

104

OUT/NOV 2021

Coordenador

Oswaldo Henrique Duek Marques

Conselho Editorial

Alice Bianchini
André Vinícius Espírito Santo de Almeida
Aury Lopes Júnior
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Carlos Ernani Constantino
Carolina Alves de Souza Lima
Celso de Magalhães Pinto
César Barros Leal
Cesar Luiz de Oliveira Janoti
Cezar Roberto Bitencourt
Claudio Brandão
Édson Luís Baldan
Eduardo Saad Diniz
Eliás Mattar Assad
Eloisa de Souza Arruda
Ester Kosovski
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
Fernando Capez
Fernando da Costa Tourinho Filho
Fernando de Almeida Pedrosa
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedrosa
Gisele Mendes de Carvalho
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
João Mestieri
José Carlos Teixeira Giorgis
Luciano de Freitas Santoro
Luiz Flávio Borges D'Urso
Marco Antonio Marques da Silva
Marcus Alan de Melo Gomes
Michele Cia
Nadia Espina (Argentina)
Orlando Faccini Neto
Oswaldo Giacoia Júnior
Paulo Henrique Aranda Fuller
Raúl Cervini
Renato Marcão
Rômulo de Andrade Moreira
Ryanna Pala Veras
Sergio Demoro Hamilton
Silvio Luís Ferreira da Rocha
Tiago Caruso Torres
Umberto Luiz Borges D'Urso

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Ano XVIII – Nº 104

Out-Nov 2021

Repositório Autorizado de Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal – nº 38/2007

Superior Tribunal de Justiça – nº 58/2006

Classificação Qualis/Capes: B1

Editor

Fábio Paixão

Coordenador

Oswaldo Henrique Duck Marques

Conselho Editorial

Alice Bianchini – André Vinícius Espírito Santo de Almeida – Aury Lopes Júnior
Carlos Eduardo Adriano Japiassú – Carlos Ernani Constantino
Carolina Alves de Souza Lima – Celso de Magalhães Pinto – César Barros Leal
Cesar Luiz de Oliveira Janoti – Cezar Roberto Bitencourt – Claudio Brandão
Édson Luís Baldan – Eduardo Saad Diniz – Elias Mattar Assad – Eloisa de Souza Arruda
Ester Kosovski – Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina) – Fernando Capez
Fernando da Costa Tourinho Filho – Fernando de Almeida Pedroso
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso – Gisele Mendes de Carvalho
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
João Mestieri – José Carlos Teixeira Giorgis – Luciano de Freitas Santoro
Luiz Flávio Borges D'Urso – Marco Antonio Marques da Silva
Marcus Alan de Melo Gomes – Michele Cia – Nadia Espina (Argentina)
Orlando Faccini Neto – Oswaldo Giacoia Júnior – Paulo Henrique Aranda Fuller
Raúl Cervini – Renato Marcão – Rômulo de Andrade Moreira – Ryanna Pala Veras
Sergio Demoro Hamilton – Silvio Luís Ferreira da Rocha
Tiago Caruso Torres – Umberto Luiz Borges D'Urso

Colaboradores deste Volume

Alejandro Knaesel Arrabal – Américo Bedê Freire Júnior
Ana Lúcia Tavares Ferreira – Ananda Sassemburg de Aguiar – Bruno Heringer Júnior
Carlos Eduardo Adriano Japiassú – Caroline Alves Martins Pires
Cláudio Brandão – Henrique Viana Pereira – Jullyane Cristina Cheloni
Lenice Kelner – Léo Mathias Hang – Nuria Pastor Muñoz
Oswaldo Henrique Duck Marques – Silvio Luís Ferreira da Rocha

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Publicação bimestral da Editora Magister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados para o e-mail: editorial@editoramagister.com.br. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 3.100 exemplares.

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

v. 1 (ago./set. 2004)-.- Porto Alegre: Magister, 2004-
Bimestral. Coordenação: Oswaldo Henrique Duek Marques.
v. 104 (out./nov. 2021)
ISSN 1807-3395

1. Direito Penal – Periódico. 2. Direito Processual Penal
– Periódico.

CDU 343(05)

Ficha catalográfica: Leandro Augusto dos S. Lima – CRB 10/1273

Capa: Apollo 13

Editora Magister

Diretor: Fábio Paixão

Alameda Coelho Neto, 20
Boa Vista – Porto Alegre – RS – 91340-340

Apresentação

É com grande satisfação que apresento a centésima quarta edição da Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, destinada a contribuir para aperfeiçoar as ciências penais e processuais penais.

Abre a sequência de trabalhos *Reflexões sobre a Perda do Cargo e da Aposentadoria no Juízo Criminal*, de minha autoria com Silvio Luís Ferreira da Rocha. Nele analisamos a perda do cargo e a impossibilidade da cassação de aposentadoria pelo juízo criminal.

A seguir, Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Ana Lúcia Tavares Ferreira, em seu texto *A Localização do Estabelecimento Prisional e o Direito à Vida Familiar na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, apreciam os fundamentos teóricos do “Caso Lopez y Otros Vs. Argentina” e sua contribuição para a efetiva proteção do direito das pessoas privadas de liberdade à alocação em local próximo da residência dos familiares.

A Revista prossegue com o escrito de Bruno Heringer Júnior, intitulado *Lei nº 13.260/2016: um Ato Normativo Antiterrorismo?*, no qual discute se as limitações de ordem conceitual acolhidas na referida legislação conduzem ao entendimento de inexistência de lei antiterrorismo no Brasil.

Américo Bedê Freire Júnior e Ananda Sassemburg de Aguiar, por sua vez, em seu texto, indagam, *Sob o Viés do Princípio da Proporcionalidade*, se as provas ilícitas podem ser aceitas nos casos em que o bem jurídico alcançado for maior que o direito violado.

Dando continuidade aos trabalhos, em *Direito ao Esquecimento e o Princípio da Ressocialização do Condenado na LGPD*, Henrique Viana Pereira, Jullyane Cristina Cheloni e Caroline Alves Martins Pires discorrem sobre a liberdade de imprensa, o direito à intimidade e a proteção de dados de pessoas que já cumpriram pena.

Já no escrito *Contornos Constitucionais da Investigação Criminal no Contexto do Ciberespaço*, Lenice Kelner, Alejandro Knaesel Arrabal e Léo Mathias Hang abordam os pressupostos de ordem constitucional que devem orientar as práticas e técnicas dirigidas à investigação criminal no ciberespaço.

Na seção reservada à *Doutrina Estrangeira*, a jurista argentina Nuria Pastor Muñoz, em seu artigo *¿Responsabilidad Penal del Socio por la Criminalidad de la Empresa?*, nos traz uma importante reflexão acerca da possibilidade de fundamentar uma posição de garantia do sócio.

Em seguida, na parte destinada a *Pareceres*, Cláudio Brandão analisa, de forma aprofundada, a questão da competência em relação aos crimes conexos aos crimes eleitorais.

Como coordenador, estou convencido da excelência e atualidade dos textos apresentados, cuja leitura será, sem dúvida, de grande interesse para os estudiosos das ciências penais e processuais penais.

Oswaldo Henrique Duek Marques

Sumário

Doutrina

1. Reflexões sobre a Perda do Cargo e da Aposentadoria no Juízo Criminal
Oswaldo Henrique Duek Marques e Silvio Luís Ferreira da Rocha 7
2. A Localização do Estabelecimento Prisional e o Direito à Vida Familiar na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma Análise do Caso *López y Otros vs. Argentina*
Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Ana Lúcia Tavares Ferreira 21
3. Lei nº 13.260/2016: um Ato Normativo Antiterrorismo?
Bruno Heringer Júnior 45
4. Sob o Viés do Princípio da Proporcionalidade, as Provas Ilícitas Podem Ser Aceitas nos Casos em que o Bem Jurídico Alcançado For Maior que o Direito Violado?
Américo Bedê Freire Júnior e Ananda Sassemburg de Aguiar 63
5. Direito ao Esquecimento e o Princípio da Ressocialização do Condenado na LGPD: Liberdade de Imprensa, Direito à Intimidade e Proteção de Dados de Pessoas que Já Cumpriram Pena
Henrique Viana Pereira, Jullyane Cristina Cheloni e Caroline Alves Martins Pires 90
6. Contornos Constitucionais da Investigação Criminal no Contexto do Ciberespaço
Lenice Kelner, Alejandro Knaesel Arrabal e Léo Mathias Hang 117

Doutrina Estrangeira

1. ¿Responsabilidad Penal del Socio por la Criminalidad de la Empresa? Reflexiones sobre la Posibilidad de Fundamentar una Posición de Garantía del Socio
Nuria Pastor Muñoz 135

Parecer

1. Crimes Conexos aos Crimes Eleitorais: Competência – Parecer Jurídico
Cláudio Brandão 160

Jurisprudência

1. Supremo Tribunal Federal – Tráfico Transnacional de Drogas. Dosimetria da Pena. Causa Especial de Redução do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Aplicação no Patamar de 1/6. Motivação Idônea. Constrangimento Illegal Inexistente
Rel. Min. Alexandre de Moraes 173

2. Superior Tribunal de Justiça – Homicídio. Súmula nº 284 do STF. Dispositivo Apontado como Violado Dissociado das Razões Recursais. Tribunal do Júri. Art. 593, III, D, e § 3º, do CPP. Ausência de Provas Judicializadas para Sustentar a Autoria. Elementos de Informação Exclusivamente Produzidos no Inquérito Policial. Art. 155 do CPP Violado. Pronúncia Incabível. Recurso Especial Parcialmente Conhecido e Provido <i>Rel. Min. Rogério Schietti Cruz</i>	179
3. Superior Tribunal de Justiça – Roubo Circunstanciado. Tentativa. Teoria Objetivo-Formal. Início da Prática do Núcleo do Tipo. Necessidade. Quebra de Cadeado e Fechadura da Casa da Vítima. Atos Meramente Preparatórios. Agravo Conhecido. Recurso Especial Admitido, Porém Improvido <i>Rel. Min. Ribeiro Dantas</i>	188
4. Superior Tribunal de Justiça – Tráfico de Drogas. Prisão Preventiva Devidamente Fundamentada. Quantidade de Drogas e Gerenciamento do Tráfico na Localidade. Prisão em Flagrante. Guarda Municipal. Denúncia Anônima. Investigação Criminal. Ilegalidade. Ineficácia da Prova. Ordem Concedida. Efeito Extensivo <i>Rel. Conv. Des. Olindo Menezes</i>	194
Diretrizes para Submissão de Artigos Doutrinários	203

Sob o Viés do Princípio da Proporcionalidade, as Provas Ilícitas Podem Ser Aceitas nos Casos em que o Bem Jurídico Alcançado For Maior que o Direito Violado?

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da FDV/ES; Coordenador do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional da FDV/ES; Doutor e Mestre em Direitos Fundamentais; Juiz Federal; e-mail: bedejunior@hotmail.com.

ANANDA SASSEMBURG DE AGUIAR

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional da FDV/ES; e-mail: nandaaguiar49@gmail.com.

RESUMO: A presente pesquisa, pelo método dialético, se propõe a analisar, por meio do princípio da proporcionalidade, se a prova ilícita pode ser aceita em casos que o bem jurídico alcançado for maior que o direito violado. Preliminarmente, tem-se a análise do instituto das provas ilícitas e da teoria verificada no Direito Comparado que deu origem à discussão acerca da proporcionalidade, tendo, inclusive, influenciado o ordenamento jurídico brasileiro. Após, será destinada especial atenção ao princípio da proporcionalidade, bem como a relação deste com as provas ilícitas no processo penal, e após, a possibilidade da admissão das provas ilícitas no processo penal brasileiro, demonstrando a divergência doutrinária e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Prova ilícita. Inadmissibilidade. Direito Comparado. Princípio da Proporcionalidade. Admissibilidade.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Provas Ilícitas no Processo Penal; 1.1 Conceito; 1.2 Provas Ilícitas por Derivação; 1.3 A Aplicação da Proporcionalidade na Prova Ilícita no Direito Comparado – Alemanha. 2 A Possibilidade de Admissão das Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro Através do Postulado da Proporcionalidade; 2.1 O Princípio da Proporcionalidade; 2.2 A Produção de Provas Ilícitas; 2.2.1 Admissibilidade das Provas Ilícitas; 2.2.2 Inadmissibilidade das Provas Ilícitas; 2.2.3 Admissibilidade das Provas Ilícitas e o Princípio da Proporcionalidade; 2.2.3.1 Provas Ilícitas *Pro Reo*; 2.2.3.2 Provas Ilícitas *Pro Societate*. Conclusão. Referências.

Introdução

O debate sobre a prova ilícita é de extrema importância para o ordenamento jurídico de um país, já que as consequências desse debate podem influenciar todos aqueles que são regidos pelo texto normativo discutido. No Brasil, o problema das provas ilícitas está caracterizado, atualmente, de acordo com o art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, pela sua inadmissibilidade no processo (BRASIL, 1988).

Contudo, consoante o postulado da proporcionalidade, nenhum princípio ou direito é absoluto, de modo que poderá sofrer ponderação diante do caso concreto. Tal técnica consiste em sopesar no caso concreto interesses em conflito e fazer prevalecer aquele que ganha maior relevância, na exata medida da aplicação da norma.

Em razão disso, Grinover aduz que, diante de uma investigação criminosa de grande vulto e gravidade, capaz de atingir frivolumente a paz e estrutura social, deve-se basear no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes e admitir a introdução da prova ilícita nos autos (GRINOVER; GOMES FILHO, 2001, p. 86).

Portanto, para os adeptos do princípio da proporcionalidade, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante.

A partir disso, fica claro que a evolução do sistema vem suavizando o rigor quanto a não aceitação incondicional das provas ilícitas, visando a sopesar valores contrastantes.

Sendo assim, a presente pesquisa se propõe a analisar, por meio do princípio da proporcionalidade, se a prova ilícita pode ser aceita em casos que o bem jurídico alcançado for maior que o direito violado.

Insta destacar que no que tange à metodologia empregada, será utilizado o método dialético. Isso, porque será realizada uma contraposição dos posicionamentos em jogo, ou seja, a tese que defende aceitação da prova ilícita nos casos em que o direito alcançado for maior que o direito violado, a partir do princípio da proporcionalidade e, de outro lado, a tese que defende que o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, conforme o art. 5º, LVI, da CRFB (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, tendo em vista a dicotomia de ideias diametralmente opostas, faz-se necessária a utilização de um método em que haja a possibilidade de uma disposição e embate teórico das duas, uma frente à outra.

Portanto, com o método escolhido, haverá a possibilidade de uma análise pormenorizada, liberta de premissas, dos posicionamentos, fazendo que assim, consigamos chegar a um epicentro, que poderá iluminar a questão em debate.

Nessa esteira, o presente trabalho será dividido em dois capítulos. No primeiro, proceder-se-á diretamente à análise do instituto das provas ilícitas, pretendendo-se conceituá-lo, bem como explicar as provas ilícitas por derivação e, conseqüentemente, a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Apresentar-se-á, ainda, a teoria verificada no Direito Comparado que deu origem à discussão acerca da proporcionalidade, tendo, inclusive, influenciado o ordenamento jurídico brasileiro.

Prosseguindo, no segundo capítulo, será destinada especial atenção ao princípio da proporcionalidade, abordando, inicialmente, seu conceito, bem como a relação deste com as provas ilícitas no processo penal, e após, a possibilidade da admissão das provas ilícitas no processo penal brasileiro.

Por fim, concluir-se-á o presente artigo, manifestando opinião acerca da admissibilidade das provas ilícitas em casos que o bem jurídico alcançado for maior que o direito violado.

1 Provas Ilícitas no Processo Penal

Inicialmente, cabe salientar que prova é o processo, elemento, meio ou instrumento pelo qual se pretende convencer ou demonstrar para o juiz que um fato é verdadeiro ou não, dentro de um processo judicial. Para Nucci (2020, p. 684), o termo “prova” possui três sentidos:

“a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.”

Desse modo, a prova é um elemento essencial do processo penal, eis que é a responsável por embasar o convencimento do magistrado, bem como é utilizada como principal fundamento da sentença. Apesar das diversas espécies de prova, ater-nos-emos às provas ilícitas, objeto central deste estudo.

1.1 Conceito

Como aspecto primordial, trataremos aqui do conceito basilar do presente estudo, visto que constitui o cerne do debate previsto. Contudo, antes de conceituar provas ilícitas, faz-se necessário destacar o significado de ilícito.

Nesse sentido, Nucci (2020, p. 164) aduz que:

“o conceito de 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, também, o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo ilícito.”

Prosseguindo, quanto às provas ilícitas, Dinamarco (2002, p. 137) entende que:

“são as demonstrações de fatos obtidas por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios. A prova será ilícita – ou seja, antijurídica e, portanto, ineficaz a demonstração feita – quando o acesso à fonte probatória tiver sido obtido de modo ilegal ou quando a utilização da fonte se fizer por modos ilegais. Ilicitude da prova, portanto, é ilicitude na obtenção das fontes ou ilicitude na aplicação dos meios. No sistema do direito probatório, o veto às provas ilícitas constitui limitação ao direito à prova. No plano constitucional, ele é instrumento democrático de resguardo à liberdade e à intimidade das pessoas contra atos arbitrários ou maliciosos.”

Ou seja, as provas ilícitas são aquelas consideradas inadequadas para serem utilizadas no processo, geralmente por vícios em sua obtenção ou por vícios materiais em si. É a prova que vai contra alguma norma do ordenamento jurídico.

A partir disso, preconiza o art. 5º, LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). Todavia, têm-se duas óticas, a que envolve o que é materialmente ilícito e a que dispõe sobre o que é formalmente ilícito.

Senão vejamos, conforme ensinamento de Bulos (2001, p. 244):

“As provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e a material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delineia-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório.”

Por esse raciocínio, pode-se dizer que serão ilícitas todas as provas produzidas medinte a prática de crime ou contravenção, bem como aqueles princípios constitucionais (CAPEZ, 2016, p. 402).

Desse modo, no caso da ilicitude material, temos como exemplo uma confissão obtida por intermédio de tortura (Lei nº 9.455/97), uma apreensão de documento realizada por meio de violação de domicílio (art. 150 do CP) ou até a captação de uma conversa por meio de interceptação telefônica (art. 10 da Lei nº 9.296/96).

Já na ilicitude formal, temos o caso da gravação de conversa telefônica que exponha o interlocutor, colidindo com o direito de imagem, da intimidade e da vida privada das pessoas. No entanto, há hipóteses em que a prova ilícita poderá violar disposições materiais e processuais. Observe o que diz Capez (2016, p. 402):

“Podem também ocorrer as duas coisas ao mesmo tempo: a prova ilícita caracterizar infração penal e ferir princípio da Constituição Federal. É a hipótese da violação do domicílio (art. 5º, XI), do sigilo das comunicações (art. 5º, XII), da proteção contra tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e do respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), dentre outros.”

Cabe mencionar, ainda, que as provas ilícitas também estão disciplinadas no art. 157, *caput*, do CPP, que teve sua redação alterada pela Lei nº 11.690/08, vejamos: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Sendo assim, nota-se que a regra do ordenamento jurídico brasileiro é a inadmissibilidade das provas ilícitas.

1.2 Provas Ilícitas por Derivação

O tema das provas ilícitas por derivação vem gerando discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Tais provas, apesar de terem sido colhidas de forma lícita, originaram de outra obtida ilicitamente. Prova disso, é a interceptação telefônica clandestina, por meio da qual se descobre circunstâncias que, licitamente colhidas, levam à apuração dos fatos e consequente incriminação do réu.

Consoante Prado (2009, p. 14), trata-se da prova lícita em si mesma, mas cuja produção decorreu, ou derivou de outra prova, tida por ilícita.

Nesse contexto, consagrou-se no Brasil, a chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), que advém do preceito bíblico de que a “árvore envenenada não pode dar bons frutos”.

A construção doutrinária dos frutos da árvore envenenada originou-se do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920), em

que a empresa Silverthorne Lumber tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude, agentes federais copiaram (de forma irregular) os livros fiscais da mencionada empresa. Assim, questionou-se perante a Suprema Corte se as provas decorrentes de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo (CABRAL, 2009, p. 1).

A Suprema Corte entendeu que o vício da planta se transmite a todos os seus frutos, de modo que a obtenção ilícita da informação se projetara sobre as diligências subsequentes, aparentemente legais, maculando-as e, por conseguinte, transmitindo o estigma da ilicitude penal.

O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião, teve oportunidade de reconhecer a pertinência dos *fruits of the poisonous tree*, conforme se vê do julgamento do RHC 90.376/RJ.

A partir da Lei nº 11.690/08, que alterou diversos dispositivos do CPP, a nova redação do art. 157, § 1º, do CPP, traz a previsão dessa modalidade de prova ilícita, e também a sua proibição: “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”.

Nessa esteira, muito se discute sobre as teorias que são exceções às provas ilícitas, quais sejam: a teoria do nexo causal atenuado, a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável. Embora seja um tema de grande relevância, este não é objeto de estudo do presente artigo.

1.3 A Aplicação da Proporcionalidade na Prova Ilícita no Direito Comparado – Alemanha

Sabe-se que analisar o tratamento das provas ilícitas em outros países é extremamente útil à crítica do sistema nacional, que será feita posteriormente, eis que alguns países exerceram e ainda exercem grande influência sobre o ordenamento processual penal brasileiro.

Nesse sentido, é de suma importância analisar a aplicação da proporcionalidade no ordenamento jurídico alemão, visto que este deu origem ao postulado. Observe:

A temática das provas ilícitas é tratada como proibições de provas (*die Beweisverbote*) no ordenamento jurídico alemão. Não há na Lei Fundamental alemã ou mesmo no Código de Processo Penal do país (*StPO*) regramento normativo geral proibindo a utilização das provas obtidas por meios ilícitos no processo (ROGALL, 1998, p. 1.085), motivo pelo qual a doutrina e jurisprudência foram encarregadas de abordá-la.

A Jurisprudência da Corte Suprema Alemã considera que a prova será inadmissível ou não valorada no curso do processo somente quando a lei, expressamente e de forma excepcional o determinar, como ocorre com o artigo. 136º do StPO, ou diante de motivos superiores verificados no caso concreto (GUARIGLIA, 2005, p. 8).

Insta frisar que a doutrina alemã classifica as proibições de prova em proibições de produção da prova e proibições de valoração da prova. A primeira, não acarretará necessariamente a proibição de valoração dela (ROXIN, 2000, p. 192). Já a segunda requer disposição legal expressa ou fundamentação teórica consistente no sentido da utilização/valoração da prova, empregando, sobretudo, a ideia de ponderação de interesses (DEU, 2009, p. 49).

Cabe pontuar, ainda, que as proibições de produção probatória se subdividem em: proibições de temas probatórios, proibições de meios de prova, proibições de métodos probatórios e proibições probatórias relativas. Outrossim, as proibições de valoração da prova se subclassificam em: dependentes e independentes (ROXIN, 2000, p. 194).

No que tange a essas classificações doutrinárias expostas, é preciso atentar-se para o fato de que a temática das provas proibidas no ordenamento alemão tem sofrido atenuações com base na aplicação da proporcionalidade.

Há grande flexibilidade no sistema jurisprudencial alemão. Prova disso, é a amplitude do campo de atuação da polícia alemã para a realização de determinadas diligências. Além disso, as escutas telefônicas raramente são inadmissíveis, eis que o BGH – *Bundesgerichtshof* (Superior Tribunal Federal) – proíbe as interceptações somente diante de erros grosseiros (ÁVILA, 2006, p. 169).

Com o fito de conciliar os interesses estatais de realizar a persecução penal e obter a verdade processualmente atingível, por um lado, e o respeito e a proteção dos direitos fundamentais dos envolvidos, por outro, o Tribunal Superior alemão (BGH) desenvolveu a “teoria dos cursos causais hipotéticos”, a “teoria das esferas jurídicas”, a “teoria dos três degraus” e a “teoria das ponderações de direitos”, mais conhecida no Brasil como “princípio da proporcionalidade” (DEU, 2009, p. 51).

A jurisprudência alemã tem decidido que, nos casos em que a prova for produzida irregularmente, caso se entenda que uma nova decisão poderia reproduzi-la nas mesmas condições, mas sem qualquer irregularidade, a prova ilegal poderá ser admitida. Esse entendimento recebeu o nome de “doutrina dos cursos causais hipotéticos” (ÁVILA, 2006, p. 169), ou seja, tal teoria possibilita a admissibilidade e valoração da prova originalmente ilícita e suas derivações.

Por outro lado, segundo a “teoria das esferas jurídicas”, para se decidir pela valoração ou não da prova obtida com violação de direitos deve-se ter em conta se a lesão afeta de forma considerável os direitos do acusado (ROXIN, 2000, p. 193), isto é, caso a lesão seja de menor importância ou não se refira ao réu diretamente, a prova será admissível. Na hipótese de violação ao direito de não autoincriminação, a prova pode ser admitida se o acusado tiver conhecimento do seu direito ao silêncio (ÁVILA, 2006, p. 170).

Já a “teoria dos três degraus” afirma que pode-se destacar três níveis distintos da vida privada do indivíduo, representados por círculos concêntricos. Vejamos:

“No círculo mais interno está o núcleo essencial, inviolável e intangível da vida privada, subtraído de todo juízo de ponderação de interesses. (...) Já numa área intermediária está a área normal da vida privada, expressão e condição do livre desenvolvimento da personalidade; ainda que protegida pela Constituição, não é um direito absoluto, e, portanto, está aberta às colisões decorrentes dos compromissos e vinculações comunitárias. (...) Finalmente, há uma área periférica da vida normal, que apesar de usualmente subtraída do domínio da publicidade, suas lesões são socialmente adequadas e toleradas.” (ÁVILA, 2006, p. 171)

Assim, seriam admitidas restrições aos círculos mais externos representativos do direito à privacidade do indivíduo (esfera da intimidade e esfera da vida privada *stricto sensu*), mas não à esfera do segredo (SIMONS, 2007, p. 103).

Com relação ao princípio da proporcionalidade voltar-se-á ao tema no capítulo seguinte do presente estudo.

Diante do exposto, fica evidente que o sistema alemão propõe uma análise pontual dos casos, buscando vedar apenas aquelas provas que violem de forma grave os direitos fundamentais.

2 A Possibilidade de Admissão das Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro Através do Postulado da Proporcionalidade

Conforme dito alhures, atualmente, a lei é expressa no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas. Contudo, esse entendimento deve ser questionado nos casos em que o desentranhamento das provas ilícitas do processo possam causar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade.

Nesse contexto, surge o princípio da proporcionalidade com o propósito de equilibrar o ordenamento jurídico a fim de que se alcance uma justa aplicação do Direito.

A partir disso, neste capítulo será destinada especial atenção ao princípio da proporcionalidade, abordando, inicialmente, o seu conceito. Em seguida, apresentar-se-á as correntes doutrinárias acerca da admissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, e, após, a possibilidade da admissão das provas ilícitas no processo penal brasileiro.

2.1 O Princípio da Proporcionalidade

Em primeiro plano, cabe destacar o entendimento de Maria Gilmaíse de Oliveira Mendes (1999, p. 172-174), quando diz que:

“O texto constitucional não pode ser interpretado de forma rigorosa, pois sempre haverá situações, cujo valor e importância do bem jurídico envolvido, a ser alcançado com a obtenção irregular da prova, levarão os Tribunais a aceitá-la.”

A partir disso, tem-se o princípio da proporcionalidade como método de resolução das colisões dos princípios. Vejamos:

“A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contratantes.” (GRINOVER; FERNANDES; MAGALHÃES, 2001, p. 136)

Desse modo, o aludido princípio se apresenta como um instrumento moderador que norteia todo o sistema jurídico, tendo como principal finalidade a contenção de excessos, sendo mecanismo apto para ponderar direitos, valores e interesses, quando estes se encontram em rota de colisão (SOUZA, 2008, p. 8).

No entanto, no texto constitucional brasileiro, não há dispositivo explícito consagrando o princípio da proporcionalidade (ÁVILA, 2006, p. 32). Insta salientar que como método de resolução das colisões, a proporcionalidade possui três subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ÁVILA, 2006, p. 31).

No que tange à adequação, tem-se o seguinte questionamento: o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado? Por

meio disso, examinar-se-á se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir ou promover o fim pretendido. A título de exemplo, digamos que a polícia, na investigação de um crime de estupro, tenha pedido ao Poder Judiciário a quebra do sigilo bancário do acusado para saber quanto ele tem em conta corrente. Em princípio, o juiz deverá indeferir a prova, pois não há qualquer relação de meio e fim entre a elucidação do crime sexual e a restrição ao direito fundamental em questão (MARMELSTEIN, 2016, p. 382).

Por outro lado, se a polícia apresentar alguma justificativa que demonstre que a quebra do sigilo será útil (adequada) à descoberta da verdade, o juiz poderá deferir o pedido. Assim, se a movimentação financeira do acusado puder comprovar que ele fez um saque no mesmo dia e no mesmo local do crime, a restrição ao direito fundamental ao sigilo será, em princípio, possível no caso concreto. O importante é que exista uma relação de pertinência (meio e fim) capaz de justificar a limitação ao direito (MARMELSTEIN, 2016, p. 383).

Prosseguindo, quanto à necessidade, questiona-se: o meio escolhido é o mais suave e ao mesmo tempo suficiente para proteger a norma constitucional? O meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Assim, um meio será necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais, ou seja, o menos gravoso (MARMELSTEIN, 2016, p. 385).

Já na proporcionalidade em sentido estrito, pergunta-se: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar? Para responder a essa pergunta, é necessário realizar um exercício de balanceamento ou de ponderação, por meio do qual o jurista deverá levar em conta todos os interesses em jogo a fim de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, com base em argumentação coerente, consistente e convincente (MARMELSTEIN, 2016, p. 389).

Portanto, no confronto de princípios fundamentais num caso concreto, deve haver a aplicação do princípio da proporcionalidade para a análise do peso de cada um e o estabelecimento de qual é o mais importante.

Considerando o explanado sobre o princípio da proporcionalidade e suas vertentes, cabe discorrer sobre a possibilidade da utilização das provas ilícitas no processo penal, bem como das correntes acerca do tema.

2.2 A Produção de Provas Ilícitas

O assunto das provas ilícitas não possui entendimento pacífico. Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro utilize a teoria dos frutos da árvore envenenada, há divergência doutrinária acerca do tema. Vejamos:

De acordo com a primeira corrente, deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não retira à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator (GRINOVER, 1982, p. 116-129).

Já para a segunda, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida (MOREIRA, 1997, p. 109 e ss).

Entre esses extremos, têm-se proposto soluções mais matizadas e a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais prudente conceder ao juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos; atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida (MOREIRA, 1997, p. 109 e ss).

Desse modo, há aqueles que se posicionam a favor da utilização das provas ilícitas, não de forma absoluta, mas somente em casos graves, em que o direito violado pela captação das provas seja menor do que o direito defendido.

2.2.1 Admissibilidade das Provas Ilícitas

Os que advogam por essa corrente, sustentam que deve prevalecer o interesse da justiça no descobrimento da verdade, conforme os princípios do livre-convencimento do juiz, da liberdade probatória e da verdade real. Isso, porque se o objetivo da ação penal é a busca da verdade real e a punição dos culpados pelo crime, o desentranhamento das provas ilícitas do processo poderia gerar prejuízo ao interesse do Estado na justa atuação da lei, bem como na resolução de infrações e crimes.

Sobre a teoria da admissibilidade das provas ilícitas, Silva (1997, p. 300) ensina que:

“A corrente que defende em qualquer caso a possibilidade do emprego de provas obtidas por meios ilegítimos, afirma que a solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas sua sujeição ao correspondente processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova. Assim, se um marido penetra clandestinamente na residência de alguém para documentar fotograficamente, ou por qualquer outro meio mecânico ou eletromagnético, a prática de um adultério de sua mulher, deverá responder pelo crime de invasão de domicílio, porém jamais ser impedido de comprovar em juízo o adultério, através da prova por tal forma obtida; e nem teria sentido, pretender-se que o juiz, depois de indubitavelmente convencido da existência do adultério, demonstrado por meio dessa prova criminosamente obtida, devesse julgá-lo não provado e improcedente a ação de separação nele fundada.”

Essa teoria é a menos aceita pela doutrina, visto que despreza de forma absoluta o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, que também figura como garantia individual. Além disso, não tem sentido nenhum a utilização de provas ilícitas sobre o argumento da descoberta da verdade real (ou material).

Isso, porque as provas, reconstruções históricas que são, não podem propiciar uma verdade absoluta; tão primária quanto a noção de que é impossível voltar no tempo, pode-se facilmente concluir que a verdade real constitui um verdadeiro mito ou, nas palavras de Ferrajoli (2014, p. 53), “a expressão de um ideal inalcançável” e “uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, com aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar”.

2.2.2 Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

A maior parte da doutrina defende a teoria da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, tomando a regra constitucional prevista no art. 5º, LVI, como absoluta, não aceitando qualquer exceção a essa norma (BRASIL, 1988).

Para os defensores dessa teoria, não importa se a violação do preceito legal para obter a prova protege outro direito ou garantia de maior relevância. A partir do momento que a prova ilícita for constatada, o juiz tem o dever de determinar de ofício o desentranhamento dessa prova dos autos, não lhe reconhecendo eficácia.

Nesse sentido, Paulo Rangel (2008, p. 430) aduz que:

“No Estado Democrático de direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos

em um Estado opressor, totalitário e não Democrático de Direito (cf. art. 1º da CRFB).”

Camargo Aranha (1996, p. 49) também advoga em favor dessa corrente. Observe:

“O direito é um todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irreduzíveis. Ora, se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. Não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado, apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos. O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas.”

A jurisprudência pátria também já se manifestou nesse sentido, como se vê no julgamento do HC 90.376:

“PROVA PENAL. BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI). ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO). INADMISSIBILIDADE. BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO ‘CASA’, PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR. GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL. CONCEITO DE ‘CASA’ PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI, E CP, ART. 150, § 4º, II). AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. INIDONEIDADE JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL). SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE ‘CASA’. CONSEQUENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS

NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. (...) A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum* (...).”

Contudo, questiona-se até quando as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal e à preservação da intimidade do acusado podem ser flexibilizadas, diante da ponderação dos valores contrastantes entre as garantias constitucionais protetivas do cidadão e o interesse da sociedade no combate à criminalidade.

Faz-se necessário destacar o entendimento de Capez (2016, p. 404):

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

Sendo assim, cabe analisar o entendimento da admissão das provas ilícitas com base na aplicação do princípio da proporcionalidade.

2.2.3 Admissibilidade das Provas Ilícitas e o Princípio da Proporcionalidade

As teorias supracitadas são extremas, pois enquanto a primeira defende a admissão das provas ilícitas de forma ampla, a segunda aplica o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas de forma absoluta, sem exceções.

Deve-se perquirir se a inadmissibilidade das provas ilícitas é absoluta ou se, em algumas situações, é possível estabelecer exceções diante de outros princípios constitucionais decorrentes da ponderação dos interesses envolvidos (ÁVILA, 2006, p. 108).

Nesse sentido, Nery Junior (2006, p. 528) ensina que:

“Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. (A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade), devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.”

Assim, ainda com a previsão constitucional acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, entende-se que nenhum princípio constitucional é absoluto, bem como todas as demais normas constitucionais. Logo, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas poderá ser reconsiderado, com a devida aplicação do princípio da proporcionalidade, em casos de conflito entre princípios fundamentais.

Não é demais lembrar que o simples descumprimento da regra estabelecida no Código Penal ou no Código de Processo Penal não torna determinada prova ilícita, mas, sim, a verificação de sua (in)compatibilidade com os direitos fundamentais em sua perspectiva global (réu e sociedade). Tal exame pode definir que, em determinados casos, mesmo que caracterizada afronta à letra do código, não há substancialmente uma violação ao Direito e, portanto, a prova é lícita e pode ser utilizada normalmente no processo (BEDÊ Jr.; SENNA, 2020, p. 562).

Nessa esteira, Aranha (1996, p. 50) aduz que

“Para tal teoria intermediária, propomos uma nova denominação: a do interesse preponderante. Em determinadas situações a sociedade representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes, antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.”

De acordo com Fernandes (1999, p. 80), existem duas hipóteses que “mostram a necessidade de se admitir o critério da proporcionalidade”. Vejamos:

No primeiro caso, com o intuito de evitar a fuga de presos perigosos de um estabelecimento penitenciário, abriram as correspondências desses presos, violando o sigilo de correspondência (art. 5º, XII, da CRFB), de modo que fora descoberto que além do plano de fuga, eles também haviam arquitetado sequestrar um Juiz. Assim, evitou-se a fuga e o sequestro. Nesse caso, se fosse levado ao extremo o princípio da inviolabilidade de sigilo da correspondência e o da inadmissibilidade das provas ilícitas, não teriam descoberto o plano e essas cartas não poderiam ser utilizadas como prova no processo criminal.

Desse modo, fora aplicada a teoria da proporcionalidade, pois, resguardaram-se os direitos: à segurança pública (da sociedade), à vida e à integridade física (dos agentes penitenciários e do Juiz), em detrimento do princípio da inviolabilidade das correspondências (dos presos) e da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Nesse sentido, no julgamento do HC 70.814/SP, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou:

“A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.”

Outrossim, no segundo caso, o réu obtém prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, que infringe a Constituição e a Lei nº 9.296/96, mas é a única maneira que este dispõe para provar a sua inocência. Por isso, Fernandes (1996, p. 81) afirma que seria inaceitável “que o acusado fosse condenado apenas porque a demonstração de sua inocência só pôde ser realizada por prova obtida por meio ilícito”.

Nesse caso, também aplica-se o princípio da proporcionalidade, em que prevalece o princípio e direito fundamental do acusado à liberdade (art. 5º, *caput*, da CRFB) e à ampla defesa (art. 5º, IV, da CRFB), em detrimento do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CRFB).

Por outro lado, na hipótese de um policial obter uma confissão (depoimento pessoal) por intermédio de tortura, muito se discute, mas, majoritariamente, a doutrina tem entendido que deve-se prevalecer o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Isso, porque além de a tortura ser vedada pela Carta Magna (art. 5º, XLIII, da CRFB), direitos fundamentais de grande importância seriam viola-

dos, quais sejam: a integridade física e a dignidade da pessoa humana. Logo, o Estado não poderia utilizar a confissão para condenar o indivíduo.

A jurisprudência pátria já pronunciou seu posicionamento a favor da proporcionalidade, como se vê: RHC 7.216/SP e HC 3.982/RJ.

Portanto, observa-se que a teoria da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal diante do postulado da proporcionalidade é aceita por vários doutrinadores e já utilizada em alguns julgados. Contudo, a partir disso, questiona-se se ponderação pode ser usada em favor do réu ou se a acusação também poderia se valer desse princípio. É esse tema que será abordado adiante.

2.2.3.1 Provas Ilícitas *Pro Reo*

Diante de todo o exposto no item anterior, pode-se afirmar que há doutrinadores a favor da utilização das provas ilícitas no processo penal. No entanto, a maioria acredita que só poderia aceitar as provas ilícitas para beneficiar o réu.

Desse modo, de acordo com Mendonça (2009, p. 166), o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas encontra-se previsto dentro dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, não podendo essa norma ser utilizada para prejudicar alguém, mas, sim, servir para assegurar outros direitos e garantias.

O princípio da proporcionalidade *pro reo* nada mais é que a permissão de uso de uma prova ilícita em favor do acusado, ainda que aceita com contradição a direitos fundamentais próprios ou de terceiros. A atuação da prova ilícita em favor da defesa é defendida pela doutrina informada pelo princípio do direito da ampla defesa e do princípio do favor réu (FARAH, 2008).

Grinover, Scarance e Magalhães (2001, p. 116) esclarecem que é praticamente unânime o entendimento que admite “a utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”.

Não se pode olvidar que o direito à liberdade (do réu) é mais importante do que a proibição das provas ilícitas. Adepto desse argumento, Prado (2009, p. 32) explica:

“O princípio da proporcionalidade tem lugar em situações nas quais, usando-se validamente uma prova ilícita, possa ser absolvido um réu. Outro caminho não é possível. (...) Então, poder-se-á admitir uma prova ilícita no processo, excepcionalmente, quando tal providência seja favorável ao réu. Essa posição é praticamente unânime na doutrina nacional.”

Outra defesa é que, além do direito à liberdade ser mais relevante, o uso das provas ilícitas pelo réu é também maneira de garantir que a Justiça seja feita, não condenando algum indivíduo que seja inocente (CÂMARA, 2009).

Nesse sentido, Fernandes (2010, p. 86) afirma:

“A prova ilícita em favor do réu deve ser admitida quando seja meio eficaz de evitar condenação injusta. Nessa ótica, não deveria o tribunal determinar o desentranhamento pedido pelo Ministério Público quando, sem a prova, o réu seria condenado, alterando-se anterior solução absolutória. Haveria, aqui, aplicação da proporcionalidade. (...) É ampla a aceitação de que seja ele aplicado aos casos em que a prova da inocência de réu depende de prova produzida de maneira ilícita. Não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que não tenha sido obtida por meio lícitos.”

Ademais, alguns doutrinadores se referem à utilização das provas ilícitas pelo réu como estado de necessidade e legítima defesa.

De acordo com esse fundamento, Rangel (2008, p. 439) leciona:

“É admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para prova sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei. Afirmamos se aparente a infringência da lei por entendermos que o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas) em uma situação não provocada de conflito externo, justifica a conduta do réu. Estará ele (réu) agindo de acordo com o direito e não de forma contrária.”

O Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido, como se vê do HC 74.678/SP:

“Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). *Habeas corpus* indeferido.”

Outro argumento utilizado, é que o princípio da ampla defesa, o princípio da presunção da inocência e o princípio do *favor rei* resguardam ao réu se valer de todos os modos permitidos para provar sua inocência. Observe precedente do STF nesse mesmo sentido:

“PROVA. CRIMINAL. CONVERSA TELEFÔNICA. GRAVAÇÃO CLANDESTINA, FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. JUNTADA DA TRANSCRIÇÃO EM INQUÉRITO POLICIAL, ONDE O INTERLOCUTOR REQUERENTE ERA INVESTIGADO OU TIDO POR SUSPEITO. ADMISSIBILIDADE. FONTE LÍCITA DE PROVA. INEXISTÊNCIA DE INTERCEPTAÇÃO, OBJETO DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE CAUSA LEGAL DE SIGILO OU DE RESERVA DA CONVERSAÇÃO. MEIO, ADEMAIS, DE PROVA DA ALEGADA INOCÊNCIA DE QUEM A GRAVOU. IMPROVIMENTO AO RECURSO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 5º, INCISOS X, XII E XVI, DA CF. PRECEDENTES. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.” (STF, HC 402.717/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 13.02.09)

Sendo assim, na divergência entre a prova ilicitamente obtida e o direito à liberdade do indivíduo, que busca, ligadamente com o direito à vida, em um dos bens mais valiosos presente no ordenamento, nada mais certo que aceitar a prova ilícita, com intuito de impedir uma condenação injusta, sancionando um inocente e deixando impune o real culpado (FARAH, 2008).

Diante de todo o exposto, fica claro que a tendência da doutrina pátria é a de acolher essa teoria, para favorecer o acusado (a chamada prova ilícita *pro reo*), em face do princípio do *favor rei*, admitindo sejam utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, desde que em benefício da defesa.

2.2.3.2 Provas Ilícitas *Pro Societate*

A tese que permite a utilização das provas obtidas por meio ilícito em favor da sociedade, consiste na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal. Entretanto, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção.

Ainda assim, há quem defenda essa corrente, Fernandes (1999, p. 82) aduz que o princípio da proporcionalidade também pode servir à acusação, justificando-se com a aplicação do princípio da isonomia, principalmente em face da crescente criminalidade organizada.

Faz-se necessário expor a visão do ex-Ministro Sérgio Moro, que defende a obtenção de prova ilícita em processo (em favor da sociedade), no contexto das operações “Mãos Limpas”:

“em um contexto de corrupção sistêmica, penetrante, profunda e disseminada nas instituições e na sociedade civil, a adoção de remédios excepcionais não pode ser considerada uma escolha arbitrária, mas medida necessária, na forma da lei, para romper o ciclo vicioso.” (BARBACETTO; GOMEZ; TRAVAGLIO, 2016, p. 7)

Além da corrupção, a sociedade hodierna vem sofrendo com o aumento no número da violência, e, ainda, luta contra inúmeros problemas em torno da corrupção, falta de estrutura e policiamento, que se soma à problemática de uma legislação penal ultrapassada, obscura e que protege a impunidade (CÂMARA, 2009).

Assim, tem-se que a questão da baixa incidência do sistema de justiça criminal, em relação aos crimes que gravitam em torno da criminalidade organizada, é de uma clareza solar, não sendo um discurso meramente panfletário e alarmista. No Brasil, ainda se faz presente um escandaloso cenário de “paraíso da impunidade”, uma vez que, infelizmente, são notados espaços propícios no direito para os agentes corruptos desenvolverem suas atividades com o mínimo de risco possível (BEDÊ Jr.; SENNA, 2020, p. 570).

Desse modo, defende-se a violação de algum direito ou garantia fundamental do indivíduo, com o direito à intimidade com as interceptações telefônicas. A jurisprudência já se manifestou nesse sentido: “havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (*due process of law*), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade” (BRASIL, Ap. Criminal 185.901-3, 1995).

Nesse contexto, indaga-se: se a liberdade individual pode ser assegurada com a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso em que o réu está sendo acusado injustamente, nada mais justo poder aplicar esse princípio para resguardar a liberdade coletiva que está sendo ameaçada com o progresso da violência. Até porque poderia o criminoso alegar direitos fundamentais para garantir sua impunidade?

Na mesma linha, antes da Lei nº 9.296/96, que disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas, o STJ admitiu a incidência do princípio da proporcionalidade a favor da sociedade, no julgamento do HC 3.982/RJ, observe:

“Não se pode esquecer que aqui (o comentarista se refere a caso da prova ilícita servir para inocentar alguém de crime) há um direito constitucional a ser protegido: o da liberdade, que, que talvez só perca em importância e relevância para a própria vida. É por isso que sem embargos de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meio ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão somente o direito individual encarnado em uma pessoa’ (*Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, 1989. v. 2. p. 273 e ss.).

(...)

Com isso, é bom que fique claro, não me quero transformar em mensageiro de violações dos direitos e garantias fundamentais. Só estou pondo em destaque que a sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo.

(...)

Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode se constatar que a Exclusionary Rule 162 não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, do outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

(...)

Na própria Alemanha, (...) as provas ilícitas não são sempre afastadas de plano. Sua contaminação é, assim, relativa. Adota-se o ‘Princípio da Proporcionalidade ou Relatividade’ (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). O inciso XII, em que se baseia a impetração, para dizer que a sua aplicação está dependendo de regulamento por legislação ordinária, só tem lugar sem a observância do sistema constitucional, e cairia em um outro absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deve ser utilizado para proteger marginal.”

Nesse sentido, Capez (2016, p. 35) se posiciona a favor, trazendo argumentos que servem de respaldo para essa tese:

“Mais delicada, portanto, é a questão da adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade? Nesse sentido, interessante acórdão do STF: ‘A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas’ (STF, HC 70.814-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24.06.94, p. 16649). A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*. Res-salvamos apenas a prática de tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for. A tendência, entretanto, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é a de aceitar somente *pro reo* a proporcionalidade (STF, 1ª T., HC 74.678/DF, Rel. Min. Moreira Alves. Apud BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*, cit., p. 245).”

Outro ponto relevante, é que argumento da eventual concentração de poder na pessoa do Juiz é facilmente contornável, na medida em que a aplicação de proporcionalidade se daria apenas em casos excepcionais, como último recurso para fazer prevalecer direitos fundamentais, no caso concreto, com importância maior do que o defendido no art. 50, LVI, da Constituição Federal. Além de ser submetida ao duplo grau de jurisdição, a decisão judicial, certamente seria cuidadosamente fundamentada, atendendo ao que estabelece o art. 93, IX, da Magna Carta (BRASIL, 1988).

Com efeito, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2020, p. 572-575) adotam interessante posicionamento, observe:

“Desse modo, dizer que esse entendimento é perigoso e que viola princípios constitucionais, em especial o princípio da vedação de provas ilícitas, acaba

configurando uma postura que protege de forma deficiente alguns direitos fundamentais, como o direito à segurança pública, a um processo penal eficaz, mormente em hipóteses de criminalidade difusa, como os casos de corrupção e envolvimento de organizações criminosas, não passando, portanto, de um garantismo unilateral, que configura um risco para o Estado Democrático de Direito.

(...)

É preciso confiar no sistema e entender que o Estado não pode ser mais visto como o Leviatã, uma vez que o Estado também é amigo dos direitos fundamentais, posto que tem deveres de proteção cristalizados na Constituição Federal, dentre os quais se encontra a prevenção e a repressão ao crime.”

Há que se destacar que esse assunto não é pacífico, embora significativa corrente jurisprudencial começa a surgir acolhendo o princípio da proporcionalidade em casos excepcionais e graves, uma vez que nenhuma norma constitucional tem caráter absoluto.

Portanto, resta demonstrado que parte da doutrina não confere a aplicação do princípio da proporcionalidade para afastar a vedação das provas ilícitas para beneficiar a sociedade em hipótese alguma, porém, alguns defendem essa possibilidade, principalmente, diante de casos de extrema gravidade na defesa da segurança coletiva, buscando a efetivação da Justiça. A avaliação a respeito do caso concreto que reclama o implemento da proporcionalidade *pro societate* ficará a cargo do Poder Judiciário, por meio dos Juízes e Tribunais.

Conclusão

Estudos acerca dos impactos das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro são uma tendência nas pesquisas acadêmicas recentes, dada a atualidade do tema e as amplas possibilidades de aprofundamento. O diferencial desta se concentrou na abordagem do assunto à luz do princípio da proporcionalidade, bem como na comparação com o direito comparado, eis que a Alemanha foi a responsável por dar origem ao principal objeto deste estudo.

O materialismo dialético se mostrou o método mais adequado à resposta do problema, pois analisou, de forma pormenorizada, todos os posicionamentos, de onde se extrai a provisoriedade da solução, na medida em que eventual alteração da realidade fática tomada por base pode comprometer as conclusões alcançadas.

A pesquisa evidenciou que a prova constitui um elemento de grande importância no âmbito do processo judicial, tendo em vista que, influencia

diretamente na formação do convencimento do juiz acerca da lide. Tal convencimento pode acarretar na absolvição ou na condenação de um indivíduo, prova disso, são os casos em que o juiz absolve o réu por falta de provas, ou, ainda, por falhas no sistema probatório acaba condenando um inocente injustamente.

A partir, fora demonstrado que a principal limitação à liberdade probatória é o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, bem como que as provas ilícitas são aquelas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais.

Ao longo do trabalho, demonstrou-se que a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluta, como qualquer outra regra ou princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Até porque ao mesmo tempo que a Constituição Federal prevê o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, ela também elenca vários princípios de garantias individuais que acabam por colidirem em algumas situações.

Diante disso, o princípio da proporcionalidade de raiz alemã surgiu como uma alternativa para solucionar o problema de choque entre os princípios fundamentais, de modo que quando houver conflito entre direitos fundamentais constitucionais, serão eles sopesados para verificar qual deverá preponderar no caso concreto. Assim, a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, utilizando-se de tal princípio com o fito de evitar que a rigidez da exclusão causasse prejuízos irreparáveis.

Sobre a admissão das provas ilícitas no processo penal, conforme verificado, tem-se três correntes diversas, quais sejam, a que advoga da inadmissibilidade das provas ilícitas, a que defende a admissibilidade das provas ilícitas e, por fim, a corrente da admissibilidade das provas ilícitas com a devida aplicação do princípio da proporcionalidade.

Conforme o relatado, atualmente, a corrente mais aceita é a da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, contudo, a teoria da proporcionalidade vem tomando corpo entre as discussões jurídicas, e vem sendo cada vez mais aceita pelos doutrinadores.

A utilização da proporcionalidade, para a doutrina e jurisprudência majoritária, só tem sido admitida quando favorecer ao réu, ou seja, *pro reo*, para afastar a incidência do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Assim, não podem as decisões judiciais embasar-se em provas obtidas por meio ilícito para condenar o réu, mesmo que nelas reste evidenciada a culpabilidade do imputado.

Apesar disso, a pesquisa ressaltou que a aplicação intransigente da vedação da aceitação das provas ilícitas no processo penal pode, em situações pontuais, gerar enormes injustiças, sobretudo no que concerne à criminalidade organizada.

Por fim, a posição assumida foi no sentido de que ponderação com base na proporcionalidade, somente teria aplicação em caráter excepcional, apenas em relação aos crimes de maior impacto social, em especial aqueles praticados por organizações criminosas, em situações que a utilização das chamadas provas ilícitas surge como única alternativa à impunidade.

O caminho a ser adotado pelas atividades legislativa e jurisprudencial brasileira ainda é incerto. A pesquisa, portanto, se encerrou frisando que a avaliação a respeito do caso concreto que reclama o implemento da corrente da admissibilidade das provas ilícitas com o princípio da proporcionalidade *pro societate* ficará a cargo do Poder Judiciário, por meio dos Juízes e Tribunais.

TITLE: Under the bias of the principle of proportionality, can tainted evidence can be accepted in cases where the legal benefit achieved is greater than the right violated?

ABSTRACT: The present research, through the dialectical method, offers an analysis, through the principle of proportionality, if the tainted evidence can be accepted in cases that the legal good achieved for the greater than the violated right. Preliminarily, there is an analysis of the institute of tainted evidence and the theory verified in Comparative Law that gave rise to the discussion about proportionality, having even influenced the Brazilian legal system. Afterwards, special attention will be given to the principle of proportionality, as well as its relationship with tainted evidence in criminal proceedings, and then, the possibility of admitting tainted evidence in Brazilian criminal proceedings, demonstrating a doctrinal and jurisprudential divergence.

KEYWORDS: Tainted Evidence. Inadmissibility. Comparative Law. Principle of Proportionality. Admissibility.

Referências

- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marcos. *Operação mãos limpas*. 2016 by CDG Edições e Publicações. De original em italiano: Mani Pulite – La vera storia.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BEDÊ Jr.; Américo; SENNA, Gustavo. Os intocáveis e o debate sobre limites: a produção da prova relativa à criminalidade de poder. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, 2020.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del-3689Compilado.htm>. Acesso em: 6 jun. 2021.
- BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 6 jun. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao%20C3%A7ao.htm. Acesso em: 7 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 7 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm. Acesso em: 7 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm. Acesso em: 7 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 3.982/RJ*. Sexta Turma, DJU 26.02.96, p. 4.084, Rel. Adhemar Maciel. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982-rj-1995-0053161-5-stj>. Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 7.216/SP*. Quinta Turma, DJU 28.04.98, Rel. Edson Vidigal. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800040358&dt_publicacao=25-05-1998&cod_tipo_documento=1. Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 70.814/SP*. Primeira Turma, DJU 24.06.94, Rel. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corpus-hc-70814-sp-stf>. Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 74.678/SP*. Primeira Turma, DJU 15.08.97, Rel. Moreira Alves. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742275/habeas-corpus-hc-74678-sp-stf>. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 402.717/PR*. Segunda Turma, DJU 13.02.09, Rel. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=402717&classe=RE>. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 90.376/RJ*. Rel. Celso de Mello, publ. 18.05.07. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=prova%20il%EDcita%20derivada%20E7%E3o&base=baseAcordados>. Acesso em: 6 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ap. Crim. 185.901-3*. Indaiatuba, 3ª Câmara Criminal, Rel. Segurado Braz, j. 30.10.95. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9178936/apelacao-apl-990093552850-sp-inteiro-teor-102799249>. Acesso em: 23 maio 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CABRAL, Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2118, 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12658>. Acesso em: 6 maio 2021.

CÂMARA, Priscila da Costa. *Provas ilícitas: a possibilidade de admissão no processo penal brasileiro*. 2009. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Priscila%20da%20Costa%20C%C3%A2mara.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. *Da prova no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRILLO, Eduardo de Urbano; MORATO, Miguel Angel Torres. *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2000.

DEU, Teresa Armenta. *La prueba ilícita: un estudio comparado*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

FARAH, Geisa Matos. *Prova ilícita e sua aplicação no processo penal*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/849/826>. Acesso em: 23 maio 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (Diritto e ragione: teoria del garantismo penale). Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fausi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: RT, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

GUARIGLIA, Fabricio. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal: una propuesta de fundamentación*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MELLADO, José María Ascencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada por artigo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014

PRADO, Leandro Cadenas. *Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROGALL, Klaus. Questioni fondamentali in tema di divieti probatori. *L'Indice Penale*, Padova, ano I, n. 3, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. 25. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SALLA, Thomas Mio. *As provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade*. 2007. Disponível em: <http://intertemas.unitedledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/616/631>. Acesso em: 24 maio 2021.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 1997. v. 1.

SIMONS, Christian Sthefan. *A prova ilícita no direito processual penal norte-americano e alemão e as influências no processo penal brasileiro*. 2007. 168f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SOUZA, Sérgio Ricardo. *Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Recebido em: 22.06.2021

Aprovado em: 28.10.2021