no caso concreto, ponderar as normas principiológicas em jogo e abrir uma hipótese para que não se

caminhe para a absoluta exclusão das provas ilícitas em situações onde há óbvias injustiças.

A ponderação levaria em conta o conflito entre a condição de liberdade do indivíduo e o direito do Estado de punir e de buscar a verdade real, ou entre aquela e o devido processo legal (com todas suas garantias), devendo escolher-se ao final, a partir da análise das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, qual direito deve ser aplicado com prevalência sobre o outro.

É possível observar que muitas vezes coloca-se em conflito direitos que buscam a proteção do indivíduo e aqueles que voltam-se mais para a proteção da coletividade. Desse modo, observa-se que, no âmbito dos princípios, estão, por óbvio, não só aqueles que se referem a direitos individuais, mas também aqueles que têm disposições de caráter coletivo, que podem ser usados, sobretudo, como razões contrárias a direitos fundamentais individuais (ALEXY, 1986, p. 136).

Ademais, como o interesse dessa pesquisa é discutir a possibilidade de limitar a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal, é necessário focar nos modos pelos quais ocorre essa admissão, que poderá, à primeira vista, se dar em benefício do estado ou em benefício do réu. Desse modo, vislumbram-se dois resultados possíveis: a admissão da prova ilícita a partir da prevalência do direito/dever do estado de punir e de buscar a verdade, e a admissão a partir da predominância do direito à liberdade do réu.

Todavia, é importante salientar que a doutrina nacional se posiciona, de forma majoritária, pelo entendimento de que só há possibilidade de admissão de provas ilícitas no processo penal quando objetivarem comprovar a inocência do acusado.

Para chegar nesse entendimento, vários autores procuram demonstrar, a partir da análise da Constituição Federal, que nota-se existir uma preferência pela proteção do indivíduo frente à iniciativa estatal, e até mesmo frente às garantias relacionadas ao processo.

Renato Marcão entende que não seria correto impedir, de maneira absoluta, a prova ilícita no processo penal. No entanto, somente seria possível admitir a prova ilícita quando esta for o único meio de prova para demonstrar a inocência do acusado. Caso se permitisse a utilização da prova maculada pelo Ministério Público ou pelo querelante haveria, para o autor, uma verdadeira desordem constitucional.

Nesse ponto de vista, ao se realizar a ponderação das normas constitucionais, a admissibilidade da prova ilícita só se justificaria, quando

estritamente necessária, para a manutenção do estado de inocência do acusado. Uma vez que o Estado possui diversos mecanismos para restringir legalmente direitos individuais (como a interceptação telefônica, a infiltração de agentes, a quebra do sigilo bancário e de comunicações e etc), não seria justificável a aceitação de produção probatória fora dos parâmetros legais.

Nestor Távora, seguindo por esse caminho, também defende a utilização do princípio da proporcionalidade somente para admissão da prova ilícita que comprove a inocência do acusado. Nesse viés, o autor explica que:

Dessa maneira, a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo produzida ao arrepio da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. Deve-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova. (TÁVORA, 2018, p. 637).

Ao posicionar-se sobre o tema em questão, Aury Lopes reconhece a intenção da aplicação da proporcionalidade para evitar resultados repugnantes e flagrantemente injustos, todavia assevera que essa a ponderação de interesses (proporcionalidade em sentido estrito) é de fácil manipulação, podendo servir para diversas propensões. No entanto, cabe dizer que, quando levar a absolvição do réu, a admissão da prova ilícita é aceita pelo autor, tendo em vista que, para ele, “a condenação de um inocente fere de morte o valor da justiça, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal” (AURY, 2021, p. 176).

A proteção ao estado de inocência e ao indivíduo seriam valores constitucionais que haveriam direcionado, inclusive, o surgimento da garantia da proibição da prova ilícita. Nesse ponto de vista, caso a aplicação do princípio da proporcionalidade partisse de tal premissa, a discricionariedade que os autores apontam existir, no juízo de ponderação, seria reduzida em grande parte. Ou seja, a proporcionalidade pró-réu indica um critério objetivo na ponderação de interesses, qual seja, a finalidade de proteção ao estado de inocência.

Nesse ponto, é possível citar jurisprudência nacional na qual ficou consignado que: “...até onde vá a definição constitucional da supremacia dos direitos fundamentais, violados pela obtenção da prova ilícita, sobre o interesse da busca da verdade real no processo, não há que apelar para o princípio da proporcionalidade, que, ao contrário, pressupõe a necessidade da ponderação de garantias

constitucionais em aparente conflito, precisamente quando, entre elas, a Constituição não haja feito um juízo explícito de prevalência”. Informativo n. 250 – Transcrições: Prisão ilegal e prova ilícita, HC 80949, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Conforme demonstra a fundamentação supracitada, a Constituição Federal teria estabelecido uma relação de prevalência entre a proibição da prova ilícita em face dos interesses voltados à persecução penal, como a verdade real e a segurança. Na decisão, o julgador vai mais longe ao dizer que, diante dessa escolha constituinte, não haveria sequer a possibilidade de aplicação da ponderação de interesses para a admissibilidade da prova ilícita pró-sociedade.

Contudo, é importante salientar que, mesmo com a doutrina se posicionando de forma pacífica a respeito do uso da proporcionalidade para admissão da prova ilícita pró-réu, o mesmo elemento probatório não poderia ser utilizado em um outro processo para prejudicar terceiro. Isto é, a prova ilícita que favorece o réu está limitada ao seu processo criminal, servindo apenas para a comprovação de sua inocência.

É que a prova não se torna lícita, mas é aceita num determinado processo por meio da ponderação de interesses, que leva em conta a finalidade da garantia processual de proteger o indivíduo e seu estado de inocência. A prova continuará ilícita, e não deve ser utilizada fora deste juízo de proporcionalidade.

Ademais, outro caso interessante julgado pela Supremo Tribunal Federal foi o por meio do Recurso Extraordinário nº 251.445/GO, exposto a seguir:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL. FOTOGRAFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, **depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído**. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade

processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, **notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política** (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, **ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular.** Doutrina. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOUTRINA. - Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. - Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local.

Trata-se de caso emblemático na qual houve o furto de material fotográfico, do interior de um cofre num consultório odontológico, que comprovaria a prática da conduta criminosa de natureza sexual contra menores. Nesse sentido, houve a violação da garantia da inviolabilidade do domicílio, o que macularia de ilicitude as provas obtidas. O furto haveria sido praticado por um particular que entregou o material ao Ministério Público, o qual o usou na fundamentação da acusação.

Conforme observa-se da decisão supra mencionada, restou entendido que o material probatório obtido por meio ilícito não pode ser admitido no processo, mesmo que a obtenção ilícita tenha sido praticada por um particular, e não por agentes estatais. Desse modo, optou-se por proteger a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio do acusado, em prejuízo da punição de condutas excusas realizadas contra menores, debilitando direitos, como segurança e verdade real.

Nesse ponto, cabe destacar a posição adotada por representantes da doutrina nacional que consideram que, no referido julgamento, o STF deixou passar oportunidade para aplicar o princípio da proporcionalidade, já que naquele caso a proibição da prova ilícita no processo não haveria alcançado a sua finalidade. Aqui,

deve-se mencionar a ideia defendida por Eugênio Pacelli de que existe critério objetivo, que torna a aplicação da proporcionalidade mais concreta, qual seja, a função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova).

Para Eugênio Pacelli, este tema constitui, inicialmente, um dos mais complexos do processo penal, já que não haveria critérios concretos e objetivos para aproveitar-se a prova ilícita por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. O autor esclarece, posicionando-se conforme a maioria da doutrina, que, quando a prova ilícita puder ser aproveitada para comprovar a inocência do réu, ela deve ser admitida, tendo em vista que, num Estado de Direito, não seria possível conceber a ideia de condenação de um indivíduo o qual o próprio Estado sabe ser inocente. (PACELLI, 2021, p. 306).

Na perspectiva do autor, a proporcionalidade pró-réu poderia ser utilizada desde que não contrariasse o seu propósito, que seria a limitação do Estado frente às garantias individuais. De acordo com esse pensamento, a aplicação do princípio da proporcionalidade deve levar em conta a finalidade da proibição da prova ilícita, qual seja, o controle da atividade estatal. Cria-se, então, um critério que dá objetividade à ponderação de interesses.

A partir dessa ideia, a admissibilidade da prova ilícita, a partir da proporcionalidade, não se limitaria ao benefício do réu, mas poderia ser utilizado em toda situação em que não houvesse prejuízo ao controle da atividade estatal (verdadeira finalidade da garantia constitucional). Em outras palavras, sendo a proibição da prova ilícita construída como uma proteção do indivíduo frente ao Estado, ela não poderia ser utilizada contra o seu “titular” (isto é, o indivíduo).

Pelo entendimento de Pacelli, o critério objetivo anteriormente mencionado é estendido, sendo entendido não apenas como a manutenção do estado de inocência do réu, mas como a limitação da atividade estatal frente ao indivíduo. De acordo com tal ideia, a limitação da atividade estatal - utilizada como critério objetivo para aplicação da proporcionalidade - permite a admissão da prova ilícita em situações onde se mantenha a finalidade de freio ao impulso estatal contra o particular (isto é, não se limita apenas à admissibilidade pró-réu).

Sendo assim, segundo Pacelli, no julgamento do RE 251.445/GO, não cumpriu-se a função essencial da garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, que “para além de sua dimensão ética, é servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova”

(PACELLI, 2021, p. 307). Com efeito, o responsável pela produção da prova ilícita não foi, naquele caso, o Estado, mas sim um particular, a quem não é dada a titularidade para produção probatória. Neste caso concreto, o Estado não teria agido com ilegalidade ou com incentivo à práticas irregulares ao aceitar prova de um fato considerado criminoso.

Fala-se, então, na possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir, também, a prova ilícita produzida por particular. Nessa hipótese, não haveria desrespeito à finalidade da garantia constitucional da proibição da prova ilícita, e, portanto, a proporcionalidade seria limitada por um critério objetivo (controle da atividade estatal), o que permitiria a realização da ponderação de interesses.

Todavia, caso a atuação do particular, na obtenção da prova ilícita, tivesse sido dirigida por algum ente estatal, este fato deveria ser levado em consideração no juízo de proporcionalidade. Nesse caso, provavelmente haveria que se considerar a necessidade de frear o impulso estatal contra o indivíduo.

Sobre o tema, insta salientar que o ordenamento jurídico estadunidense faz uso da admissibilidade da prova ilícita produzida pelo particular, já que não há, à priori, o fomento à atuação ilegal do Estado (a quem se dirige, prioritariamente, a proibição da prova ilícita). Além disso, nada impediria que, uma vez comprovada a prática de conduta ilícita para obtenção de material probatório, fosse o particular punido conforme a lei.

Na esteira da posição de admissibilidade da prova ilícita em hipóteses para além do benefício do réu, é possível citar jurisprudência nacional consubstanciada no julgamento do RCL nº 2.040/DF. Trata-se de caso onde uma cidadã mexicana comunicou que teria sofrido estupro nas dependências da Polícia Federal, fato que ocasionou o deferimento da realização do exame de DNA na placenta da gestante, colhida sem a autorização desta. Travou-se discussão, então, sobre a admissibilidade do exame, tendo em vista que a prova teria sido obtida por meio ilícito, isto é, sem a imprescindível autorização da vítima. (RCL nº 2.040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, em 21.2.2002 – *Informativo STF* nº 257, 18 a 22 de fevereiro de 2002).

No julgamento em tela, o STF aplicou o princípio da proporcionalidade para admitir o exame de DNA, prova utilizada em favor da acusação. Uma vez que a

exigência da autorização para o exame buscava proteger a integridade da vítima, entende-se que essa obrigação não deveria ser utilizada em seu prejuízo.

Sobre a aludida decisão, informa Eugênio Pacelli:

Nesse caso, inegavelmente, a Suprema Corte valeu-se de critério de proporcionalidade para a aceitação de prova não prevista em lei, portanto, inicialmente *inadmissível*. E mais: *em favor* da acusação. De nossa parte, estamos de acordo com a aludida decisão, sobretudo e particularmente porque a intervenção probatória não atingiu nem atingiria a integridade física da vítima. Cabível e oportuno o juízo de *proporcionalidade*, para uma adequada aplicação do Direito. (PACELLI, 2021, p. 308).

Ademais, cabe mencionar a tese da admissibilidade da prova ilícita produzida pelo réu a partir da aplicação da exclusão da ilicitude. Segundo tal entendimento, o réu inocente estaria protegido pela cláusula de exclusão da ilicitude caso realizasse eventual conduta típica com a finalidade de ser absolvido em processo criminal.

À título de exemplo, imagina-se situação na qual um acusado que intercepta, de forma ilegal, conversa de terceiros, para conseguir informações que fundamentariam sua absolvição. Nesse contexto, seria possível considerar que o réu em questão estaria agindo em estado de necessidade, na medida em que sacrifica um bem de menor valor para comprovar sua inocência num processo que poderia levá-lo a perder, no mínimo, sua liberdade.

Paulo Rangel tece comentários no sentido de que a prova colhida em aparente conflito com o ordenamento jurídico poderá ser admitida, no processo, sob condição de o réu ter produzido a prova a fim de comprovar sua inocência. De acordo com esse pensamento, seria insensata a condenação de um acusado, o qual o estado sabe ser inocente. Com efeito, comentando sobre o exemplo supracitado, o autor esclarece que:

Afirmamos ser aparente a infringência da lei por entendermos que o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas) em uma situação não provocada de conflito extremo, justifica a conduta do réu. Estará ele (réu) agindo de acordo com o direito e não de forma contrária. (RANGEL, 2021, p. 482).

No entanto, a doutrina não aponta uma distinção clara entre quando usar o princípio da proporcionalidade e a exclusão da ilicitude. Assim, tendo em vista que a exclusão da ilicitude está positivada no Código Penal (art. 23 e ss, do CP), para

casos envolvendo condutas tipificadas, infere-se ser possível utilizar a subsidiariedade para realizar a aludida distinção.

Isto é, quando se trata de uma prova ilícita produzida pelo réu, a partir de uma conduta objetivando comprovar sua inocência deve ser utilizada a admissibilidade por conta da exclusão da ilicitude. Já em outros casos nos quais busca-se a admissão da prova ilícita pró-réu, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade.

Por derradeiro, conforme demonstrou esta pesquisa, a doutrina nacional se posiciona majoritariamente pela impossibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para admissão da prova ilícita pró-sociedade. De fato, poucos autores entendem que a ponderação de interesses pode ser aplicada sem os critérios objetivos de prevalência do estado de inocência do réu e da limitação do poder estatal.

Posicionando-se a favor do entendimento minoritário, Norberto Avena explica que, atualmente, tendo em vista a ocorrência de práticas criminosas cada vez mais especializadas, principalmente no contexto de organizações criminosas, não seria coerente manter, de forma absoluta, a impossibilidade de admissão da prova ilícita pró-sociedade.

Possível imaginar, por exemplo, situação na qual um agente infiltrado em organização criminosa especializada em grupo de extermínio, ganhando a confiança do líder da organização, consegue acesso ao local onde a organização guarda armamento utilizado em diversos crimes. Sabendo a localização, uma equipe policial realiza busca e apreensão de forma irregular (em contradição à garantia da inviolabilidade do domicílio) e consegue apreender o referido armamento. Realizados os exames periciais, obtém-se certeza de que algumas das armas teriam sido utilizadas em assassinatos recentes, ainda em investigação, sendo este o único material probatório capaz de permitir o oferecimento da denúncia.

No caso supracitado, uma vez que a apreensão ocorrera de maneira ilícita, a garantia da proibição da prova ilícita impõe que o material probatório deva ser desentranhado do processo pelo juiz, fato que levaria à impunidade dos autores dos assassinatos (membros de grupo de extermínio). No entanto, referida situação seria incoerente, levando em conta o raciocínio exposto por Norberto Avena.

Utilizando-se do princípio da proporcionalidade, e sendo estas as únicas provas capazes de demonstrar a verdade real, seria possível utilizá-las mesmo em contradição ao estabelecido pelo art. 5, XI, da CF/88.

5 CONCLUSÃO

Os limites que percorrem a produção probatória no processo penal são de grande interesse, não só para os operadores do direito, mas para toda a sociedade, visto que qualquer um pode figurar como parte de um processo judicial. Nesse sentido, um dos dispositivos normativos mais importantes à matéria probatória, trata-se da garantia constitucional da proibição da prova obtida por meios ilícitos.

Todavia, como afirma amplamente a doutrina e jurisprudência nacionais, o conjunto de garantias fundamentais estabelecidas na constituição não são entendidas como absolutas, já que a vida em sociedade permite o conflito entre diversos desses valores. Nesse sentido, na busca pela proteção dos direitos individuais e coletivos, o estado utiliza dispositivos normativos disponíveis para regular as mais diversas situações, e, é claro, a proibição da prova ilícita também é abarcada por essas limitações.

Ao longo do presente trabalho buscou-se apontar as hipóteses que o ordenamento jurídico brasileiro adota como exceções à inadmissibilidade da prova ilícita, traçando os contornos e limites de cada uma delas.

Com efeito, foi possível identificar que, no processo penal brasileiro, a prova ilícita pode ser admitida por meio da teoria da descoberta inevitável (referente à ilicitude por derivação) e pelo princípio da proporcionalidade.

A primeira possibilidade diz respeito ao tratamento da prova ilícita por derivação, tratada no art. 157, caput e §1º, do Código Penal. Partindo da análise do texto legal, chegou-se à conclusão de que o legislador nacional incorporou ao ordenamento jurídico as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente (teorias que buscam a admissão da prova derivada a partir do enfraquecimento do nexo de causalidade desta com a prova ilícita).

Nesse ponto, importa destacar a crítica relacionada à redação do §1º, do art. 157, do Código de Processo Penal, que faz confusão entre a teoria da fonte independente e da descoberta inevitável, bem como não é criteriosa com os termos utilizados, o que pode permitir uma ampliação perigosa da exceção à admissibilidade da prova ilícita.

Além disso, analisando os conceitos de cada teoria, entendeu-se que a fonte independente traz uma teoria concorrente, e não uma exceção à inadmissibilidade

da prova ilícita. Com efeito, afirmou-se que, caso a prova possua origem independente do meio ilícito, não há que se falar em derivação.

Desse modo, a verdadeira exceção à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação trata-se da teoria da descoberta inevitável, que enfraquece definitivamente o vínculo da prova derivada com sua origem viciada. Isto é, a partir da inevitabilidade da aquisição de determinada prova, entende-se que a ilicitude perde importância, devendo, por fim, ser admitida a prova derivada da ilícita.

As limitações apontadas pela doutrina para a utilização da teoria da descoberta inevitável resume-se à necessidade de haver investigação em andamento (isto é, já devem existir diligências em progresso), sendo exigido que esta investigação esteja seguindo por um caminho que, inexoravelmente, levará à descoberta da informação em questão. Assim, diversos autores nacionais mencionam o cuidado que o juiz deve ter em afastar meras previsões sem critérios objetivos que busquem admitir prova ilícita por meio da teoria da descoberta inevitável.

A outra hipótese de admissão da prova ilícita no processo penal brasileiro trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade. Isto é, da ponderação entre os pesos de garantias constitucionais conflitantes entre si. O aludido princípio seria utilizado para fazer uma ponderação entre um fim desejado e os meios utilizados para alcançá-lo. Assim, a doutrina entende que a referida norma principiológica pode ser aplicada para solucionar o embate entre a garantia constitucional da proibição da prova ilícita e outras garantias, como a segurança e a proteção ao indivíduo e do seu estado de inocência.

Em que pese não estar expressamente positivado na constituição ou no código penal, o princípio da proporcionalidade é amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência, conforme demonstrou essa pesquisa.

Insta salientar, contudo, a crítica que diversos autores penalistas expressam ao descrever que a técnica da ponderação de valores carece de critérios objetivos para ser utilizada, já que seria de fácil manipulação. Isto é, poderia facilmente servir para qualquer interesse, principalmente no âmbito de exceções à admissibilidade da prova ilícita.

Desse modo, para limitar a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da admissão da prova ilícita em processo penal, os autores nacionais

definem critérios objetivos que irão garantir maior concretude à técnica da ponderação.

A presente pesquisa demonstrou que não há unanimidade doutrinária no estabelecimento dos critérios objetivos limitadores do princípio da proporcionalidade, entretanto é possível afirmar que o entendimento majoritário considera que o critério objetivo seria a manutenção do estado de inocência do indivíduo. Conforme tal entendimento, já que as garantias constitucionais dão maior enfoque à proteção do indivíduo frente o impulso estatal, a admissão da prova ilícita só poderia ser utilizada a favor do réu.

Levando em conta a aludida finalidade das garantias constitucionais em estabelecer freios à atividade estatal, este trabalho abordou, também, posição no sentido de que a prova ilícita poderia ser aceita não apenas para favorecer o acusado, mas, na verdade, seria possível sua admissão para situações que não transgridem a função de limitação da atividade estatal (sendo ainda necessário o correto juízo de ponderação).

Há, nesse entendimento, uma ampliação do uso do princípio da proporcionalidade. Com efeito, o critério objetivo de conter o impulso do estado, permite, inclusive, a admissão da prova ilícita produzida pelo particular. Isso seria possível na medida em que os órgãos de persecução penal não estivessem envolvidos no surgimento da prova ilícita.

Por fim, foi apresentada a posição minoritária que admite a utilização do princípio da proporcionalidade para acolher a prova ilícita pró-sociedade. Para estabelecer algum critério objetivo a esta situação, os autores que adotam este pensamento opinam pela exigência de sua utilização apenas em contextos nos quais existam condutas gravemente danosas, como a atuação de organização criminosa especializada.

Por fim, em que pese não haver consenso na doutrina e jurisprudência sobre as possibilidades de aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir prova ilícita no processo penal, deve-se reconhecer a evidente predominância da tese de que o aludido princípio só poderá ser utilizado junto ao critério objetivo de limitação da atividade estatal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 1945. Organização de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. – 2. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1986. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição. Malheiros Editores, 2008.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13. ed. – Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689 (DE 03 DE OUTUBRO DE 1941)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 25 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 354.109. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em 15/09/2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862582556/habeas-corporus-hc-354109-mg-2016-0103177-1/inteiro-teor-862582606?ref=serp>. Acesso em: 25. out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Rg. na Rcl nº 23.241. Rel. Min. Dias Toffoli. Segunda Turma, julgado em 05/04/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810319>. Acesso em: 25 out. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 28. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Processo penal – Brasil I. Título. II. Série.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** . 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 29. ed. – Barueri [SP] : Atlas, 2021.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed.- Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.