



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

YASMIN DOS SANTOS SALES

**AS PROVAS ILÍCITAS NO CASO DAS BUSCAS DOMICILIARES SEM
MANDADO: UMA QUESTÃO MAL RESOLVIDA NO DIREITO BRASILEIRO**

**JOÃO PESSOA
2025**

YASMIN DOS SANTOS SALES

**AS PROVAS ILÍCITAS NO CASO DAS BUSCAS DOMICILIARES SEM
MANDADO: UMA QUESTÃO MAL RESOLVIDA NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

**JOÃO PESSOA
2025**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S163p Sales, Yasmin Dos Santos.
As provas ilícitas no caso das buscas domiciliares sem
mandado: uma questão mal resolvida no direito
brasileiro / Yasmin Dos Santos Sales. - João Pessoa,
2025.
52 f.

Orientação: Lenilma Meirelles.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Provas ilícitas. 2. Buscas domiciliares sem
mandado. 3. Direito penal. I. Meirelles, Lenilma. II.
Título.

UFPB/CCJ CDU 34

YASMIN DOS SANTOS SALES

**AS PROVAS ILÍCITAS NO CASO DAS BUSCAS DOMICILIARES SEM
MANDADO: UMA QUESTÃO MAL RESOLVIDA NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

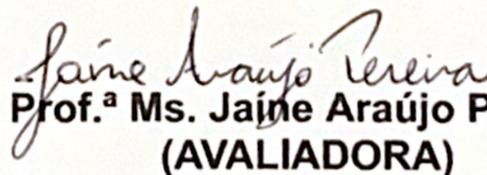
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

DATA DA APROVAÇÃO: 10 DE ABRIL DE 2025

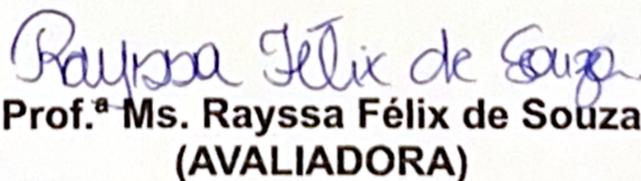
BANCA EXAMINADORA:



**Prof.^a Dr.^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles
(ORIENTADORA)**



**Prof.^a Ms. Jaíne Araújo Pereira
(AVALIADORA)**



**Prof.^a Ms. Rayssa Félix de Souza
(AVALIADORA)**

Aos meus pais celestes, minha maior fonte de
Justiça

Aos meus pais terrenos, a maior equivalência
do amor

Aqueles por mim

A minha irmã, minha certeza

A João, por quem bate o meu coração

Por fim, as minhas famílias, de sangue e de
vida, biológica e de escolha, que quando estive
com os nervos desencapados, não me
deixaram eletrocutar; o amor, pra mim, nunca
foi longe.

Senhor, fazei de mim instrumento da vossa paz... onde houver erro, que eu leve a verdade.

Oração de São Francisco

RESUMO

A presente pesquisa debruça-se sobre uma exposição de fatos, esmiuçados, a fim de encontrar, aproximar-se de um porquê as provas ilícitas e tudo que as envolvem ainda constituírem uma questão tão mal resolvida na prática do ordenamento jurídico brasileiro. Isso é feito em alinhamento com os casos, exemplos que envolvem as buscas domiciliares sem mandado. Converte-se para uma maior salvaguarda e devida atenção ao princípio da proporcionalidade, a fim de relativizar a vedação das provas consideradas ilícitas, tendo por fim, sobretudo, o esclarecimento de que o direito brasileiro, com sua sujeição inata às ponderações e perspectivas, urge por aprimoramentos contínuos e contemporâneos. Diante disso, percorre-se, inicialmente, por um traçado conceitual, o qual se faz rumar à defesa do princípio da proporcionalidade. Depois, trata-se do sistema probatório em si, caminhando para as provas ilícitas por derivação e suas exceções. E busca finalizar dedicando-se à utilização das provas ilícitas em prol do réu versus sua (não) utilização em prol da sociedade e as consequências endoprocessuais.

Palavras-chave: provas ilícitas; ordenamento jurídico brasileiro; buscas domiciliares sem mandado; princípio da proporcionalidade; aprimoramento.

ABSTRACT

The present research focuses on an in-depth exposition of facts to find, or get closer to understanding, why illicit evidence and everything surrounding it still constitute such an unresolved issue in the practice of the Brazilian legal system. This is done in alignment with cases and examples involving warrantless home searches. It converges towards greater safeguarding and due attention to the principle of proportionality, in order to relativize the prohibition of evidence considered illicit, with the main purpose being to clarify that Brazilian law, with its innate subjection to considerations and perspectives, urgently requires continuous and contemporary improvements. In light of this, it initially explores a conceptual outline, which leads to the defense of the principle of proportionality. Then, it addresses the evidentiary system itself, moving towards illicit evidence by derivation and its exceptions. And it seeks to conclude by dedicating itself to the use of illicit evidence in favor of the defendant versus its (non-)use in favor of society, and the endoprocedural consequences.

Key-words: illicit evidence; Brazil legal order; warrantless home searches; principle of proportionality; improvements.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 TRAÇADO CONCEITUAL RUMO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	12
2.1 SISTEMA PROBATÓRIO À LUZ DA EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA.....	19
2.2 DAS PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS E CONSEQUENTES MITIGAÇÕES.	25
2.3 UTILIZAÇÃO PRO REO x UTILIZAÇÃO EM PROL DA SOCIEDADE.....	30
3 CONSEQUÊNCIAS ENDOPROCESSUAIS.....	36
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discorrer acerca da controvérsia que ainda constitui a prática jurídica brasileira no tocante às provas ilícitas, em especial, utilizando-se como norte ilustrativo os casos envolvendo as buscas domiciliares sem mandado. Com isso, preocupa-se em acolher algumas problemáticas que as cercam, debruçando-se sobre a inegável tensão que existe entre o pleno respeito, e consequente proteção ao artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 - onde é delimitado o conceito de domicílio, tratando-se de asilo inviolável, onde não se pode penetrar sem o consentimento de seu proprietário, salvo os dispostos em contrário presentes no mesmo inciso (flagrante delito ou desastre, prestação de socorro ou durante o dia por determinação judicial) -, e o indiscutível dever de manutenção da ordem pública jurídico-social, com a inibição das práticas delituosas.

Diante disso, entende-se que o termo “casa”, isto é, o asilo inviolável elencado no inciso mencionado acima, é inerente a diferentes contextos e acepções, desse modo, responsabiliza-se, aqui, em compreender uma rápida, e necessária, conceituação das premissas que margeiam o tema apresentado, retratando um traçado conceitual do que se entende por provas ilícitas, e as buscas domiciliares de um modo geral.

É impossível negar a necessidade de se fazer um apanhado geral do que temos por sistema probatório como um todo, haja vista que a prova em si é o norte da bússola que orienta a presente pesquisa, para que depois de tratada, possa-se seguir adiante na análise de suas vertentes, como é o caso da protagonista do trabalho: as ilícitas.

Esse apanhado será feito à luz do que o autor Gustavo Badaró nos apresenta como epistemologia judiciária, passeando pelas provocativas, mas necessárias e instigantes, questões que são suscitadas diante de suas perspectivas - as quais vão muito além das fronteiras nacionais, já que o autor bebe de fontes espalhadas pelo mundo todo-, bem como serão, rápida e oportunamente, abordadas um pouco de suas três regras legais de exclusões probatórias, uma fundada em limites lógicos, outra fundada em limites políticos, e a terceira em limites epistemológicos.

No mais, não se pode deixar de fazer, mesmo que breve, um pequeno apanhado sobre os sistemas de valoração das provas, trazendo uma espécie de

história/memória, com revestimento de exemplos, de seu desenvolvimento e, com certeza, mudanças significativas para a apreciação das provas dentro do processo penal, haja vista, como bem aponta Badaró, necessita-se de convicção de que o direito carece de enriquecimento e, conseqüentemente, contemporaneidade e contextualização no que se refere aos seus mecanismos de produção, utilização e, assim, valoração das provas.

Seguindo-se adiante, será exposta uma análise das provas ilícitas derivadas e conseqüentes mitigações, averiguando sua inadmissibilidade e, com isso, o que vem a ser propriamente uma mitigação no contexto das provas ilícitas por derivação das buscas domiciliares sem mandado.

À vista disso, é inegável que diante de todo o conteúdo difundido há de se falar em conseqüências, especialmente as endoprocessuais, as quais serão abordadas e exploradas perante as questões processuais propriamente ditas e procedimentais, analisando a forma como esse tipo de prova é tratada, sempre à luz das buscas domiciliares sem mandado, no contexto prático-profissional.

Ademais, apresenta-se um necessário exame da vicissitude que envolve o parágrafo 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal, o qual foi incluído pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, dispondo que o magistrado que obtiver conhecimento de conteúdo extraído de prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão, e foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299, onde partidos políticos pediram pela impugnação/suspensão do parágrafo citado com o argumento de vagueza de preceitos e que as inúmeras dúvidas que o texto suscita colocam em xeque sua constitucionalidade, enunciando, ainda, que uma das facetas do princípio da legalidade é precisão, previsibilidade e segurança jurídica, quando, na verdade, sabe-se que o texto incluído pela Lei do Pacote Anticrime, mesmo que diante das dificuldades que são inerentes às necessárias alterações jurídicas, é coerente no que se propõe.

Outrossim, apontar-se-á a temática da utilização das provas ilícitas em prol do réu, onde o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência convergem para essa possibilidade, relativizando o que dispõe o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição federal de 1988 e o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, os quais

vedam, expressa e taxativamente, as provas obtidas por meios ilícitos, pugnando-se pelo desentranhamento do processo.

Sendo assim, diante de tudo que se propõe a abordar, explorar e expor, terá como objetivo principal fazer um apanhado do imbróglio que envolve a dualidade entre a intolerância e eventuais acepções e aplicabilidade das provas ilícitas à luz das buscas domiciliares sem mandado, buscando chegar o mais próximo possível do porquê ainda constituírem uma questão tão controversa e mal resolvida na prática jurídica brasileira.

2 TRAÇADO CONCEITUAL RUMO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Inicia-se fazendo a seguinte indagação: qual é a finalidade do Processo Penal? De acordo com o jurista Gustavo Henrique Badaró, em uma resposta direta, sem levar em consideração a complexidade que é inerente a esse tipo de questionamento, pode-se dizer que o processo penal tem por principal função a legitimação do exercício do poder de punir do Estado.

Tal punição não se dá de forma aleatória, e o direito brasileiro não converge para a lógica de os fins justificarem os meios, e daí já pode ser extraído o fundamento para o acolhimento da vedação às provas ilícitas. Sendo assim, Badaró aborda que, enquanto instrumento para atuação do direito, a observância do meio é basilar para legitimação do resultado.

É bem verdade que o Processo Penal passou por diversas alterações ao longo do tempo, e com ele tudo que lhe é inerente. Em se tratando de sistemas processuais, inicia-se com o Inquisitório, com origem na Idade Média. Nesse contexto, o acusador e o julgador aglutinavam-se em uma só figura responsável pela busca da verdade, mesmo que para isso fosse necessária a utilização de qualquer meio, agindo até mesmo de ofício. Com isso, extrai-se que o papel das provas resta desconhecido até então, pois tal sistema tinha como respaldo não um julgamento minimamente justo, mas claramente arbitral.

Posteriormente, nasce o sistema acusatório, pretensamente adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual pode ser definido como o sistema processual que tem no juiz um sujeito passivo, com suas funções apartadas das demais, não tendo mais a figura única sobre a qual aglutinam-se julgador e acusador, permitindo o surgimento de direitos individuais, atualmente previstos constitucionalmente, como é o caso do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, o qual assegura aos acusados os princípios do contraditório (toda prova é passível de uma contraprova) e ampla defesa, com meios e recursos a eles inerentes, como é o caso das provas em si, as quais descortinam-se para colaborar com um sistema processual o mais próximo de justo que se pôde chegar depois da conjuntura inquisitória que perpetuava antes desse.

Com isso, tem-se no julgamento um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova - no que tange às suas acusações, isto é, os

elementos subjetivos (a exemplo do dolo, culpa, circunstâncias majorantes/atenuantes e afins), uma vez que o ônus probatório é entendido, pela doutrina majoritária, como distribuído a quem, por ocasião e oportunidade compete, e desenvolvido com a defesa mediante um contraditório público e oral, solucionado pelo juiz com base em sua livre convicção -, haja vista o artigo 156 do Código de Processo Penal, onde resta claro que a prova da alegação restará a quem a fizer, respeitando o princípio da inocência, com o qual ninguém poderá ser declarado culpado até que se consiga provar o contrário.

A prova, assim, configura-se como o meio pelo qual o indivíduo - seja a acusação ou a defesa -, busca constatar a veracidade de suas alegações, coadunando um conjunto de elementos que visa corroborar o convencimento do juiz a seu favor. É bem-vinda, ainda, uma breve distinção entre o que se entende por meio de prova e meio de obtenção de prova, que é de relevante serventia para a dissecação do cerne da questão que está sendo apresentada.

À luz do que dispõe o jurista Aury Lopes Jr., o meio de prova é através do qual o se oferece ao magistrado um conhecimento direto do ocorrido, cujos resultados probatórios estarão disponíveis para serem utilizados na decisão final; são exemplos: provas testemunhal, documental, pericial, entre outras. Já os meios de obtenção de provas são os instrumentos com os quais se chega a uma prova, integrando o conhecimento do juiz de forma indireta, uma vez que muito depende do resultado de sua realização (podendo essa ser dita como ilegítima); tem-se como exemplo o meio de obtenção de prova protagonista da presente pesquisa: as buscas domiciliares (sem mandado).

Ainda, na doutrina se fala sobre uma bipartição de conceitos no tocante às provas ilegais, existindo a diferenciação entre as ilícitas e as ilegítimas, haja vista que

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (MORAES, Alexandre de, p. 117)

A doutrina majoritária defende tal diferenciação, pois entende se tratar de uma regra advinda da Constituição, especificamente em seu artigo 5º, inciso LVI, com

respaldo na modificação que a Lei 11.690/2008 trouxe para o artigo 157 do Código de Processo Penal, deixando claro que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Sendo assim, adota-se, convenientemente, como exemplo de prova ilícita as buscas domiciliares sem mandado judicial.

Agora, entendendo-se que as buscas domiciliares constituem um meio de obtenção de prova, essas, quando sem mandado, irão integrar o que compreende as provas ilícitas.

Restou claro que a inadmissibilidade das provas ilícitas e seu consequente desentranhamento do processo é premissa fortemente defendida tanto constitucionalmente, como de forma infraconstitucional, todavia, há de se reconhecer que o imbróglio que as envolve começa a dar seus sinais quando se percebe que não há uma delimitação precisa sobre o que se admite por provas ilícitas, e como encarar o tema de forma delimitada. É bem verdade que há dispositivos que influenciam na matéria, como é o caso dos incisos X e XI do artigo 5º da Constituição Federal, os quais tratam sobre a questão da inviolabilidade do domicílio, mas não se esgota em suficiência.

Já foi abordado acima que as provas são os meios com e pelos quais se busca uma verdade passível de um julgamento justo, e é válido destacar que cada litígio, no sistema jurídico brasileiro, é passível da discussão, alinhado ao caso concreto, se há ou não o direito de utilizar determinado ato ou meio probatório. A prova, como elemento de vital importância no processo, além de servir para convencimento do julgador, também serve como justificativa social para a decisão que será tomada.

Com isso, o questionamento que paira e acaba por nortear o presente trabalho - valendo-se do fato de que o tema em questão, bem como a pesquisa em si, está longe de ser exaustivo - é sobre o grande imbróglio que envolve todo o ordenamento, mormente a prática jurídica brasileiro no que confere a controversa da inadmissibilidade e possíveis acepções dessas provas, no tocante a um processo contaminado quando em contato com elas.

Seguindo-se adiante, no que diz respeito ao domicílio e sua inviolabilidade, há proteção constitucional no artigo 5º, inciso XI da Carta Magna, onde é disposto que

“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Desse modo, nota-se uma íntima relação com o respeito ao direito à privacidade e intimidade dos indivíduos, interpretando o domicílio da forma mais extensiva possível e a violabilidade da forma mais restritiva possível, como menciona o inciso artigo citado, onde é trazido um rol taxativo das possibilidades de violação.

O termo “casa”, como dito, deve ser interpretado de forma abrangente, não bastando considerá-la com o que se entende por seu conceito social e superficialmente convencionado. Desse modo, tem-se que levar em consideração qualquer localidade habitada - e suas extensões, mesmo que não cercadas -, até mesmo os aposentos coletivos, a exemplo dos quartos de hotel, pensão, hospedaria, ou local privado onde é exercida a profissão.

Ficaram evidentes as hipóteses constitucionalmente amparadas que permitem a inviolabilidade do domicílio sem a devida autorização judicial, sendo uma delas a questão do flagrante delito. Nesse ponto, carece destaque mais um imbróglio que envolve o tema, quando o assunto, por exemplo, são os crimes permanentes.

Os crimes permanentes são aqueles cuja ação delituosa se protraí no tempo, restando o crime consumado enquanto durar a atividade anti-jurídica - a exemplo dos crimes que envolvem o porte ilegal de drogas, onde restará consumado enquanto o agente tiver a droga sob sua posse. À vista disso, o artigo 303 do Código de Processo Penal alega que “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

Todavia, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que embora o flagrante em crime permanente se prolongue no tempo, não resta suficiente para se proceder a uma busca domiciliar sem mandado judicial, ademais, a mera denúncia anônima também não viabiliza o ingresso.

Nesse ínterim, há de se identificar que a oportunidade de causar uma confusão no que tange a ilicitude dos recurso probatórios é manifesta, pois uma possibilidade de haver uma busca domiciliar sem mandado judicial que se protraí no tempo é passível de contradita e impugnação, buscando-se uma interpretação favorável ao acusado, com respaldo tanto no princípio do *in dubio pro reo* (na dúvida que surgir no processo penal, advinda de falta de prova ou desconsideração

daquelas consideradas ilícitas, decide-se a favor do réu), como na viabilidade de realização das provas ilícitas em prol do réu - o que será devidamente tratado e destrinchado no decorrer da pesquisa.

Resta inegável a tensão que se instaura em um momento como esse, no qual, de um lado, tem a tutela do bem jurídico revestida de interesse público, com a entrada de forças policiais na residência do acusado, e o direito deste de ter suas garantias individuais respeitadas. É bem verdade que a conjuntura de maior tensão se encontra quando há ausência do mandado judicial para amparar o ingresso, e é à vista disso que fica a reflexão a respeito da forçosa ignorância que se deve alcançar diante de elementos concretos que se chega à culpabilidade do agente, mas que não pode ser levada em consideração pelos fatos e fundamentos acima tratados.

O livre convencimento do juiz e a busca pela verdade real, em consequência do interesse da justiça, não deveria ser posta em xeque diante da subtração à prova de valor útil e altamente relevante para chegar a uma consequência justa no processo. Esse viés corresponde a uma teoria que se convencionou denominar *male captum, bene retentum* (mal colhido, bem conservado), a qual acaba por imprimir uma certa imagem de defesa a comportamento antijurídico, todavia, só se entende dessa forma pois foi assim que ficou convencionado.

Essa é a perspectiva que se aborda diante das situações práticas, a concepção generalizada de que determinadas capitulações são ilícitas e ponto, devem ser desmembradas e ignoradas; mas como fazê-lo? Como não levar em consideração a culpabilidade diante dos olhos e não prosseguir com o dever punitivo do Estado por ter que afastar o único elemento que consolida isso? Como mencionado acima e será abordado posteriormente, tem-se claramente a dominância da aquiescência no tocante ao uso dos meios probatórios considerados ilícitos se o for feito em prol do réu, mas como fica essa mesma questão diante da possibilidade de o serem em prol da sociedade? Até o presente momento, e até mesmo perante o que se está sendo discutido e demonstrado aqui, persiste mormente inconcebível.

Com isso, não se defende tal orientação em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, mas há de se reconhecer que não se constituem absolutos.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (STF, Tribunal Pleno, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 12.05.2000, p. 20)

Destaca-se, ainda, a questão envolvendo o princípio da proporcionalidade, o qual adota como axioma a ponderação da necessidade, em fundada suficiente relevância, para interferir no direito e garantia individual. Dito isso, há de se evidenciar que esse ponto, isto é, aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da ilicitude probatória, é ausente de consenso dentro da doutrina.

À vista disso e da impossibilidade de utilização da ilicitude probatória em prol da sociedade, convém salientar uma considerável ignorância a um outro princípio muito importante para o processo penal: igualdade das partes e paridade de armas.

Em se admitindo a aplicação do princípio da proporcionalidade de modo a abrandar a vedação probatória favoravelmente à defesa, o que nos parece correto, outro valor constitucional, o da igualdade das partes, ficaria injustamente postergado caso não se estendesse o mesmo entendimento à acusação. Esta, aliás, por estranho que pareça, muitas vezes se vê em posição de inferioridade. Qualquer um que trafegue há algum tempo no foro criminal, sobretudo na condição de acusador ou Juiz, sabe o quão extremamente penosa é a tarefa de obter meios de prova em relação a fatos praticados por organizações criminosas. Negar aplicação ao princípio da proporcionalidade poderia equivaler, em casos de extrema gravidade, a deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos (SOUZA, p. 191).

Isto posto, enfatiza-se que tal raciocínio não caminha para uma aplicação desmedida e irrestrita, mas sim em face de gravidade excepcional e relevância social, fazendo valer a paridade proposta pela balança da justiça.

Desse modo, há de se trabalhar para a consolidação da ótica de que a relatividade é imperativa, pois, caso a caso, é necessário que sequer seja considerada a prova ilícita, quanto mais deixar de utilizá-la. Se direitos e garantias constitucionais são passíveis de relativização, não seria diferente com a ilicitude das provas. É mister adequação contemporânea - premissa tão comum ao jurídico brasileiro -, haja vista que é inegável que o tema em questão tem respaldo em diversos aspectos e condições difundidos ao longo do tempo, pois não deixa de ser resultado de muita gente, muita história, tão grandes repertórios que vão passando de pessoa a pessoa, até se obter o que se tem.

Sendo assim, diante do confronto que se instala perante esse cenário, o ideal é que se estabeleça um justo equilíbrio para que nenhum se torne excessivamente abusivo, imperando a proporcionalidade que insta.

2.1 SISTEMA PROBATÓRIO À LUZ DA EPISTEMOLOGIA JUDICIÁRIA

Anteriormente, foi evidenciado que o processo penal está diretamente ligado à função do poder de punir do Estado, e resta assegurado que uma das formas de isso se dar é através das evidências e, conseqüentemente, do complexo probatório.

Badaró defende que a busca da verdade é um dos fins do processo, pois tem-se por injusta a decisão tomada com base em uma construção fática - e, conseqüentemente, probatória-, equivocada. Há, em contrapartida, um viés que ampara a ideia de que existem elementos mais relevantes e dignos de proteção do que a própria busca pela verdade, e podemos acolher como exemplo a proteção das garantias fundamentais, como é o caso da salvaguarda constitucional no tocante a vedação das provas consideradas ilícitas. Mais uma vez nos deparamos com uma confusão envolvendo a questão, pois é dúbio considerar mais relevante a ignorância quanto aos fatos que trazem luz a uma possível verdade. Como não convergir favoravelmente a uma utilização proporcional dos meios probatórios ilegítimos a fim de supervalorizar um direito fundamental individual em detrimento do direito fundamental coletivo? A resposta, que está longe de ser finita e direta, pode encontrar um de seus fundamentos no que evidencia o autor citado acima, uma vez que “é preciso ter consciência de que o direito necessita enriquecer seus mecanismos de produção e valoração da prova com muito mais aportes epistemológicos do que aqueles poucos pontos de contato que hoje existem” (BADARÓ, p. 125).

Com isso, nota-se que entre a prova e a verdade, tem-se a probabilidade. É notório que acaba por ser criado um campo de incertezas, e de certa discricionariedade revestida de liberdade em quem possui o poder de escolher entre as possibilidades existentes. Sendo assim, para que haja distância de arbitrariedades, faz-se mister que a inferência probatória seja calcada em base sólida, e isso não quer dizer rigor e inflexibilidade, mas o contrário disso, o necessário reconhecimento de que não se tem como contar com a severa exatidão, mas sim com a proporcionalidade até então defendida.

À vista disso, tem-se que a verdade é sim imprescindível dentro do sistema processual penal, haja vista que se não o fosse, a atividade probatória restaria inútil. a salvaguarda que aqui se torna indispensável é a do respeito aos princípios

processuais que viabilizam um honesto, justo e respeitoso procedimento, pois, senão, estaria o processamento penal lançado a sorte.

Badaró traz, em seu apanhado epistemológico do judiciário, três regras legais de exclusões probatórias, uma fundada em limites lógicos, outra fundada em limites políticos, e a terceira em limites epistemológicos.

A primeira corresponde ao limite lógico trazido com a reforma do Código de Processo Penal, especificamente no parágrafo 1º do artigo 400, onde é dito que “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”, segundo Badaró. Todavia, há uma divergência, e conseqüente discussão, muito grande dentro da doutrina jurídica a respeito da interpretação das noções de pertinência e relevância. Resta claro que, estando longe de um consenso, está longe de ser um debate plácido.

Sendo objeto de análise pelo mundo todo, na Itália, Taruffo dá valor a esse critério diante de dois aspectos, o jurídico e lógico. A relevância jurídica ocorre quando o fato típico é definido diante de um regramento jurídico, constando como evidência fundamental. Já a relevância lógica pode constituir fato principal da causa ou usado como premissa, um ponto de partida que leva a um desfecho sobre a suposta verdade do fato principal. Em relação a essa, se a prova não versa sobre o fato principal, mas sobre um secundário, faz-se-á necessária uma valoração probatória hipotética, onde se deve “considerar que, demonstrada a hipótese de que o fato secundário seja considerado provado, ele constituirá a premissa de uma possível inferência sobre o fato principal” (BADARÓ, p. 136), e isso já nos remete à seara, por exemplo, das provas ilícitas derivadas.

A segunda regra legal de exclusão probatória abordada por Badaró é a fundada em limites políticos, ou limites extraprocessuais. Essa regra, na doutrina brasileira, é considerada diante das provas ilícitas.

A exclusão de uma prova ilícita, com potencial cognitivo, cria uma grande dificuldade ao atingimento do objetivo de uma correta reconstrução histórica dos fatos. Não se está, contudo, inviabilizando tal escopo, na medida em que outras provas poderão ser produzidas para demonstrar o mesmo fato que era o conteúdo daquela prova inadmitida (BADARÓ, P. 140)

Entende-se evidentemente que, diante de uma busca domiciliar com ausência de mandado judicial, tem-se uma prova ilícita que compromete o devido processo

legal, será ilícita e sua utilização pelo juiz compromete irremediavelmente o devido processo legal.

Se o objetivo do processo é uma decisão justa, assim não o será aquela proferida com base em uma reconstrução histórica inverídica dos fatos, mas também haverá injustiça se o processo não se desenvolver segundo os cânones constitucionais e legais (BADARÓ, p. 140)

Diante dessas considerações, Badaró não deixa de corroborar com o cerne da questão aqui tratada ao identificar como significativa problemática, inicialmente, a definição do que deve ser considerado como prova ilícita. Por carecer, no ordenamento jurídico, de uma caracterização mínima e consideravelmente precisa, somos apresentados a toda essa divergência, controvérsia e confusão que envolvem o tema.

Todavia, a definição de que espécies de violação à Constituição ou à lei caracteriza uma “prova ilícita” é objeto de divergências. Nos casos concretos, mesmo reconhecendo que houve um desrespeito à lei, muitas vezes há discussões sobre se tal desconformidade legal caracteriza ou não uma “prova ilícita”. Evidente que há graus distintos de ilegalidade, conforme o conteúdo e a natureza do preceito legal violado. Além disso, não há uma concordância total sobre quais valores legalmente tutelados, se forem violados, implicará a exclusão da prova por razões políticas ou externas ao accertamento da verdade (BADARÓ, p. 140)

Diante disso, nota-se que, que mesmo sem haver um verdadeiro norte quanto a prova ilícita em si, seria interessante nos depararmos com uma pormenorização do que caracteriza a ilicitude probatória, buscando levar em consideração tudo que já foi abordado, até então, e, por certo, o possível eficaz rumo ao princípio da proporcionalidade dentro da atuação, isto é, da prática jurídica, pois, como já trazido, é preciso um justo equilíbrio para que nenhum eixo se torne excessivamente abusivo. Ou melhor, nem reine a desmoralização social, nem o ferimento e desrespeito aos fundamentos inerentes à condição humana, que obviamente devem ser ampla e seguramente protegidos, haja vista que

Do ponto de vista exclusivo da descoberta da verdade, seria louvável a eliminação de toda e qualquer regra de exclusão probatória com vistas à proteção de direitos, como a privacidade e outras liberdades públicas. [...] Há, contudo, fundamentos relacionados à dignidade humana que impedem tal solução. (BADARÓ, p. 145)

A última, isto é, terceira regra de exclusão probatória está fundada nos limites epistemológicos propriamente, ou pode ser interpretado como motivos intrínsecos. Consiste na restrição do ingresso no processo, de componentes probatórios que,

mesmo diante de sua relevância e potencial, poderiam, se alguma forma, gerar inexatidão na reconstrução fática.

Nota-se que tal limitação pode ecoar contraintuitiva, pois, mesmo que saibamos que seu fito é buscar um processamento o mais limpo e imaculado possível, de melhor qualidade, deixa de levar em consideração um ecossistema probatório capaz de colaborar fortemente com a busca da verdade tão apelada pelo processo penal, haja vista que

quanto mais elementos disponíveis para realizar o julgamento sobre a veracidade de uma hipótese fática, tanto melhor. Mesmo que esse elemento possa ser, ao final, considerado inidôneo, terá servido para, num primeiro momento, justificar a realização de um teste de uma hipótese diversa que, posteriormente, se mostrou prevalecente justamente pela insuficiência dos elementos probatórios que lhe davam suporte (BADARÓ, p. 146).

O Código de Processo Penal traz em seu escopo alguns exemplos do regramento tratado, como é o caso do parágrafo único do artigo 55, o qual estabelece que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Trocando em miúdos, quando for exigido, nesse caso, pela lei civil, por exemplo, algum documento de identificação como meio de prova, outro não será admitido.

No mais, não se pode deixar de reconhecer a harmonia com o imbróglio que envolve a questão da utilização/vedação às provas ilícitas, quando a simples desconsideração e conseqüente desentranhamento processual de uma prova, sem levar em consideração, ou melhor, sem ponderar e proporcioná-la, torna-se perigoso diante do fato de que - como mencionado acima, na consideração de Badaró e que merece todo o destaque - quanto mais vasta a disponibilidade probatória, mais vantajoso será para um honesto processamento penal, sem que o resultado se dê em detrimento de nenhum dos pólos, sejam eles compostos por um particular ou pelo representante da sociedade.

Demonstra-se necessário, assim, arrematar destacando o breve apanhado do que temos por sistema probatório como um todo, isto é, onde está localizada a prova dentro do universo penal, principalmente no tocante a sua aplicabilidade, a fim de apresentar uma boa orientação do tema, tratando-o, a todo tempo, da forma mais elucidada possível.

Sendo assim, o sistema de avaliação de prova pode ser considerado como um critério utilizado pelo magistrado para fazer a valoração dessa. Ao longo do

tempo, alguns foram os sistemas de valoração da prova que existiriam, e traremos a seguir alguns exemplos deles. Inicialmente se tem sistema religioso, o qual versa sobre uma dinâmica pouco discutida, nascido na idade média, onde se apegava muito a um critério divino para valorar as provas. Seguindo-se adiante tem o sistema de prova tarifada, ou também, e mais usualmente, conhecido como o sistema de prova legal, o qual tem como cerne a concepção de cada prova tem um valor pré-determinado. Mesmo não estando previsto, propriamente, no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se notar resquícios quando, por exemplo, deparamo-nos com a questão de que o exame de corpo de delito é supervalorizada em relação a diversas outras provas, inclusive pericial, dentro do composto probatório do processamento penal.

Além disso, tem-se, ainda, como exemplo, o sistema da íntima convicção ou sistema da certeza, o qual permite ao magistrado uma liberdade para julgar segundo sua consciência e, conseqüentemente, arbitrariedade, visto que, assim, não carece de fundada decisão proferida. Consoante situação anteriormente descrita, vê-se respingo desse tipo de sistema no ordenamento jurídico brasileiro no contexto do tribunal do júri, onde os jurados, revestidos do poder julgador, proferirão seu veredicto condenatório ou absolutório.

Dito isso, o sistema que impera, no Brasil, é o do livre convencimento motivado, onde o magistrado, com base nas provas apresentadas, formulará seu convencimento, todavia, é exigido que decida fundamentadamente. Esse sistema está constitucionalmente assegurado, no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna¹, bem como previsto no Código de Processo Penal, em seu artigo 155².

Aqui nos deparamos com mais uma controversa, para não dizer significativa problemática, a qual será melhor abordada e dissecada ao longo da pesquisa, em relação a contaminação do presidente julgador no tocante às provas consideradas ilícitas e sua necessidade de desentranhamento do processo.

¹ Art. 93 [...], 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;

² 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.

Nessa senda, podendo ser considerada parte vital do processo, a prova procura trazer à tona a maior possibilidade de verdade que se pode chegar/encontrar. É através dela que se alcançará dados da mais alta relevância, sobre os fatos e sujeitos, para que se proceda um processamento penal honrado.

Karen Cristina, em seu artigo “Provas Ilícitas por Derivação: Teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada”, diz que “para que tenha seu valor, a prova deve ser alicerçada a verdade, obtida por meio lícito, pois o contrário do fato, pode gerar sua inutilização no processo, conseqüentemente com seu desentranhamento” (SILVA, p. 19), e é diante desse desfecho momentâneo que se levante o inquietante questionamento, além do já suscitado acima: através do princípio da proporcionalidade, diante de um cenário incontestável, evidente e manifesto, será que a prova não prova seu valor?

2.2 DAS PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS E CONSEQUENTES MITIGAÇÕES

Consoante às provas ilícitas, propriamente ditas, melhor tratadas no capítulo anterior, tem-se as provas ilícitas por derivação. Essas também se encontram inadmitidos no processo, de acordo com o que dispõe o parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal³. De acordo com o que se extrai do dispositivo legal, nota-se a possibilidade no que se refere à exceção de não haver, entre eles, o nexo de causalidade, ou, ainda, quando existir meios de serem obtidas de forma independente. Sendo assim, a proibição imposta pela norma traz consigo duas mitigações.

Afinado a isso, existe a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, a qual desponta no direito norte-americano, adotando como axioma o fato de que toda prova que é obtida em decorrência de uma considerada ilícita, também o será assim considerada por contaminação. Sendo assim, entende-se que também devem ser descartadas do processo.

Observa-se que, no contexto brasileiro, a teoria em questão chegou a ser recepcionada antes mesmo de se efetivar a reforma do Código de Processo Penal. No julgado do Supremo Tribunal Federal do Recurso em Habeas Corpus nº 90376⁴, de 03 de abril de 2007, restou clara a impossibilidade de utilização, pelo Ministério Público, de prova obtida mediante acesso a quarto de hotel - que, diante do que foi abordado resta claro, ser considerado asilo inviolável, por ser considerado domicílio em uma interpretação extensiva - através de uma busca e apreensão que carecia de mandado judicial. Com isso, a prova obtida, mesmo que pertinente, e em sendo analisada de forma apartada não seria proibida, foi desconsiderada em virtude de sua ilicitude por derivação, por ser interpretada como resultado de transgressão.

A título de exemplo ilustrativo a fim de deixar a questão o máximo elucidada possível, e convergindo, evidentemente, para a questão das buscas domiciliares, tem-se o seguinte caso: equipe de policiais da Delegacia de Polícia local, sem mandado judicial, violam domicílio de determinada pessoa, encontrado drogas na referida residência. Nesse ínterim, todo o material encontrado, desde a droga em

³ 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.

⁴ STF – RHC: 90376 RJ, Relator: CELSO DE MELLO.

questão até outros instrumentos passíveis de imputação terão, à vista do que se impera, que ser desentranhados do processo por se tratarem de provas ilícitas, uma vez que obtidas por meio considerado ilícito - a busca domiciliar sem mandado. À vista disso, se diante de ocorrência narrada, simultaneamente uma outra equipe de policiais da Delegacia Especializada no Combate às Drogas, devidamente munida de mandado, dirigir-se ao local em questão a fim de averiguar provável crime de tráfico de drogas, será, agora, considerado o que antes haveria de ser descartado, uma vez que, diante do novo cenário, trata-se de uma descoberta inevitável que corresponde a uma exceção à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação.

Quando se conclui que a raiz é viciada e, com isso, deve-se extirpar, não é exitoso sequer cogitar a consideração do que dela se extrai. Todavia, aqui obtém-se um afunilamento muito pertinente da problemática que norteia a presente pesquisa.

Assim como as provas ilícitas propriamente ditas trazem consigo suas exceções, com as suas derivadas não seria diferente, como ficou demonstrado no exemplo trazido acima, e será melhor tratado a partir de agora.

Antes de adentrar ao assunto prometido propriamente, é válido trazer à tona uma questão que envolve a regulamentação, que há de se reconhecer lacunar, mediante seara infraconstitucional do assunto que está sendo tratado, uma vez que alguns juristas rechaçam tal iniciativa, alegando inconstitucionalidade do artigo 157 do CPP como um todo, abrangendo tudo que o compõe, diante do cenário de um Código precisar validar o que já é trazido pela Constituição. Por outro lado, há outros juristas que não entendem como tal, porém, abraçam uma crítica à ausência de firmeza e especificação, o que se pode consumir que se assim não houver como fazê-lo, remete-se ao que deu início a presente explanação: o justo equilíbrio rumo ao princípio da proporcionalidade.

A primeira exceção é a ausência do nexo de causalidade. Entendida como decorrente do próprio parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, constata-se na falta da linha que liga uma colheita a outra da mesma prova observada como ilícita, onde já se pode destacar um incômodo no tocante a evidente dificuldade de se auferir uma definição límpida do que se pode entender por derivação, especificamente na sua identificação concreta - e não propriamente no contexto semântico -, demonstrando, conseqüentemente, um obstáculo à

chegada da especificação do que vem a ser, verdadeiramente, uma prova ilícita por derivação.

Há uma querela doutrinária a respeito da relevância do dispositivo citado acima em razão do desdobramento lógico no que diz respeito ao conceito da prova ilícita derivada. Para entendê-la como tal, o nexo de causalidade entre uma e outra resta manifesto, e se não o tem, não há de se falar em prova ilícita por derivação, pois a mesma não poderá ser interpretada dessa forma. Com isso, alguns doutrinadores acreditam que não se tem uma real mitigação a inadmissibilidade das provas ilícitas derivadas.

Seguindo-se adiante, chega-se a um outro ponto das exceções: a fonte independente, a qual, restará demonstrado, acaba por fundir-se com a limitação exposta anteriormente. A prova obtida através da fonte independente é aquela sobre a qual o parágrafo 2^o do artigo 157 do Código de Processo Penal apresenta sua definição, considerando-se aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, é capaz de atingir o fato objeto da prova, referendo-se, assim, ao exemplo trazido acima, o qual se debruça sobre a atuação ilegítima da Delegacia de Polícia Local e a atuação concomitante e lícita da Delegacia Especializada no Combate às Drogas.

Diferentemente da questão abordada sobre o nexo de causalidade, no tocante a fonte independente o legislador se preocupou em nortear, adiantando-se em sanar um possível imbróglio que poderia ser causado, haja vista que a essa limitação também é mencionada no parágrafo 1^o do dispositivo citado, mas seu saneamento vem no parágrafo 2^o.

Trocando em miúdos, têm-se dois meios de obtenção da mesma prova: o que é considerado ilícito e o que se tem por legítimo. É a partir daí que a doutrina passou a criticar de forma ferrenha a redação desse dispositivo, uma vez que entende-se haver uma confusão entre o que se tem por fonte independente e descoberta inevitável (teoria muito utilizada no direito estadunidense).

Resta evidente que isso gera uma agitação inegável dentro do, inicialmente, entendimento e posterior utilização desses meios probatórios, pois demonstra

⁵ Art. 157 [...] § 2^o 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.

carência diante de uma base sólida para que se possa evitar lacunas e arbitrariedade nessa conjuntura.

A doutrina afirma, ainda, que o dispositivo citado atribui possibilidades ao magistrado (que como pincelado, verifica perigo), segundo um juízo de probabilidade, bem como a viabilidade de a prova ser obtida através de um meio considerado lícito, embora alcançada a partir de uma prova considerada ilícita, abrindo as portas, assim, para uma oportunidade de toda prova que seria entendida como lícita poder ser, de alguma forma, convalidada. Isso é imprudente, quando o principal objetivo da presente pesquisa é defender o reconhecimento da necessidade de se apegar ao princípio da proporcionalidade, e agir diante do que foi exposto é desequilibrar a balança.

Até aqui não é difícil constatar o considerável desalinho que envolve o assunto, e como isso prejudica a prática jurídica. Todavia,

em que pese a doutrina não seja uníssona quanto à constitucionalidade do dispositivo, e existam as mais variáveis críticas à sua redação, a jurisprudência tem aplicado o art. 157, §2º do CPP aos casos concretos, ora como fonte independente, ora como descoberta inevitável ou até mesmo abordando ambas as teorias na mesma decisão. (Schaucoski, p. 19)

Nota-se, então, que a jurisprudência brasileira, após a promulgação da Constituição de 1988, incorporou alguns atributos da Suprema Corte Norte Americana, como é o caso da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e o que a cerca, tentando fazer uma adaptação para a realidade prática nacional. Quando se utiliza a palavra “tentando”, é no intuito de denunciar, ou melhor, destacar as controvérsias que existem nessa seara.

Outras teorias que ilustram a exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, e que, apesar de não muito conhecidas e usuais, valem o conhecimento e sucinta menção, são as teorias da mancha purgada, teoria da boa-fé e teoria serendipidade, trabalhadas pela doutrina, restando, assim, essencial o reconhecimento da inegável importância da ciência no deslinde da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada como um todo, haja vista estar sendo bem evidenciadas as carências e lacunas que integram a temática.

A primeira, também conhecida como limitação do vícios sanados, nexos causal atenuado ou tinta diluída, consiste em um lapso temporal entre a prova originalmente considerada ilícita e a contaminada, e esse intervalo resulta no

afastamento do nexo de causalidade entre elas. Ressalta-se que essa teoria ainda não foi apreciada pelos tribunais superiores brasileiros, todavia, no direito norte-americano, de onde se origina, já possui referência desde 1963.

A segunda teoria, da boa-fé, vai ter respaldo em uma análise tanto objetiva quanto subjetiva. Em relação a esta, leva-se em consideração a conduta do agente, verificando sua percepção individual, isto é, se acreditava agir de modo correto diante de tal situação. Pode-se notar que muito converge, especificamente a boa-fé objetiva, com o direito civil, principalmente no que se refere à parte contratual. Também não há registro de sua utilização no cenário jurídico-penal brasileiro, pois, atualmente, pouco importa verificar se o agente agiu de boa-fé.

Por fim, a teoria da serendipidade corresponde ao encontro fortuito da prova, isto é, prevê que “quando a prova for encontrada de forma fortuita, casual, ainda que se estiver investigando, e buscando provas de fatos diversos essa poderá ser admitida no processo, desde que a investigação originária seja lícita” (SILVA, p. 26).

Essa teoria poderia ser interpretada como um fruto de uma árvore, dessa vez, não envenenada, mas fértil, pois é em decorrência de uma prova lícita que se tem a nova prova passível da aplicação da teoria da serendipidade. Contudo, apesar de, à vista disso, aparentar confundir-se com as teorias já tratadas no início do capítulo, a diferença consiste no fato de que uma diligência, ao possuir caráter excepcional, carecendo de requisitos idiossincráticos, leva a um outro tipo de prova que não era seu fito, mas que sucedeu o encontro fortuito. Sendo assim, procura-se validar uma prova inesperada, e já foi bem utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, havendo vários julgados em que foi aplicada.

A título de exemplo, à luz das buscas domiciliares, tem-se uma operação legalmente válida, que adentra em um domicílio a fim de buscar e, conseqüentemente, capturar algo, e nesse contexto acaba por encontrar uma outra coisa passível de ser confiscada, que não era o que originalmente se procurava. Nesse ínterim, utiliza-se a teoria da serendipidade para validar a nova prova que expressa-se valiosa e indispensável.

2.3 UTILIZAÇÃO *PRO REO* x UTILIZAÇÃO EM PROL DA SOCIEDADE

É interessante e enriquecedor a definição que o jurista Guilherme de Souza Nucci tenta encontrar para a o que se tem por ilícito, e, por consequência, como poderíamos entender a prova ilícita.

Ilícito advém do latim (*illicitus* = *il+licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo termo ilícito, vedado-se a prova ilegal e a ilegítima (NUCCI,2008, p. 349).

Se nos debruçamos sobre o sentido restrito, vemos que o ordenamento jurídico brasileiro, como já demonstrado anteriormente, tem alguns dispositivos que trazem a vedação legal da prova ilícita. Contudo, como anunciado por Nucci, constitucionalmente existe a preferência pelo prisma amplo, isto é, a ilicitude segundo o entendimento de ser contrário à moral e aos bons costumes.

Diante desse cenário, é difícil não repararmos mais um imbróglio que o tem aponta, pois, se já apresentada a dificuldade em fazer especificações/definições sobre a temática em si, fazê-lo diante de parâmetros consuetudinários é ainda mais complicado. Trata-se de uma medida muito subjetiva, pois o que é para um, não é para outro, e vice-versa. A presente pesquisa, por exemplo, versa sobre a ótica da relativização, ou melhor, proporcionalidade da vedação das provas ilícitas, através de seus fatos e fundamentos.

Por conseguinte, entende-se oportuno, nesta ocasião, tratar sobre a utilização da prova ilícita em favor do réu e a controvérsia que o tópico sustenta. Há algumas teorias que se ocupam em tratar desse ponto, as quais serão apresentadas a seguir.

A primeira delas é a teoria da proporcionalidade, a qual já foi mencionada nos capítulos anteriores e tem sua origem nas raízes jurídicas germânicas. Através dela, tem-se a admissão do uso da prova ilícita como consequência da ponderação entre os valores fundamentais antagônicos, para que haja uma prevalência do que se mostra mais caro à sociedade. Ressalta-se, ainda, que essa traz consigo, também, uma das funções mais importantes do Direito Processual Penal: limitação do poder punitivo do Estado.

No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental e o direito à prova da inocência, parece claro que deva este último prevalecer, não só porque liberdade e a

dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado. (GOMES, p. 504-409)

A partir do exposto, por que não uma maior horizontalização da teoria apresentada? De acordo com o que Gomes traz, a inocência deverá prevalecer mesmo que em detrimento de uma máxima legal, pois há de triunfar a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, sua liberdade, sendo impensável a punição de um inocente, o que é completamente concordante.

Do mesmo modo, não seria viável uma prevalência do interesse social quando pertinente? É bem verdade que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nem uma disposição, seja expressa ou não, de defesa quanto a utilização da prova ilícita em favor da sociedade - pior, já houve discussão quanto a sua vedação -, o que significa uma lacuna e significa controvérsia. Diante de uma situação de incontestável culpabilidade, a desconsideração da possibilidade de um acolhimento da presente exceção em prol da sociedade é uma ofensa, quase que uma agressão à proteção da comunidade.

Se analisarmos de forma amplificada, veremos que a proteção da supremacia da dignidade humana constitui uma premissa em ambos os casos, sendo que uma se refere a uma salvaguarda individual e outra - que não restam dúvidas quanto a sua eminente importância - a uma salvaguarda coletiva.

Como já bem abordado anteriormente, a relatividade é um dos pilares do sistema jurídico nacional, e sua boa e estratégica utilização pode vir a ser um remédio bastante eficaz para determinados casos que o judiciário se depara em alguns momentos. Em consonância com a máxima popular, para se obter o remédio ou o veneno, depende da dose. Com isso, reitera-se: não se defende, aqui, uma utilização absoluta, mas sim em face de gravidade excepcional e, abaladamente, relevância social, fazendo valer a paridade proposta pela balança da justiça.

Há uma outra teoria que acaba por ser um desdobramento da trazida acima, é a teoria da exclusão da ilicitude, conduzida pelo jurista Afrânio Silva Jardim, o qual ampara o entendimento de que o réu que comete um crime a fim de obter uma prova em seu favor estará protegido pelo estado de necessidade justificante.

Antes de nos inclinarmos propriamente nesse t3pico, 3 v3lido fazer um breve aparato do que se entende por esse instrumento t3o famoso no 3mbito do direito penal, o estado de necessidade.

O estado de necessidade est3 disciplinado no artigo 24 do C3digo Pineal, onde 3 disposto que: “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que n3o provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito pr3prio ou alheio, cujo sacrif3cio, nas circunst3ncias, n3o era razo3vel exigir-se”.

Dentre os seus requisitos est3o: a atualidade do perigo, n3o havendo de se falar em um perigo iminente, mas sim vigente; ameaça a direito pr3prio ou alheio, entendendo a palavra “direito” em sentido amplo, sendo pass3vel a diversas interpretaç3es do que vem a ser o bem sujeito a proteç3o e, conseq3entemente, submiss3o ao estado de necessidade; situaç3o de perigo ao qual est3 inserido n3o tinha sido causado por si, uma vez que n3o se leva em consideraç3o a voluntariedade para utilizaç3o do estado de necessidade; inexist3ncia do dever legal de enfrentar o perigo, pois aqueles que, por lei, j3 tenham o dever de enfrentar o perigo, n3o podem se enquadrar nos par3metros no estado de necessidade.

Ainda, pode-se falar em alguns requisitos para reconhecer o estado de necessidade no caso concreto. Tem-se: a inevitabilidade da conduta, onde a conduta 3 entendida como absolutamente inevit3vel para salvar o direito pr3prio ou alheio lesado; a razoabilidade do sacrif3cio, pois 3 necess3rio que a les3o seja seguramente cr3vel; conhecimento na situaç3o justificante, pois a quem se utiliza do estado de necessidade 3 requerido que tenha ci3ncia de que age para salvar bem jur3dico lesado.

Destaca-se, com isso, que alguns juristas se apegam 3 concepç3o de que o estado de necessidade se trata de uma faculdade, e n3o de um direito propriamente, pois entendem que o direito est3 intrinsecamente ligado a uma esp3cie de obrigaç3o, e a faculdade conversaria melhor com que se entende por esse instituto. Todavia, h3 aqueles que o entendem como direito mesmo, no sentido amplo, como restou demonstrado acima.

Diante do exposto, h3 de se reconhecer uma l3gica com a colaboraç3o de Afr3nio Silva Jardim, pois a salvaguarda da inoc3ncia precisa deve haver uma maior relev3ncia em detrimento de uma, nessa conjuntura, injustificada insist3ncia de

continuar protegendo uma vedação - como é o caso da vedação à utilização da prova ilícita -, pois, se refletirmos sobre essa questão, vê-se que não há uma preocupação, propriamente, em não ferir a legalidade, mas sim uma certa escolha do que do que será prejudicado, e, nesse caso, não resta espaço para dúvidas de que o prejuízo não deve ser do direito fundamental do indivíduo no que tange sua liberdade/inocência.

Diante do exposto, o mesmo entendimento poderia ser, fiel e proporcionalmente empregado para aplicação da prova ilícita em contextos pro societate, pois é forçoso perceber que utilizá-la em prol do réu é indiscutivelmente inteligível e, ousado dizer, coerente, mas, ignorar diante do outro contexto, é uma ofensa agressiva, volto a dizer, à coletividade.

Nesse ínterim, à luz das buscas domiciliares sem mandado, o estado de necessidade vem excluindo o ilícito do fato para salvaguardar bem maior - proteção/respeito social -, sacrificando o menor - ignorância ao conteúdo probatório considerado ilícito averiguado -, atingindo, assim, uma atitude de acordo com o direito e não de forma contrária, substanciando-se, assim, a prova em lícita e admissível.

Ademais, “lógica idêntica se aplica àqueles que defendem que a admissão da prova, nesses casos, está amparada pela legítima defesa, outra das causas excludentes da ilicitude da conduta” (NUCCI, p. 382).

No que tange a uma terceira teoria, essa corresponde a uma premissa que vê a prova ilícita como uma categoria de ato processual nulo,

mas que não deveria ter sua nulidade declarada em razão do princípio da escusa absolutória, o qual estabelece que, existindo fatores favoráveis ao réu, não se admite a declaração de nulidade da prova, visto que sua existência é de enorme valia para comprovar eventual inocência do acusado (GLOECKNER, p. 174)

Não obstante diversas noções, resta claro um certo consenso quanto à admissibilidade da prova ilícita no contexto de sua utilização em favor do réu, valendo o destaque de que isso ocorre só e somente se essa prova for o único meio disponível para a comprovação da inocência do acusado.

Diante disso, e como já mencionado, é inegável, diante de situações como essa, a necessidade de haver um certo consenso quanto à exceção da inadmissibilidade da composição probatória considerada ilícita, pois o direito

fundamental individual, propriamente a liberdade, deve ser protegido até esgotadas todas as possibilidades; e é nesse ínterim que menciona-se, mais uma vez, a composição comprobatória considerada ilícita em prol da sociedade.

Trata-se, igualmente, de direito fundamental, só que, nessa conjuntura, não mais individual, mas sim coletivo. O povo também necessita ter seu direito resguardado, e ignorar isso é um ataque frente ao corpo social, é mostrar, mesmo que disfarçadamente, que um direito, de certa maneira, sobrevém em detrimento de outro, uma vez que

sua defesa não se expressa pela tutela do direito de liberdade de um indivíduo em face do seu respectivo Estado, ou pela implementação de direitos de uma determinada categoria desfavorecida. Aqui, já se trata de defender direitos de toda a *humanidade*, de modo que os Estados devem respeitá-los independentemente da existência de vínculo de nacionalidade com os seus titulares (neste aspecto, estes podem ser considerados 'cidadãos do mundo', e não de um determinado país), e de eles se encontrarem ou não em seu território. Aliás, por *humanidade* compreendem-se, até mesmo, as gerações futuras, os seres humanos que ainda não nasceram ou sequer foram concebidos. (ANDRADE, 2019)

A dinâmica está, praticamente, toda estruturada, a forma como se abre a exceção à vedação das provas ilícitas em favor do réu coincide em muito com o que aqui é defendido em relação à utilização em favor da sociedade. Mais uma vez, reitera-se: é diante de necessidade, imprescindibilidade, urgência, e, mormente, proporcionalidade.

A jurisprudência, por ora, comporta-se timidamente em relação à utilização da prova ilícita em favor do réu. E se assim o faz nessa conjuntura, é de se prever que em relação à sociedade é praticamente silente. São poucos os casos em que - destaca-se que não há aprofundamento - a justiça brasileira menciona aquela possibilidade, e quando o faz, carece de fundamentação precisa que ampare suas conclusões. Aqui, chega-se, mais uma vez, a uma das inconsistências do ordenamento jurídico brasileiro que envolve a temática.

À vista disso,

existentes em nosso ordenamento jurídico teorias e institutos que, com sucesso, justificam os atos praticados nessas circunstâncias, é necessário que sejam elas utilizadas com a finalidade de evitar o impensável: submeter a uma persecução penal uma pessoa pelo simples fato de comprovar às autoridades sua inocência ou a de terceiros. (VILLAR e JUNIOR, 2022)

Além disso, evitar o que também seria incabível: desconsiderar a crucial proteção dos direitos fundamentais coletivos perante à sociedade.

Diante do exposto, é bem verdade que a ilegalidade do meio probatório não pode, em hipótese alguma, preponderar sobre os direitos e garantias fundamentais, todavia, há de se considerar que esses merecem se sobressair em detrimento daquele.

Aquele que está ao lado da busca pela verdade real, ou melhor, o mais próximo que se pode chegar dela, não poderia fazer-se contrário à possibilidade de um acusado se utilizar do meio comprobatório considerado ilícito para comprovar cabalmente sua inocência, e, conseqüentemente, de levar em consideração, isto é, ter um olhar mais horizontalizado no tocante a essa questão envolvendo o benefício à sociedade.

Reitera-se, novamente, que o foco da matéria não é descontrolar a balança da justiça, mas o contrário, colaborar para um maior equilíbrio desta. Assim, percebe-se a passividade de relativização dessa esfera de comprovação considerada ilícita, uma vez que o processo penal não pode deixar de ser interpretado, nunca, como uma garantia, mas não do acusado, como também da sociedade, haja vista ser impensável utilizar um direito em desfavor de quem o detém.

Não se fala, ou defende, em prejuízo ao réu, mas, em consonância com o trazido acima, em uma relativização quando estritamente necessária e ponderada, isto é, proporcional à proteção de quaisquer direitos; não só individuais, como também coletivos.

3 CONSEQUÊNCIAS ENDOPROCESSUAIS

Encaminhando-se para o desfecho da presente pesquisa, aborda-se, oportunamente, um último tópico de muita pertinência e interesse para o trabalho. Agora, debruçamo-nos sobre as questões, e por que não, consequências endoprocessuais extraídas da temática até então desenvolvida. Isso será feito, mormente, à luz de uma certa contaminação do juiz, no tocante à ilicitude das provas, e a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.299. Mas a pergunta que paira é: Realmente podemos falar sobre juízes contaminados por provas ilícitas?

Sabe-se que uma das premissas da função de um magistrado é manter intacta sua imparcialidade, característica substancial e imprescindível para o exercício de sua presidência dentro do processamento penal. Também é evidente que suas decisões carecem de necessárias e, sobretudo, fundadas razões. Com isso, tem-se a seguinte redação no parágrafo 5º do artigo 257 do Código de processo Penal: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Esse dispositivo foi introduzido pela Lei nº 13.964/2019, a qual teve por objetivo o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal.

Resta claro que o objetivo do dispositivo é estreitar ainda mais a garantia da íntegra imparcialidade do juiz. É bem verdade que essa, como dito, é uma característica intrínseca a função exercida, mas seria minimamente tacanho e obtuso desconsiderar, ignorar um instrumento legal que traz em si uma finalidade tão propícia e benéfica à busca por uma aplicação cada vez mais retinada e precisa do direito (processual) penal.

É nesse íterim que nos deparamos com alguns entendimentos contrários ao que aqui se defende, pois existe um debate doutrinário bem controverso no tocante à quebra da imparcialidade do juiz que obteve contato com os meios comprobatórios considerados ilícitos, pois há questionamentos quanto a existência de relação de influência das provas ilícitas na mentalidade do julgador de forma que se chegue a influenciar, prejudicialmente, a sua formação de convencimento.

É diante dessas reflexões, a seguir tratadas, que nos inclinamos para um melhor tratamento e compreensão do tema, com conseqüente constatação de sua necessidade, isto é, o porquê de sair em sua defesa ao levar em consideração as circunstâncias jurídicas e judiciárias atuais.

Argumentam que a imparcialidade do magistrado lhe é inerente, e que isso, por si só, já se encontra em certa suficiência. Ainda, é justificado que o juiz, diante de suas vivências, também se encontra passível de certa contaminação - e não o que se fazer diante disso, pois não há possibilidade de isolamento e afins, já que, por exemplos, essas mesmas pessoas têm contato com noticiários, meios de comunicação etc - e que a prova ilícita não viria a ser "a responsável" por isso, ou melhor, que o mero contato com uma prova ilícita não traria prejuízos para a imparcialidade do magistrado. Mas é válido conceber que dentro do processo a conjuntura é outra, diferindo-se completamente da que lhe é externa, e mesmo que, como já mencionado, o juiz precise proferir decisões com fundadas razões - ato obrigatório entendido como recurso propício para monitorar as deliberações e verificar possíveis violações a direitos e garantias fundamentais - e fazê-lo diante de uma contaminação de prova ilícita possa parecer difícil, não carece de impossibilidade.

Alguns juristas que se afiliam a esse tipo de pensamento também sustentam que,

a par das dificuldades práticas, vivências experimentadas pelos juízes podem ser muito mais comprometedoras da imparcialidade do que mero contato com as provas ilícitas. Fala-se, por exemplo, quando o juiz foi vítima de um crime que o traumatizou e, depois, se depara com um caso semelhante que ele terá de julgar (ABREU, CARDOSO e PASSOS, 2022).

Vê-se, diante do exposto, que há um certo apelo a um viés subjetivo para não se fazer entender e aceitar a viabilidade do dispositivo em questão aqui defendido. É evidente que a presunção da imparcialidade é que deve vigorar, e não o contrário, ou seja, a desconfiança da conduta do magistrado. Todavia, não é esse o caminho que se pretende traçar, e sim o de que, principalmente no contexto jurídico brasileiro, as coisas não são finitas, acabadas, mas sim, como já dito, passíveis de interpretações e falhas, imprecisões, e é diante delas que se busca mecanismos e elementos que possam colaborar verdadeiramente com significativas melhorias e aprimoramentos.

Não se põe em xeque a ética do magistrado; muito longe disso. Põe-se em xeque o ordenamento jurídico lacunar ao qual estamos inseridos e as tentativas de, minimamente, polí-lo, as quais, muitas vezes, são frustradas; como é o caso em deslinde.

Todavia, também se faz menção ao ideal da conversão das listas dos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal em rol exemplificativo, os quais elencam as impossibilidades de exercício da jurisdição e averbação de suspeita, respectivamente.

Vê-se, diante disso, uma certa contradição, lacuna, na argumentação apresentada, pois, ao passo que se defende a ADI n° 6.299, também reconhece que as possibilidades de afastamento do magistrado do caso podem ir além das elencadas, atualmente de forma taxativa, na jurisdição processual penal.

Sabemos que o magistrado é um dos maiores interessados na arrecadação idônea das provas necessárias, mas não existe a possibilidade de retirar da mente do juiz a prova ilícita que se teve contato - apesar de que a parte contrária assegura que se deve fazê-lo ante a mente do julgador -, e, com isso, o jurista Guilherme de Souza Nucci conclui que: “refletindo em relação a inúmeros julgados que afastaram provas ilícitas e absolveram réus, chegamos à conclusão de que o novel § 5° do art. 157 é impertinente”.

Ora, trata-se da mesma pessoa, e o novo dispositivo, reitera-se, vem com o intuito e força de proteger ainda mais a validação da imparcialidade dos julgadores. Diante do cenário já existente, percebe-se a falha, e ignorar os benefícios trazidos por essa novidade é fechar os olhos para o panorama contemporâneo lacunoso e negligenciar sua urgência por melhorias. A parte da doutrina que defende a necessidade do dispositivo sustenta a premissa de que a mera inadmissão e desentranhamento da prova considerada ilícita não se configura como garantia de que não possa desencadear efeitos na mente do magistrado e, conseqüentemente, afetar sua plena imparcialidade.

É ingênuo achar que uma conjuntura como essa só resulta em uma mera prova considerada ilícita, sem levar em consideração as complicações que a envolvem. Uma das maiores decorrências é a contaminação do julgador, que pode acontecer mesmo que inconscientemente.

Dessa forma, mesmo a prova sendo ilícita e havendo a sua expurgação necessária dos autos do processo, o juiz, ao conhecer do seu conteúdo, poderia levá-la em consideração no processo valorativo, isto é, tal prova pode provocar influência no seu convencimento (ABREU, CARDOSO e PASSOS, 2022).

É nesse contexto que o parágrafo 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal entra como uma certa segurança no tocante ao princípio da imparcialidade, restando, objetivamente, instituído um impedimento legal.

Uma ilustração pertinente, a título de conveniente comparativo, é o Conselho de Sentença na esfera do Tribunal do Júri. Esse é formado por 7 jurados que são sorteados entre os 25 que compõem o Tribunal do Júri. Nessas condições, o tratamento que se infere para esses jurados é justamente o de se evitar, o máximo possível, a contaminação, e mesmo assim não se consegue atingir um êxito pleno, pois, com certeza, sua decisão final estará pautada nas suas concepções pessoais, bem como nas aceções relacionadas ao caso - apesar da proibição expressa quanto ao tratamento do caso com terceiros ou entre si, o que não impede-os de ter contato com possibilidades de alteração da sua linha de raciocínio de forma involuntária.

O que se pretende, com isso, é evidenciar, mais uma vez que a imparcialidade, mesmo que entendida como princípio inerentemente essencial ao julgador, é passível de imprecisão e, conseqüentemente, mecanismos que ajude no aprimoramento, uma vez que

aquilo que o julgador viu, não pode ser “desvisto”. O conhecimento tido com as provas ilícitas não pode ser retirado da sua mente, por ele mesmo, por maior que seja o seu esforço para isso. Certo ainda que todas as informações que lhes são apresentadas são ou serão fonte a ser levada em consideração no seu processo de convicção (SAMPAIO, 2017).

Por isso, constata-se que o cerne da questão não é apenas a prova considerada ilícita em si, mas também o seu envolvimento. O problema está em tudo que compõe a trama, estendendo-se, desse modo, a quem dela deverá tratar, isto é, o julgador que acaba por estar contaminado e passível de conhecimentos residuais que lhe permitem formular a decisão como imaculadamente deveria.

À título de ilustração e enriquecimento,

A palavra prova possui origem etimológica do latim probatio, cujo significado é confirmação, aprovação, ensaio, argumento ou razão. A partir desse termo, surge o verbo provar, do latim probare, que significa confirmar, aprovar, verificar, examinar e reconhecer (LIMA, 2016).

Com isso, vê-se que o aparato probatório é vital para a confirmação, exame e reconhecimento do que se entenderá por verdade dentro do processamento penal. Nesse contexto, é inviável, ou melhor, impensável desconsiderar uma prova de colaboração irrecuperável e imprescindível para o melhor resultado.

À vista disso, pela essencialidade da prova, no deslinde do conflito penal resta elevada, também, a discussão que envolve sua ilicitude, mormente no tocante às consequências no processo. Já foi bastante mastigado, aqui, a respeito da escassez de especificação quanto à temática, sendo os textos legais apenas categóricos em dizer que são inadmissíveis, mas continua valendo o destaque. A lacuna existe não só na definição como na amplitude de sua aplicação, uma vez que se fala, sobre a prova ilícita, em ser aquela que viola o ordenamento jurídico.

Ora, falar em ser aquela que viola o ordenamento jurídico é ainda mais lacunar, pois é de conhecimento geral que o universo forense é passível de relativismo e múltiplas interpretações.

Infere-se que a ilicitude da prova ocorre quando há uma infringência lato sensu do Direito. Dito de outro modo, a prova que contraria de um modo geral as normas positivadas, sejam elas materiais, processuais e constitucionais, bem como a que subverte a moral, os bons costumes e os princípios gerais do Direito, é ilícita por natureza. Isso é uma lógica do Direito. Se as provas lícitas são aquelas que obedecem a todos os ditames do Direito; aquelas que desrespeitam quaisquer deles serão ilícitas (ABREU, CARDOSO e PASSOS, 2022).

Consegue-se extrair, da reflexão acima, uma certa tentativa imprecisa de se obter luz diante da escuridão que se instaura sobre a questão, como já foi demonstrado. Mas, volta-se a dizer: não há como se falar em (des) respeito aos ditames do Direito quando este está calcado em um campo científico amplamente relativizado e cheio de ponderações.

Diante do que foi abordado até aqui, neste capítulo, podemos, por ora, consumir (mais uma vez) que, defronte a confusão envolvendo o parágrafo 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal e a ADI nº 6.299, o princípio da proporcionalidade no tocante à ilicitude das provas, já bem mastigado no decorrer da pesquisa, vem nos mostrar, mais uma vez, sua eficácia em, pelo menos, chegar muito próximo da elucidação de algumas questões, haja vista que ao levá-lo em consideração, talvez não estivéssemos em face da necessidade de discutir, ou

melhor, sair em defesa do dispositivo, até então considerado inconstitucional, mencionado acima, pois a prova considerada ilícita, ao fazer jus às exigências de não o ser mais assim considerada, erradicar-se-ia a discussão quanto a contaminação do magistrado, pois essa traria no exame de, proporcionalmente, perante o caso concreto, poder ou não levar-se em conta o meio comprobatório inicialmente considerado ilícito.

Sendo assim, nota-se que, tentando acertar, isto é, trazer melhorias, acaba-se por, de certa forma, lançar-se em diversas e variadas direções, vertentes, sem adotar um foco preciso, ir na raiz do problema e tentar recompô-lo para evitar fadiga e, principalmente, que a confusão que deveria ser dirimida, acabe por ser alastrada.

Diante da confusão que se instaurou no tocante à temática no parágrafo 5º do artigo 157, a discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, via Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº6.298, nº6.299, nº6.300 e nº6.305, onde se entendeu pela concessão de liminar que suspende a eficácia do tão referido parágrafo. A decisão monocrática do ministro Luiz Fux, na ADI 2.299 determinou a suspensão cautelar da eficácia com base no fundamento de que, com ele, restariam violados os princípios da legalidade e do juiz natural.

[...](b) Artigo 157, §5o, CPP (Alteração do juiz natural que conheceu prova declarada inadmissível):

(b1) Os princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade restam violados pela proibição de o juiz que conheceu a prova declarada inadmissível proferir sentença. A ausência de elementos claros e objetivos para a seleção do juiz sentenciante permite eventual manipulação da escolha do órgão julgador, conduzindo à inconstitucionalidade a técnica eleita legislativamente;

(b2) Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia do artigo 157, §5o, do Código de Processo Penal

(Inconstitucionalidade material); [...]

(ADI 6299. Decisão Monocrática, 22/01/2020, Luiz Fux. Grifei)

Declarou, ainda, vagueza de preceito normativo e imprecisão. No entanto, já foi amplamente abordado e discutido, aqui, a respeito dessas duas características fazerem parte, muitas vezes, de inúmeros elementos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, e tratar de um que veio com força motriz para colaborar com um significativo aprimoramento é, no mínimo, incompreensível e, por conseguinte, passível de análise crítica.

É válido, ainda, entendermos um pouco sobre um novo elemento recém abordado - e é conveniente destacar que está um pouco distante de estar completo -

no contexto jurídico processual penalista, o qual está intrinsecamente ligado com o enfoque da ADI mencionada. Com isso, chega-se ao que temos por Juiz das Garantias.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela alteração do Código de Processo Penal, instituindo a constitucionalidade do Juiz das Garantias, restando determinada sua aplicação, cabendo aos estados, Distrito Federal e União estabelecer o formato em suas respectivas esferas.

De acordo com o julgamento, e conforme disciplina o Código de Processo Penal, o juiz das garantias deverá atuar apenas na fase da investigação criminal e terá competência para o controle da legalidade do procedimento investigatório e pela salvaguarda dos direitos individuais dos investigados. (MOREIRA, 2023)

Um dos argumentos trazidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso foi a necessidade de que o Brasil tenha um direito penal sério e moderado. Nesta senda, percebe-se que o elemento do juiz das garantias em muito converge com o traz o parágrafo 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal, pois aparta a atuação dos magistrados a diferentes fases do processamento penal, a fim de, justamente, salvaguardar o máximo possível a sua imparcialidade e melhor resultado.

Além do ministro citado, a ministra Cármen Lúcia declarou que a decisão, por mais que não venha com a promessa/garantia de resolver todos os problemas do sistema de persecução penal, deve ser considerada benéfica, pois busca solução e aperfeiçoamento. Nesse viés, acompanhou o ministro Gilmar Mendes, que destacou o preceito como manifestação da classe política em defesa da democracia e contribuição para maior integralidade do sistema de justiça.

Isso posto, nota-se que ambas as concepções, ao convergirem, visam uma melhoria significativa na ação do ordenamento jurídico em sua esfera penal, e que, mesmo diante de suas intenções, são passíveis de reparos e aprimoramento para uma adequada acepção. Contudo, o que não se coaduna é a reflexão de que foi amplamente aceito e outro está sendo alvo de declaração de inconstitucionalidade, sendo que, ao reparar, vê-se que não se tratam de noções que se anulam, mas, pelo contrário, complementam-se.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegada a conclusão da presente pesquisa, entende-se que o sistema probatório no direito penal é um campo de intenso debate, em que se confrontam diferentes princípios, como a busca pela verdade, a proteção de direitos fundamentais e a necessidade de garantir um julgamento justo. A exclusão de provas ilícitas é um tema fundamental, mas, como restou demonstrado, também é muito complexo, que exige a ponderação entre a busca pela verdade e a proteção dos direitos individuais. Com isso, o princípio da proporcionalidade emerge como uma ferramenta para garantir que as decisões processuais sejam equilibradas e justas, evitando excessos que possam prejudicar o direito do acusado ou da sociedade.

Este tema é crucial para a realização de um processo penal que, ao mesmo tempo, busque a justiça e respeite os limites impostos pelos direitos fundamentais. A aplicação adequada dos sistemas de valoração da prova e a consideração das diferentes teorias sobre as provas ilícitas são essenciais para um julgamento que, embora não alcance uma "verdade absoluta", busque, ao máximo, aproximar-se disso.

À vista disso, com a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada e das suas exceções não poderia ser diferente, e ainda gera debates no Brasil, especialmente sobre a compatibilidade com os princípios constitucionais e a proporcionalidade. Resta claro que o Código de Processo Penal precisa de uma regulamentação mais precisa para evitar lacunas que permitam interpretações inconsistentes e práticas jurídicas imprevisíveis.

A pesquisa buscou, de certo modo, defender a relativização da vedação das provas ilícitas, argumentando que a busca pela verdade real e a proteção dos direitos fundamentais devem ser equilibradas, tanto em relação ao réu quanto à sociedade. A justificativa para o uso de provas ilícitas, seja em favor do réu ou da coletividade, deve ser ponderada de acordo com a gravidade do caso e a necessidade de assegurar direitos fundamentais. A ideia central é que o processo penal não pode ser visto apenas como uma proteção ao acusado, mas também como uma garantia à sociedade.

Nesse ínterim, chama-se a atenção para as lacunas e inconsistências do ordenamento jurídico brasileiro nesse campo e sugere que, embora a ilegalidade do meio probatório não deva preponderar sobre os direitos fundamentais, em casos excepcionais, a admissão da prova ilícita pode ser necessária para a justiça plena.

O trabalho também teve por objetivo a análise crítica e aprofundada não só o sistema probatório, mormente as provas ilícitas e suas consequências endoprocessuais, geradas pela admissibilidade delas, mas também a abordagem da possibilidade de contaminação dos magistrados, conforme o disposto no parágrafo 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019. Neste percurso, foram discutidas as implicações dessa norma, à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.299, e os entendimentos doutrinários que orbitam em torno do tema da imparcialidade do julgador frente à prova ilícita, com destaque para os recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da constitucionalidade e eficácia desse dispositivo.

De um lado, o parágrafo 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal representa um avanço considerável na proteção da imparcialidade do juiz, estabelecendo uma barreira objetiva ao contato do magistrado com provas que, reconhecidamente, violam as normas jurídicas. A justificativa para essa inovação está em uma lógica de preservar o princípio da imparcialidade, fundamental para a legitimidade das decisões judiciais. A imparcialidade do juiz, princípio basilar do direito processual penal, é a chave para a confiança da sociedade no sistema de justiça, pois assegura que as partes envolvidas no processo serão tratadas de forma justa, sem prejuízos derivados de qualquer influência externa ou interna indevida. Assim, ao proibir que um juiz que tenha tido acesso a prova declarada ilícita profira sentença, o legislador procura evitar que o convencimento do magistrado seja de alguma forma contaminado, ainda que de forma inconsciente.

Entretanto, como visto no desenrolar do texto, a aplicação desse dispositivo não está isenta de controvérsias. O principal ponto de debate reside na questão de saber até que ponto o contato do juiz com a prova ilícita realmente afeta sua imparcialidade, ou se, por força de sua experiência e do dever ético de imparcialidade, ele seria capaz de separar tais informações do processo decisório. Alguns doutrinadores e juristas, como visto, questionam a eficácia dessa medida, sustentando que a imparcialidade do juiz é uma característica intrínseca a sua

função, sendo desnecessária uma restrição tão drástica, que poderia até ser vista como um obstáculo à eficiência e à celeridade do processo penal. No entanto, essa visão carece de uma apreciação mais minuciosa sobre o impacto psicológico e cognitivo que a informação, ainda que ilícita, pode gerar na formação do convencimento do julgador. Em um contexto de ampla informação e multiplicidade de dados no processo, a ideia de que o juiz é capaz de, sem mais nem menos, “desvincular” ou “esquecer” o que viu não parece refletir a complexidade do processo decisório humano, que é sempre permeado por elementos subjetivos, mesmo quando se busca um julgamento técnico.

Outro ponto de discordância, igualmente relevante, é a forma como a legislação brasileira tem tratado a questão da ilicitude das provas e a lacuna existente na definição precisa do que constitui uma prova ilícita. A mera expressão de que a prova é ilícita por violar o ordenamento jurídico é, em muitos casos, vaga e sujeita a interpretações variadas, o que gera insegurança tanto para os aplicadores do direito quanto para as partes envolvidas no processo. A ilicitude de uma prova não se resume apenas à sua origem, mas também ao contexto em que é utilizada, o que pode dificultar a avaliação objetiva e, conseqüentemente, gerar divergências sobre a adequação de sua inadmissibilidade. A questão da ilicitude das provas e da proteção dos direitos fundamentais, em especial a garantia do contraditório e da ampla defesa, é um dos maiores desafios do sistema jurídico contemporâneo, especialmente no que tange ao seu impacto no processo penal. O sistema penal brasileiro carece de uma maior clareza sobre esses pontos, sendo necessário aprimorar as normas para tornar mais transparentes os critérios de admissibilidade e as exceções aplicáveis.

A discussão sobre a validade do parágrafo 5º do artigo 157 do CPP foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que, por meio das ADIs nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305, reconheceu a necessidade de reavaliar a eficácia dessa norma à luz dos princípios da legalidade e do juiz natural. A decisão cautelar proferida pelo Ministro Luiz Fux, suspendendo a eficácia do dispositivo, indicou que o impacto da regra poderia gerar distorções na distribuição do poder jurisdicional e na imparcialidade do processo. De fato, ao estabelecer uma proibição geral e irrestrita sobre a participação de um juiz que tenha tido contato com prova ilícita, cria-se uma situação que pode ser interpretada como uma violação ao princípio da legalidade e da

razoabilidade, pois abre margem para a manipulação da escolha do julgador, prejudicando o direito à uma decisão justa e sem influências indevidas. Além disso, ao determinar que um juiz se afaste do caso com base em um critério tão amplo, desconsidera-se a possibilidade de que, em alguns casos, o impacto da prova ilícita no convencimento do magistrado possa ser mínimo ou até inexistente, especialmente se essa prova for irrelevante para o desfecho do processo.

Uma das alternativas que se apresentam diante dessa problemática é a busca por uma abordagem mais equilibrada, que leve em conta tanto a proteção da imparcialidade do juiz quanto a necessidade de assegurar a eficiência e a celeridade do processo. Nesse sentido, a ideia do juiz das garantias, instituída pela recente alteração do Código de Processo Penal, surge como uma solução que visa aprimorar o sistema processual penal brasileiro, permitindo a separação das funções de investigação e julgamento, com a consequente redução das chances de contaminação do juiz que irá decidir sobre o mérito da causa. O juiz das garantias, ao atuar exclusivamente na fase investigatória, pode garantir maior imparcialidade, uma vez que não será exposto ao conteúdo das provas produzidas durante a instrução processual, o que também contribui para evitar sua contaminação por provas ilícitas. Essa figura, embora ainda em fase de implementação, aponta para um caminho de evolução na busca pela imparcialidade no processo penal, alinhando-se com as preocupações suscitadas pelo parágrafo 5º do artigo 157 do CPP.

Portanto, diante das questões abordadas, é possível concluir que a introdução do parágrafo 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal reflete uma tentativa válida e necessária de proteger a imparcialidade do juiz em face da contaminação por provas ilícitas. Embora o dispositivo esteja cercado de controvérsias e dificuldades interpretativas, sua intenção é contribuir para um sistema processual penal mais justo e transparente. No entanto, essa medida não deve ser encarada como um fim em si mesma, mas sim como um passo dentro de um processo mais amplo de reformas no sistema de justiça penal, que ainda enfrenta desafios significativos, especialmente no que tange à definição de ilicitude das provas, à preservação dos direitos fundamentais e ao fortalecimento da confiança pública no Judiciário. A implementação de um modelo de juiz das garantias, somada à revisão das normas relativas à admissibilidade de provas ilícitas, pode representar uma

evolução substancial na busca por um equilíbrio entre os direitos do réu, a busca pela verdade real e a proteção da imparcialidade do julgador, assegurando que o processo penal seja verdadeiramente justo, eficaz e em conformidade com os princípios constitucionais.

Em última análise, a pesquisa evidencia a necessidade urgente de um aperfeiçoamento contínuo do sistema de justiça penal, que busque, de forma constante, aprimorar as garantias processuais, respeitar os direitos fundamentais e garantir que a justiça seja não apenas feita, mas reconhecida como tal pela sociedade.

Nesse viés, também reconhece que o sistema jurídico precisa de mais clareza e refinamento, especialmente no que diz respeito à prova ilícita e aos mecanismos que garantem a imparcialidade dos julgadores, tal como a proporcionalidade tão amplamente tratada e defendida. Logo, é diante de tudo isso que se pode constatar o porquê de as provas ilícitas - e tudo que as envolvem - constituírem uma questão tão mal resolvida no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABREU, L. P.; CARDOSO, J. R.; PASSOS, F. P. **A análise da necessidade da previsão da figura do juiz contaminado no ordenamento jurídico**. LIBERTAS DIREITO, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 1-33, jan./jul. 2022.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizados** – 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BEM, Leonardo. **O Processo Penal Brasileiro e sua matriz inquisitória**. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-processo-penal-brasileiro-e-sua-matriz-inquisitoria/121938094>

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Juiz das garantias tem constitucionalidade reconhecida, mas prazo para implementação é adiado**. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434786&ori=2>.

CARVALHO, Amanda. **Teoria do fruto da árvore envenenada: fruit of the poisonous tree doctrine**. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/teoria-do-fruto-da-arvore-envenenada/327697991>.

Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

CRIMINAL, Consultor Jurídico. **STJ invalida provas obtidas em invasão de domicílio baseada apenas em denúncia anônima.** 26 de março de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-26/stj-invalida-provas-obtidas-em-invasao-de-domicilio-baseada-apenas-em-denuncia-anonima/>.

DE FILIPPO, Thiago. **Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 17, n°44, p. 131-146, Julho-Setembro/2016.

FONSECA, Rodrigo. **Das provas ilícitas no Direito brasileiro.** Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n° 85, p. 393-410, jul./ago.. 2010. p. 408-409. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=8024.

JUNIOR, R. B. P. A.; VILLAR, P. T. **Respiro processual: uso da prova ilícita em favor do réu.** 3 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-03/villare-almeida-uso-prova-ilicita-favor-reu/>.

JUSBRASIL, Canal Ciências Criminais. **Uma prova ilícita pode ser admitida em benefício do réu?** 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/uma-prova-ilicita-pode-ser-admitida-em-beneficio-do-reu/561366356#:~:text=A%20veda%C3%A7%C3%A3o%20da%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20de,provas%20obtidas%20por%20meios%20il%C3%ADcitos.%E2%80%9D>.

LESSA, Iana. **Provas Ilegais no Direito Processual Penal**. 28 de agosto de 2024. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/provas-ilegais>.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. 1.824 p.

LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 16° ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MÃE, Valter Hugo. **O filho de mil homens**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Rômulo. **O STF e o juiz das garantias: crônica de uma morte anunciada**. 3 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-03/romulo-moreira-stf-juiz-garantias/>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 382.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Existe juiz contaminado por prova ilícita? Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/335916/existe-juiz-contaminado-por-prova-ilicita-analise-do-novo-5-do-art-157-do-cpp>.

REIS, Juliana. **Provas ilícitas no processo penal brasileiro: admissibilidade ou inadmissibilidade?** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

SCHAUCOSKI, Tawiny. **Teoria dos frutos da árvore envenenada: origens e aplicação na realidade brasileira**. ESMAFESC, 2016.

SILVA, Karen. **Provas ilícitas por derivação: Teorias que atenuam a teoria dos frutos da árvore envenenada**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (bacharelado em Direito) - Centro Universitário Atenas, Paracatu, Minas Gerais, 2020.

TJDFT. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Estado de necessidade**. 14 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/estado-de-necessidade>.

SOUZA, Alexander. **A Inadmissibilidade, no Processo Penal, das Provas Obtidas por Meios Ilícitos: Uma Garantia Absoluta?** Revista da EMERJ, v.7, n.27, 2004.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Asilo inviolável, mas nem sempre: o STJ e o ingresso policial em domicílio**. 29 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/28082022-Asilo-inviolavel--mas-nem-sempre-o-STJ-e-o-ingresso-policial-em-domicilio.aspx>.