



RAFAEL MANDU

**ILICITUDE PROBATÓRIA EM PERSPECTIVA:  
A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

GUARAPUAVA

2020

RAFAEL MANDU

**ILICITUDE PROBATÓRIA EM PERSPECTIVA:  
A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Artigo de Direito apresentado ao Centro Universitário  
Campo Real, como requisito para obtenção do título  
de Bacharel em Direito.

Orientador: Bruno Zampier.

GUARAPUAVA

2020

RAFAEL MANDU

**ILICITUDE PROBATÓRIA EM PERSPECTIVA:  
A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Curso aprovado com média \_\_\_\_\_, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em DIREITO, no Curso de DIREITO do Centro Universitário Campo Real, pela seguinte banca examinadora:

Orientador (a) Presidente (a): \_\_\_\_\_

Membro: \_\_\_\_\_

Membro: \_\_\_\_\_

Guarapuava, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020.

## ILICITUDE PROBATÓRIA EM PERSPECTIVA: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rafael Mandu<sup>1</sup>

Bruno Zampier<sup>2</sup>

**Resumo:** As provas ilícitas no ordenamento jurídico de qualquer país são percebidas como um tema, no mínimo, controvertido. Com o advento do contrato social e a transferência do monopólio do poder coercitivo ao Estado, os problemas de uma persecução penal injusta começaram a surgir. Séculos mais tarde, percebe-se que a persecução penal é quase ilimitada, dessa forma, a partir de precedentes norte-americanos, a verdade real advinda de provas ilícitas passa a ser percebida, pelo menos pelo viés doutrinário, como inconstitucional, posteriormente pelos tribunais. Porém, com o passar dos anos, vários casos chegam ao STF. A partir de uma análise sistemática é correto afirmar que a referida corte analisa caso por caso – a regra da ponderação, tendo em vista os indeclináveis valores que permeiam a decisão: de um lado o interesse público (sociedade) e do outro os direitos individuais, garantidos por cláusulas pétreas; entre eles o STF com a verdade em suas mãos. A jurisprudência então decide pela proteção dos direitos individuais, freando assim (mas não totalmente), a atividade probatória de forma a não incentivar a produção de provas ilícitas, tendo em vista, principalmente, a segurança jurídica necessária que se espera de um Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Provas ilícitas; Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada; Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Campo Real.

<sup>2</sup> Professor Mestre, do Curso de Direito do Centro Universitário Campo Real.

## ABSTRACT

Illegal evidence in the legal system of any country is perceived as a subject, at least, controversial. With the advent of the social contract and the transfer of the monopoly of violence to the State, the problems of an unfair criminal prosecution began to arise. Centuries later, it is clear that criminal prosecution is almost limitless, so, based on American precedents, the real truth from illicit evidence is now perceived, at least by doctrinal bias, as unconstitutional. However, over the years, several and several cases arrive on the Supreme Court's agenda awaiting their final judgment, and the Supreme Court of Brazil always analyzes case by case - the weighting rule, in view of the important and indeclinable values that permeate the decision, on the one hand the public interest (society) and on the other the individual rights, guaranteed by a entrenchment clause, among them the STF with the truth in its hands. The jurisprudence then decides for the protection of individual rights, thus curbing the evidential activity so as not to encourage in any way the production of illicit evidence, bearing in mind, mainly, the necessary legal security that is expected of a Democratic State of Law.

**Keywords:** Illegal evidence; the fruit of the poisonous tree doctrine; supreme brazilian court

## 1 INTRODUÇÃO

Desde que o homem realizou o *contrato social* e transferiu o *jus puniendi* ao Estado, os conflitos antes existentes perpassaram por vicissitudes que deram lugar a uma complexa relação: o estado e o cidadão. Há quem sustente que o Estado na verdade seria um monstro, incontrolável; mas há também quem defenda que ao se delegar esse poder ao Estado, este deveria apenas assegurar os direitos fundamentais, a propriedade privada e a segurança jurídica.

Nessa longa estrada percorrida pela humanidade até os dias atuais, perpassando por revoluções, guerras e, principalmente, pelos horrores do século XX, se existiu uma consequência que ficou clara para todos, foi a necessidade de impor limites ao Estado. Essa famigerada limitação é um assunto clássico entre conservadores e liberais, e que de tempos em tempos se torna a pauta do dia nos assuntos políticos. Porém, há de se ressaltar que nunca foi encontrado um tal ponto de inflexão satisfatório para ambos os lados. Dessa forma, o presente artigo busca analisar um dos consectários desse debate, mas associado ao Direito e sob o amparo da compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, o assunto é: ilicitude probatória.

Inicialmente, é necessário ressaltar a relevância do tema como bem assevera o professor Renato Brasileiro de Lima<sup>3</sup> (2019), pois a discussão que circunda o tema da admissibilidade ou não de provas ilícitas no processo penal está, inexoravelmente, interligada a uma busca pela verdade real dando-se uma certa preponderância ao interesse da sociedade na persecução penal e em contraposição, os direitos e garantias fundamentais do suspeito/acusado, dentro de um comportamento ético e com o mínimo de prejuízo possível à apuração da verdade.

Com a finalidade de se analisar os fundamentos da declaração ou não de uma prova como lícita ou ilícita, será necessário percorrer alguns caminhos para se chegar até lá, ou seja, é importante conhecer a regra do jogo como bem sintetiza o autor Alexandre de Moraes. Para isso, será tratado o tema da

---

<sup>3</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 7ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

teoria geral das provas no processo penal, ou seja, serão feitos alguns delineamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca de definições conceituais para que, no decorrer da análise, seja proporcionada uma visão global da ilicitude probatória na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Diante das palavras do já citado ilustre professor, o dilema constitucional processual penal se torna ainda mais relevante, e a par dessas informações, já adentrando neste tema, no mínimo, espinhoso, transformo as palavras do referido professor no seguinte questionamento: justiça é o desrespeito aos bens fundamentais e a punição do verdadeiro culpado, ou o respeito aos bens fundamentais e a impunidade criminal<sup>4</sup>? Para responder este questionamento, é necessário levar em consideração a realidade processual penal brasileira; o presente trabalho buscará demonstrar algumas balizas para se responder a citada questão a partir de uma análise doutrinária e, principalmente, das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a mais alta corte do poder judiciário brasileiro.

---

<sup>4</sup> Este tipo de indagação lembra a obra do professor Michael Sandel – JUSTIÇA: o que é fazer a coisa certa? (2016). O referido professor em um curso de verão ministrado em *Harvard* (posteriormente transformado em livro) proporciona o aprendizado das consequências lógicas da definição do que realmente pode ser considerado algo como justo e como as consequências podem ser manipuladas através das declarações que fundamentam as respostas de cada um (o curso está disponível no *site* do *youtube*). Fatos que elucidam muito bem a problemática da subjetividade da Teoria da Proporcionalidade, que mais adiante será estudada.

## 2. DA TEORIA GERAL DAS PROVAS

Antes do tema principal, é necessário entender alguns mecanismos do processo penal brasileiro, ou seja, a seguir será explicada a regra do jogo com alguns panoramas do tema prova no que tange o ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.1 Conceito, finalidade e destinatário das provas

No contexto das Ciências Criminais a palavra *prova*, percebida em sentido amplo, é considerada polissêmica, porquanto pode assumir diversos significados a depender do contexto empregado. De acordo com Guilherme Marinoni, a palavra *prova* pode estar relacionada aos instrumentos de que se serve o juiz/desembargador/ministro para se conhecer os fatos que foram submetidos a sua análise, podendo ser por exemplo uma prova pericial ou então uma prova documental. Não obstante, pode significar também o procedimento através do qual tais instrumentos de cognição serão constituídos e recepcionados ou não pelo juízo – produção de provas. Em verdade, a palavra ‘prova’, comumente, está relacionada diretamente com a reconstrução de um fato, na presença da parte contrária, perante um juiz, para que este possa exercer o seu ofício.

Noutro giro, de maneira mais sintética e organizada, Aury Lopes Júnior (2018, p. 344) ensina que prova é: “a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado”. Não obstante, Guilherme de Souza Nucci define a palavra *prova* sob 3 aspectos:

- 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. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo. Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, os dois primeiros sentidos dizem respeito à ótica objetiva, enquanto o terceiro refere-se à ótica subjetiva, decorrente da atividade probatória desenvolvida.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. RJ: Forense, 2017, p. 499 (grifo nosso).



Esta tripla definição também é feita, inclusive, por Gustavo Badaró; por conseguinte, é percebida como majoritária na doutrina a referida definição.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, a palavra prova será considerada em seu sentido estrito, ou melhor, nos ensinamentos de Nestor Távora, prova é somente aquela que resulta de um procedimento com contraditório e que é produzida perante o juiz.<sup>6</sup> Dessa forma, as outras definições devem ser, respeitosamente, pelo menos para a interpretação deste artigo, desconsideradas de maneira geral para evitar qualquer espécie de ambiguidade no momento em que transitarmos pelo tema ora proposto, tendo em vista que, como já explicado, a palavra *prova* possui mais de uma definição.

Acertado o conceito de *prova*, esta, quanto a sua finalidade, nas palavras de Guilherme Nucci (2016, p. 237):

A finalidade da prova é convencer o juiz a respeito de um fato litigioso. Busca-se a verdade processual<sup>7</sup>, ou seja, a verdade atingível ou possível (*probable truth*, do direito anglo-americano). A verdade processual emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão.

Dessa forma, é correto afirmar que, numa visão mais ortodoxa, embora existam outras visões, a finalidade principal da *prova* é nada mais do que formar a convicção do juiz, para que este decida conforme o caso concreto.

Quanto ao destinatário das *provas*, o Professor Renato Brasileiro de Lima (2019) é quem melhor explica: “são todos aqueles que devem formar a sua convicção. De modo geral, tem-se como destinatário o órgão jurisdicional (juiz ou tribunal) sobre o qual recai a competência para o processo e julgamento do delito. “ Embora existam doutrinadores que sustentem que o Ministério Público também deve ser considerado como destinatário da prova, em virtude ao princípio da comunhão da prova e também, justamente, pela

---

<sup>6</sup> A *contrario sensu*, com a reforma trazida pela lei 11.690/08, prova não se confunde com *elemento informativo*, porquanto este é produzido, em regra, de acordo com o professor Renato Brasileiro de Lima (2019), durante a investigação preliminar. No direito americano, ainda com referência ao mesmo autor, o elemento informativo, instituto ora analisado, é chamado de *evidence*, enquanto que a prova, ou seja, o instituto do qual resulta a análise dos elementos informativos, é chamada de *proof*.

<sup>7</sup> A verdade real, também conhecida como *Princípio da Verdade Real* será analisado futuramente, vale ressaltar que atualmente se fala em Princípio da *Busca pela Verdade Real*.

previsão expressa, na Constituição Federal, acerca do Princípio da Independência Funcional do Ministério Público, atualmente, prevalece a doutrina anteriormente citada. Porém, em apertada síntese, no mínimo o destinatário precípua da *prova* é o juiz, e secundariamente as demais partes do processo, conforme se aduz das doutrinas de Paulo Rangel (2018) e Nestor Távora (2016).

## 2.2 Objeto, fonte e meio de provas

Nas palavras de Norberto Avena (2017), no que tange o objeto da prova, são os fatos, principais ou secundários, que reclamam uma apreciação judicial inexorável para a decisão do magistrado. Sinteticamente falando, na prática, devem ser objetos de prova: a imputação adstrita a peça acusatória (denúncia ou queixa-crime, por exemplo), os costumes, os regulamentos e portarias<sup>8</sup>, o Direito estrangeiro, estadual e municipal e, por fim, fatos não contestados ou incontroversos<sup>9</sup>. É importante ressaltar também, que segundo a mesma doutrina, os fatos axiomáticos ou intuitivos, notórios e inúteis, assim como, as presunções legais, não necessitam de comprovação perante o juízo.

É salutar não confundir *fonte de prova* com *meio de prova*<sup>10</sup> porquanto possuem delineamentos distintos. Conforme a doutrina de Guilherme Madeira Dezem (2018), fonte de prova é tudo de onde provém a prova apresentada,

---

<sup>8</sup> Salvo aquelas que servem, juridicamente falando, como complemento de uma *norma penal em branco*, cuja finalidade, em sentido estrito e de maneira simplória, é definir normativamente uma palavra que necessariamente precisa de uma definição legal, como por exemplo a portaria 344 da Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde, que define por exemplo o que é considerado *droga* para fins de incidência da Lei 11.343/2006.

<sup>9</sup> É importante aqui realizar uma diferenciação, pois este ponto, no que tange o Direito Processual Civil, a comprovação é prescindível (dispensável) a partir de uma análise do Princípio da Eventualidade, conforme ensina o professor Renato Brasileiro de Lima (2019), sendo imprescindível destacar também, a previsão do Princípio da Presunção de Inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, este sim é aplicado no Direito Penal, em sentido *lato*, em contraposição ao Princípio da Eventualidade, ora disposto, pois prevalece, atualmente, que a confissão do suspeito/acusado não pode ser considerado a rainha das provas.

<sup>10</sup> Meio de prova difere de meio de *obtenção* de prova, esta é a forma como a prova é obtida e, em regra (com exceção apenas da *Busca e Apreensão*), é *extraprocessual* (interceptação das comunicações telefônicas e infiltração de agentes policiais, previstos, respectivamente, nas leis 9.296/1996 e 12.850/2013, por exemplo) e implica diretamente na restrição a direitos fundamentais do investigado, cujo contraditório é diferido (*inaudita altera parte* - sem a audiência da parte contrária; pela própria natureza da medida). Conforme ensina a doutrina de Renato Brasileiro de Lima (2019).

podendo ser classificadas como fontes reais (documentos, de maneira geral) ou fontes pessoais (como por exemplo as testemunhas e os peritos). Ao passo que *meio de prova* nada mais é que os instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão. São os instrumentos por meio dos quais as fontes de provas são conduzidas ao processo<sup>11</sup>. No exemplo construído por Badaró (2015) a visualização é facilitada porquanto a testemunha de um fato é nada mais do que a *fonte de prova*, enquanto que as suas declarações em juízo são o *meio de prova*.

Há uma subdivisão quanto a categoria dos meios de prova que oportunamente são objetos de estudo do presente artigo, quais sejam, meios lícitos e ilícitos. Neste momento é importante efetuarmos a seguinte diferenciação, a irregularidade cometida na execução do *meio de prova* acarretará, em regra, a nulidade do ato, enquanto que a irregularidade perpetrada na execução do *meio de obtenção de prova* acarretará, em regra, a ilicitude da prova, porquanto esta resulta da inobservância, como assevera o professor Guilherme de Souza Nucci (2016), de normas extraprocessuais, ou seja, especificamente de normas atinentes ao direito material<sup>12</sup>.

Por fim, sintetizando os institutos jurídicos apresentados, os *meios de obtenção de prova* são utilizados para constituir as *fontes de prova*; posteriormente, perante as provas obtidas, os *meios de prova* é que serão utilizados para a extração dos elementos informativos, estes, por sua vez, servirão de supedâneo ao convencimento do juiz no que tange o resultado probatório.

---

<sup>11</sup> Por exemplo: o *depoimento* da testemunha; a *perícia* no instrumento do crime; nas palavras do professor Renato Brasileiro de Lima (2019), trata-se de uma atividade *endoprocessual*, ou seja, voltada para o processo, intrinsecamente considerado. Enquanto que a *fonte de prova*, além de anterior ao processo, é considerada como atividade *extraprocessual*.

<sup>12</sup> Conforme aduz Ada Pellegrini Grinover (2011), o direito material (direito objetivo) rege o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida. Assim, este direito não se confunde com o direito adjetivo (processual), aquele, por exemplo, regula o direito de “ir e vir”, enquanto que este provê o instrumento necessário a garantir aquele, qual seja, o *Habeas Corpus*.

### 2.3 Da cadeia de custódia

A cadeia de custódia, em linhas gerais, conforme aduz o autor Renato Brasileiro de Lima (2019), se traduz em um mecanismo que resguarda a veracidade das evidências coletadas e examinadas diretamente relacionadas a um caso investigado específico, ou seja, diz respeito a documentação formal de um procedimento que trata acerca das evidências do delito objeto da persecução penal, possuindo como finalidade a incolumidade da atividade probatória<sup>13</sup>. Cumpre salientar que com a promulgação da lei 13.964/19 houve a implementação da definição legal de *Cadeia de Custódia*, prevista no art. 158-A, do Código de Processo Penal<sup>14</sup>:

Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Assim, consagrou-se uma importante vitória a referida definição, tendo em vista que antes dela, o tema não recebia a devida atenção, e embora haja alguns doutrinadores alegando que o processo penal agora tem uma nova “fonte de nulidades”, o que se tem em verdade, é um processo penal mais seguro e democrático como bem analisa o renomado professor Aury Lopes Júnior<sup>15</sup>.

É certo que numa eventual violação à *cadeia de custódia*, resultará na dúvida, pelo menos, acerca da veracidade<sup>16</sup> quanto ao grau de confiabilidade a ser depositada naquele elemento informativo e que, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, essas evidências devem ser desentranhadas do

---

<sup>13</sup> Recentemente, o instituto da *cadeia de custódia* recebeu diversas implementações com o advento da lei 13.964/19, popularmente conhecida como Pacote Anticrime. As principais alterações no que se refere a cadeia de custódia ocorreram nos artigos 158-A e seguintes, do Código de Processo Penal.

<sup>14</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em: 25 nov. 2020.

<sup>15</sup> Vide nota de rodapé número 60.

<sup>16</sup> Consiste na certeza de que o objeto em análise provém das fontes anunciadas e que não foi alvo de mutações ao longo de um processo, assegurando-se a identificação e a segurança da origem da informação (Rogério Sanches Cunha, 2020).

processo ante a violação do direito à prova, consectário do direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido decidiu a 6ª Turma, do STJ, no que tange as interceptações telefônicas aperfeiçoadas na Operação “Negócio da China”, onde parte das comunicações telefônicas se perderam durante a persecução penal. Porém, em sentido contrário, Rogério Sanches Cunha<sup>17</sup> explica que a ilicitude da prova não deveria ser declarada, porquanto a prova não é ilícita, não houve obtenção ilegal, caso contrário nem seria ela colocada na cadeia de custódia, ou seja, a prova permanece lícita, podendo ser questionada sua autenticidade<sup>18</sup> - livre convencimento motivado<sup>19</sup>.

## 2.4 Da instrução criminal

Após a conclusão do inquérito policial, desde que oferecida e recebida a denúncia, ocorrerá o início da ação penal e conseqüentemente a *instrução probatória*<sup>20</sup>, tudo isso sob os auspícios do contraditório e da ampla defesa, fundamentos do Estado Democrático de Direito.

É na instrução probatória que as partes objetivam fixar suas teses frente a parte contrária, oferecendo um material sólido para que o magistrado aperfeiçoe sua decisão numa sentença. Ainda, fala-se em *standarts* probatórios, também chamados de modelos de constatação, para se referir ao grau de probabilidade, ou ocorrência de fato, relacionada diretamente a imputação feita ao réu, para se decidir acerca de um pedido feito por alguma das partes, como por exemplo: a condenação exige certeza, mas a decretação da prisão preventiva exige apenas “indícios suficientes de autoria” – conforme o art. 312, do Código de Processo Penal, conforme aduz Badaró (2015). Neste mesmo sentido é a lição de Espínola Filho, que dizia que a presunção de

---

<sup>17</sup> Rogério Sanches Cunha (2020).

<sup>18</sup> CUNHA, Op. Cit.

<sup>19</sup> De acordo com o art. 155, do CPP, todas as provas têm valor relativo, porquanto o juiz não está vinculado a elas, em regra, podendo valorar as provas da maneira que bem entender, mas sempre de maneira motivada (vide art. 93, inciso IX, da Constituição Federal). Em conformidade para com os artigos 181 e 182, do mesmo diploma legislativo.

<sup>20</sup> Nada mais é do que o conjunto de atos processuais que têm por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio (Marques, 1997).

inocência (regra de tratamento no processo penal) varia<sup>21</sup> “(...) segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa” (Espínola Filho, 2000, p. 436), tema este, intimamente ligado aos *standarts* probatórios conforme explicado.

## 2.5 Do ônus da prova

Muito se questiona a doutrina sobre quem tem o dever de comprovar as teses defendidas. De acordo com o art. 156, do CPP, a prova da alegação incumbe a quem a fizer, porém, este tema não é tão simples e literal conforme se aduz de uma mera leitura do referido artigo. A doutrina majoritária, aqui representada por Tourinho Filho (1997, p. 238), explica que:

(...) cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*, deve ficar a cargo da acusação. Se, por acaso, a defesa arguir em seu prol uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et réus in excipiendo fit actor...* diga-se o mesmo se a defesa alegar a extinção da punibilidade.

A lição pode ser sintetizada da seguinte maneira: 1) a cada uma das partes do processo, especificamente entre acusação e defesa, compete o ônus de comprovar as teses que ora sustentam; 2) A regra é que ao autor da ação (em regra é o Ministério Público) compete comprovar as teses constitutivas, entretanto, ao réu caberá, portanto, o ônus de comprovar as teses extintivas, impeditivas e modificativas (como por exemplo a defesa, ao se deparar com uma acusação de homicídio, sustenta a tese da legítima defesa, ou seja, deverá comprova-la, mas há divergências na doutrina).

---

<sup>21</sup> Para a *busca domiciliar* bastam “fundadas razões” (art. 240, §1º, do CPP); para implicar o réu basta a prova da materialidade e os indícios de autoria (art. 395, III, do CPP); para condená-lo é imperiosa a certeza. No âmbito da condenação criminal, o *standart* probatório é amplamente criticado pelo jurista Aury Lopes Júnior (vide palestra proferida no evento Provas Testemunhais em Foco, cujo link está disponível na bibliografia deste artigo), tendo em vista que seletividade criminal viola o Princípio da Igualdade; não se pode exigir menos provas para se condenar ninguém.

## 2.6 Da liberdade probatória

O Princípio da Legalidade está para o Direito Penal material, enquanto que o Princípio do Devido Processo Legal está para o Direito Processual Penal, ou seja, uma diretriz axiológica com a indeclinável observância dos direitos fundamentais do suspeito/acusado. Assim, no processo penal, há um dilema, ou seja, de um lado há *jus puniendi* do Estado juntamente com a tutela dos direitos fundamentais cujos os quais se comprometeu a salvaguardar; noutro lado, o direito fundamental e individual à liberdade do suspeito/acusado. Nesse sentido, as partes possuem ampla liberdade para produzir provas que sustentem as suas alegações em juízo, sendo esta liberdade ainda mais extensa do que aquela prevista no Código de Processo Civil.

É necessário ressaltar, porém, que a liberdade probatória não é absoluta<sup>22</sup>, ou seja, há restrições, como por exemplo as provas ilícitas<sup>23</sup>; as meramente protelatórias; e algumas limitações temporais (como por exemplo o art. 479, do CPP). Em matéria processual penal, como bem assevera o professor Renato Brasileiro de Lima (2019) não vigora o princípio da taxatividade das provas, sendo possível a título de exemplo o reconhecimento fotográfico<sup>24</sup>, mesmo que a lei tenha previsto somente o reconhecimento presencial. Quanto ao tema reconhecimento fotográfico, é importante salientar os dizeres do autor Aury Lopes Júnior, proferidos no evento “Provas Testemunhais em Foco”, promovido pelo Instituto Baiano de Direito Processual no ano de 2020, além deste meio de prova não estar expressamente previsto no CPP, e embora seja permitida a realização a partir de um entendimento jurisprudencial como ato preparatório ao ato de reconhecimento de pessoas, fato é que, conforme ensina o referido professor, o reconhecimento fotográfico deve ser considerado como prova ilícita ante a violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, pois ninguém é obrigado a produzir provas contra si

---

<sup>22</sup> Para o leigo os fins justificam os meios, ou seja, não haveria nenhum obstáculo a utilização de provas ilícitas no processo penal.

<sup>23</sup> O famigerado art. 5º, inciso LVI, da CFRB/88, não restringe o direito à prova, mas apenas coloca uma limitação a busca pela verdade – o Estado não deve se valer daquilo que quer combater; o Estado não deve cometer crimes para evitar crimes.

<sup>24</sup> Recentemente, o STJ decidiu pela inadmissibilidade da condenação baseada somente em reconhecimento fotográfico, conforme HC 598.886, cuja decisão fora proferida em outubro de 2020. Em 2019, o STF já havia se manifestado nesse sentido, conforme HC 172.606.

mesmo (salvo se consentir para com a prática do ato, devendo ser alertado pela autoridade policial/judicial quanto a consequência de seus atos, conforme prevê o art. 5º, inciso LXIII, da CRFB/88, os famosos “Avisos de Miranda” que posteriormente serão analisados). Cumpre destacar, ainda, a complexidade do tema “reconhecimento”, tendo em vista as inúmeras falhas humanas a que o referido instituto processual está submetido – o tempo é inimigo da memória, como por exemplo o *efeito foco na arma*<sup>25</sup>, instituto cujo o qual é rotineiramente ignorado pela realidade processual penal brasileira.

Dessa forma, foram apresentadas algumas noções acerca da cadeia de custódia, da instrução criminal, a distribuição do ônus da prova, bem como, da liberdade probatória, para que dessa forma fique mais clara a regra do jogo e, não obstante, para que o tema de provas ilícitas seja discutido com mais propriedade.

---

<sup>25</sup> A presença da arma, explica o eminente professor Aury Lopes Júnior em um de seus artigos escritos para o *site* da *conjur*, cujo o título é “Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela (parte 2)” - link disponível na bibliografia deste artigo, distrai a atenção do agente de outros detalhes físicos importantes do autor do crime, reduzindo a capacidade de reconhecimento. O chamado *efeito do foco na arma* é decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma. Assim, tal variável deve ser considerada altamente prejudicial para um reconhecimento positivo, especialmente nos crimes de roubo, extorsão e outros delitos em que o contato agressor/vítima seja mediado pelo uso de arma de fogo.



### 3 PROVAS ILÍCITAS EM PERSPETIVA

Para iniciarmos adequadamente o assunto acerca da ilicitude probatória, garantia constitucional de proteção aos direitos fundamentais prevista no art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88), é necessário que façamos uma viagem no tempo, especificamente para a segunda metade do século XX, aos Estado Unidos da América, país cujo sistema jurídico foi o precursor da teoria da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Nesta época, com exceção de alguns julgados isolados que vez ou outra evocavam a denominada *exclusionary rule*<sup>26</sup>, ainda vigorava nos E.U.A, uma relativa “constitucionalidade” a respeito da colheita de provas ilícitas, pois a sua recepção ocorria da seguinte maneira, como bem destaca o autor Torquato Avolio<sup>27</sup>:

O condicionamento aos dogmas do livre convencimento e da verdade real fazia com que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocamente, em favor do princípio da investigação da verdade, mesmo que baseada em meios ilícitos. Reputava-se eficaz e válida, portanto, a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis por sua obtenção (particulares ou autoridades públicas), reinava-se a máxima *male captum bene retentum*<sup>28</sup>.

Era uma mera contingência a recepção, que sempre pendia para o lado mais fraco da relação jurídico-processual. Em que pese a tese da *Exclusionary Rule* ter sido utilizada pelo que se tem notícia, pela primeira vez<sup>29</sup>, no caso *Boyd v. U.S. (1886)*, foi com o caso *Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)*, percebida como uma decisão histórica da Suprema Corte norte americana, que se declarou a inconstitucionalidade da utilização de qualquer tipo de prova que

<sup>26</sup> Nos dizeres de Antônio Magalhães Gomes Filho (1993, p. 93) significa que “ao direito à prova corresponde, como verso da medalha, um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento”

<sup>27</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 44.

<sup>28</sup> Anteriormente à CFRB/88, reinava a regra da veracidade da prova – não havia nenhuma regra de exclusão ou proteção ao direito processual penal.

<sup>29</sup> Há uma certa divergência neste ponto, o autor Aury Lopes Júnior (vide nota de rodapé número 60), considera o caso *SILVERTHORNE LUMBER CO. vs. E.U.A.* como o primeiro caso a ter utilizada a regra da exclusão.

violasse a 4ª Emenda da Constituição Americana para se condenar um acusado, pois até este julgado, com fundamento no caso *Weeks v. E.U.A.*, ocorrido no início do século XX (1914), era vedada a utilização de provas ilícitas apenas no âmbito federal, conforme aduz o autor Renato Brasileiro de Lima (2019). Perceba que desde a constituição dos E.U.A, as provas “ilícitas” puderam ser utilizadas como fundamento legal para uma condenação por 174 anos. A partir do emblemático caso (*Mapp*), surgiu um novo problema no sistema de justiça americano: este entendimento da Suprema Corte Americana possui efeitos retroativos (*ex tunc*) ou não (*ex nunc*)? A resposta encontra-se no caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

Após uma análise política, a Suprema Corte ao se manifestar sobre o referido caso entendeu que o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei que permitia a colheita de provas ilícitas não retroagiria para invalidar decisões já tomadas com fundamento naquele sistema. A finalidade da histórica decisão era evitar o excesso das forças policiais e neste caso levado até a Suprema Corte ficou claramente definido que não foi atribuído efeito retroativo para evitar quebra de confiança depositada no caso *Wolf v. Colorado* 338 U.S. 25 (caso que, além do *Weeks v. E.U.A.*, vedou aplicação da regra de exclusão no âmbito estadual) e impor, segundo o Juiz Clark, da Suprema Corte Americana à época, “desmedida carga de trabalho para a administração da justiça”. Dessa forma, restou configurada a relativização do sistema de nulidade, que até então era absoluta, se permitindo a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Posteriormente à ratificação do entendimento acerca da inutilização das provas obtidas ilegalmente, bem como, da modulação dos efeitos, o tema evoluiu no ano seguinte (1966), no caso *Miranda v. Arizona*, o assunto era a ilegalidade proveniente das provas ilícitas por derivação. Até a chegada deste assunto na pauta da Suprema Corte, foram diversos processos criminais por tempos longínquos<sup>30</sup> que se utilizaram da ilicitude probatória por derivação para efetuar condenações, entre eles, além dos já citados: *SILVERTHORNE LUMBER CO v. U.S.* (1920), *Nardone v. U.S.* (1939), *Wong Sun v. E.U.A.* (1963). Neste momento, sustentava-se, perante a Suprema Corte Americana,

---

<sup>30</sup> Quando analisado o lapso temporal do conflito existente, e não o número de casos.

que a utilização das provas que surgiram a partir de provas ilícitas, também não poderiam ser utilizadas, e deveriam ser declaradas como inconstitucionais, tese devidamente provida, onde a corte firmou o seu entendimento no supedâneo de que a mera ausência de uma das seguintes formalidades seria o suficiente para eivar de nulidade os atos praticados bem como das provas que derivassem destes atos: 1) o indivíduo possui o direito de não responder o que for questionado; 2) que tudo que disser poderá e será utilizado contra ele; 3) que tem direito à assistência de um advogado. Esta decisão se fundamentou, conforme explica o já citado autor, na famigerada *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*, fato este que causou uma absoluta mudança no entendimento jurisprudencial acerca da proteção dos direitos fundamentais.

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada<sup>31</sup>, também conhecida como Teoria das Provas Ilícitas por Derivação, surge com o intuito de assegurar ainda mais os direitos fundamentais. Para esta teoria, a prova que deriva de um ato ilícito também deve ser considerada como prova ilícita, como melhor explica o professor Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 875):

Provas ilícitas por derivação são os meios probatório que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.

Teoria esta que somente veio a ser adotada pelo STF, na década de 1990. Porém, tempos depois começam a surgir exceções a esta teoria, que ficaram conhecidas, conforme aduz a jurisprudência, como “limitações à prova ilícita por derivação” são elas principalmente, conforme se depreende, em apertada síntese, dos ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima (2019), Guilherme de Souza Nucci (2016) e Aury Lopes Júnior (2018):

### **3.1 Teoria da Fonte Independente (*Independent Source Rule*)**

A primeira vez que esta teoria foi utilizada foi no caso *Bynum V. U.S – 1960*. O cenário era de uma prisão que violava as regras processuais norte-americanas, o suspeito se livrou solto, dessa forma, foi somente quando o FBI,

---

<sup>31</sup> Do original: The Fruits of the Poisonous Tree Doctrine.

tempos depois, a partir de outra investigação conseguiu juntar provas suficientes à investigação para subsidiar uma ação penal é que esta pode ser promovida conforme a lei determina. Como bem ensina o renomado autor Dezem (2018), se houverem duas fontes das quais a prova pode ser obtida, sendo pelo menos uma delas lícita, a licitude ou ilicitude da outra prova não influirão no desenrolar da persecução penal, ou seja, não há que se falar em ilicitude probatória, ou anulação de qualquer ato processual (em regra). Esta teoria é reconhecida e aplicada, tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça.

É importante salientar que, na senda desta teoria ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, é que se aplica também a exceção de erro inócuo, ou seja, embora o Supremo Tribunal Federal não reconheça o nome desta exceção, reconhece os delineamentos dela no ordenamento jurídico brasileiro dentro do conceito de Teoria da Fonte Independente. A exceção do erro inócuo implica dizer que a prova ilícita produzida não invalida a condenação se esta puder ser feita através de outras provas.

### **3.2 Teoria da Descoberta Inevitável (*Inevitable Discovery Exception*)**

Se a prova derivada da então prova ilícita chegaria ao conhecimento das autoridades públicas inexoravelmente, não há lógica alguma em não se considerar tal prova como lícita, ou seja, ela seria produzida de qualquer modo<sup>32</sup>. Há precedentes no Superior Tribunal de Justiça<sup>33</sup> acerca do reconhecimento desta teoria.

### **3.3 Teoria da Limitação da Mancha Purgada (*Purged Taint*)**

Também chamada de Teoria da Contaminação Expurgada/Conexão Atenuada/Vício Diluído/Tinta Diluída/Mancha Purgada/Vícios Sanados<sup>34</sup>, trata esta teoria da possibilidade de admissão de uma prova (i)lícita para o processo

---

<sup>32</sup> *Leading case: Nix V. Williams* – 1984. Vale a pena a leitura do referido caso, há severas críticas ao uso desta teoria especificamente neste precedente.

<sup>33</sup> HC 284574/SC.

<sup>34</sup> *Leading Case Wong Sun V. U.S.* – 1963.

tendo em vista uma linha tênue entre a prova derivada e a prova originária amenizada pelo decurso do tempo ou nos casos de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da relevância do fato ou como é mais comum na doutrina, a vontade de um dos envolvidos em colaborar com a justiça criminal, ou seja, basta imaginar uma prova declarada como ilícita em que, posteriormente, o suspeito voluntariamente confessa a prática do fato criminoso ora investigado.

### **3.4 Teoria da Proporcionalidade<sup>35</sup> (*Balancing Test*)**

Embora o art. 5º, inciso LVI, da CFRB/88, preveja que as provas ilícitas, indistintamente, devam ser desentranhadas do processo, uma construção inicialmente doutrinária<sup>36</sup> foi moldada no sentido de se aceitar, desde que seja a única prova possível a ser realizada, a prova ilícita em favor<sup>37</sup> do réu – Princípio da Proporcionalidade. Vale lembrar que a regra é a inadmissibilidade da prova ilícita.

### **3.5 Teoria da Limitação da Destruição da Mentira do Imputado**

Também conhecida como a Exceção de Impugnação<sup>38</sup>, embora inaplicável no direito brasileiro, no direito norte-americano o interrogatório do acusado não é um ato jurídico obrigatório, porém, se o acusado efetuar o seu depoimento e mentir, a prova ilícita pode ser utilizada para comprovar que este

---

<sup>35</sup> *Verhältnismässigkeitsprinzip* – equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

<sup>36</sup> A Teoria da Proporcionalidade é aceita pela jurisprudência alemã, de maneira menos restritiva que a doutrina brasileira, no caso de crimes graves. Porém, é amplamente criticado tendo em vista a crise dos direitos fundamentais, como bem alerta o professor Renato Brasileiro de Lima (2019). Vale a pena assistir ao filme *The Lincoln Lawyer* (O Poder e a Lei) para se entender melhor, mesmo que indiretamente, como uma prova ilícita pode ser utilizada para se inocentar alguém, ante a inviolabilidade do sigilo cliente-advogado.

<sup>37</sup> A regra não é absoluta, apesar da divergência existente no que se refere a este específico assunto, vem prevalecendo na doutrina, que o princípio da proporcionalidade não pode ser usado como escudo jurídico para se torturar alguém deliberadamente (imagine que alguém injustamente acusado de um crime de injúria torture alguém para atestar sua inocência), mas pode, o acusado, por exemplo, efetuar uma gravação clandestina de alguém buscando provar a sua inocência, nesta situação, defende o professor Aury Lopes Júnior (vide nota de rodapé número 60), que o acusado está produzindo a prova em estado de necessidade (probatório) – causa de exclusão da ilicitude (segundo substrato do critério tripartite do conceito analítico de crime).

<sup>38</sup> *Leading case* – *Walder v. U.S.* – 1964.

está mentindo, cometendo assim o crime de perjúrio, delito este não previsto, pelo menos não da mesma forma, aqui no Brasil. Vale ressaltar que não há julgados do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais Superiores acerca da ratificação desta exceção até o presente momento (12/12/2020).

### 3.6 Teoria do Risco

Por meio desta teoria objetiva-se atribuir validade à prova obtida em *possível* violação ao direito à intimidade quando utilizados meios como escutas telefônicas ou filmagens, ou por que não, mensagens de *whatsapp*. A explicação desta teoria se baseia na tese de que ninguém pode reclamar garantias das quais não observa para si mesmo, ou seja, se alguém confessa espontaneamente um crime e não sabe que está sendo filmado por exemplo, a prova seria válida. Há alguns julgados isolados que admitem, ao menos indiretamente, esta teoria.

### 3.7 Teoria da Doutrina da Visão Aberta (Plain View Doctrine)

Esta exceção é aplicada quase que exclusivamente para os casos de *search and seizure warrant*, ou como são conhecidos no Brasil, os mandados de busca e apreensão. Se a coisa estiver, por exemplo, à vista do policial no caso concreto, esta poderá então ser apreendida sem a necessidade de se requerer/representar uma/por uma autorização judicial<sup>39</sup> – exceção esta que influencia os casos de *serendipidade* no ordenamento jurídico brasileiro. Vale ressaltar que não há julgados do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais Superiores acerca da ratificação desta exceção até o momento, pelo menos não diretamente.

### 3.8 Exceção da Boa-fé

Também chamada de *Good Faith Exception*, originada no direito norte-americano, trata-se da possibilidade do desentranhamento da prova ilícita no

---

<sup>39</sup> *Leading case: Coolidge V. New Hampshire - 1971.*

caso do agente público praticar a conduta violadora do direito atuando na crença da boa-fé de que sua conduta estava em plena adstrição aos comandos da lei<sup>40</sup>, ou seja, que ele estava cumprindo o que a lei determina – crença razoável na legalidade da conduta. É importante ressaltar que o desentranhamento da prova ilícita, segundo o julgado *Leon v. U.S – 1984*, conforme ensina o renomado autor Renato Brasileiro de Lima (2019), tem caráter preventivo, de forma a não incentivar de maneira alguma a produção de provas ilícitas, o que não se vislumbraria na citada situação. Vale ressaltar que não há julgados do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais Superiores acerca desta exceção até o momento (12/12/2020).

### 3.9 Teoria do Encontro Fortuito de Provas

Chamado pela doutrina de *serendipidade*, ela ocorre nos casos em que durante o cumprimento de uma diligência policial, por exemplo, alguém acaba por *encontrar* “provas” de um delito inesperado, ou seja, que não estava na linha normal de desdobramento da investigação criminal aperfeiçoada. Esta teoria é aceita pela jurisprudência brasileira, especialmente em interceptações telefônicas e também nos casos de mandado de busca e apreensão.

### 3.10 Teoria dos Campos Abertos

Também conhecida como *Open Fields Doctrine/Private Searches Doctrine* – comum em caso de busca e apreensão também. A teoria aborda a licitude da prova em confronto com a expectativa de privacidade do suspeito, ou seja, sempre que o particular puder realizar uma busca sem autorização judicial, o Estado, por consequência lógica, também poderá efetuar o mesmo<sup>41</sup>; sempre que a busca e apreensão for realizada em área fora da propriedade do suspeito, ela não violará a privacidade garantida.

---

<sup>40</sup> Basta imaginar o mandado de busca e apreensão expedido conforme o ordenamento prevê, mas que posteriormente é invalidado ante a ausência dos pressupostos de seu deferimento. A título de curiosidade, vide a série *Manhunt: Unabomber* para um entendimento maior acerca da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, bem como, acerca desta exceção em especial.

<sup>41</sup> *Leading Case: Katz V. U.S – 1967.*

Vale ressaltar, por fim, que a realidade brasileira está distante daquela realidade prevista no ordenamento jurídico, ou melhor, no *dever-ser*. Conforme se verá adiante, o Supremo Tribunal Federal não adota a postura leiga<sup>42</sup> de que *os fins justificam os meios*, mas sim de que todo e qualquer tipo de abuso, no que se refere a temática de direitos fundamentais deve ser evitada.

Muitas vezes a ilicitude probatória produzida não chega ao “conhecimento” de quem tem a coragem de se insurgir contra elas, espécie de cifras ocultas da produção de provas ilícitas. Vivemos então naquilo que o autor Aury Lopes Júnior (2018) denomina de *Crise da Investigação Preliminar*, tendo em vista que o inquérito policial é um dos procedimentos mais sensíveis da investigação criminal. Assim, basta imaginar a seguinte indagação: você realmente acredita que certos suspeitos “autorizam” a entrada da polícia em suas residências durante o período da madrugada, sendo que, em seguida, foram apreendidas diversas quantidades de drogas no interior da casa? Pois é isso que pode constar nos autos do processo, onde em algum momento da persecução penal a origem fora mencionada, seja no despacho ordinatório de indiciamento, ou na denúncia, podendo chegar até a sentença e talvez em sede recursal; perceba que há várias esferas de controle na persecução penal, mas que, assim como em todo e qualquer sistema, a persecução penal pode ser falha e, é justamente por isso que o advogado é indispensável à administração da justiça.

São esses os principais<sup>43</sup> desenvolvimentos doutrinários acerca do tema ilicitude probatória no que tange o direito jurisprudencial comparado, ou seja, do nascedouro à discussão atual, cumpre salientar que, para o delineamento

---

<sup>42</sup> Vide nota de rodapé de número 60.

<sup>43</sup> Há outras teorias, porém, com pouca aplicação prática como por exemplo a Teoria da Infração Constitucional Alheia; teoria da limitação de renúncia do interessado (esta teoria não possui aplicação prática no Brasil tendo em vista que o consentimento do morador exclui a possibilidade de se imputar violação de domicílio, ante a ausência de um mandado de busca e apreensão, entretanto, no direito alienígena (leia-se: em alguns ordenamentos estrangeiros), conquanto haja consentimento sempre será necessária a autorização judicial. Há também a denominada Teoria da Infração Praticada por Terceiros, cuja inteligência se perfaz ao prever que a violação a direito fundamental somente acarretaria a ilicitude da prova se praticada por agentes públicos, ou seja, se praticada a conduta por terceiros a prova seria lícita; esta teoria não possui aplicação no Brasil. Serve como ilustração o caso julgado pelo STJ, no HC 490.937 datado de 04 de junho de 2019, a 5ª Turma da Corte declarou como ilícita a prova obtida por agentes de segurança privada ao revistarem um particular, os seguranças encontraram entorpecentes, isso violou diretamente o art. 5º, inciso II, da CRFB/88. Vale ressaltar aqui a Teoria dos Poderes Implícitos contra essa decisão.



das referidas teorias foram utilizados os estudos de diversos doutrinadores processualistas, conforme indicado anteriormente.

Antes de prosseguirmos, é necessário destacar que a discussão deste mesmo tema em um ordenamento jurídico diferente ganha contornos distintos; as teorias da ilicitude probatória não podem ser percebidas como uma perfumaria, ou seja, deve ser observado o sistema jurídico aplicado no referido país para que se faça uma talvez combinação, visto que, não é uma questão de mera aplicação e sim de, conforme demonstrado, adequação. Assim, por se tratar de uma normatividade que atinge a todos, essência da própria norma, e ao passo de seu rico desenvolvimento norte-americano como apontado anteriormente, essa questão chegou então em meados da década de 90 à pauta principal do Supremo Tribunal Federal.

## 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para a doutrina majoritária não se pode obter a prova de qualquer maneira, frente a necessidade de se frear a ação estatal que por vezes se revela desproporcional; o Estado não deve então estimular esse tipo de conduta. O norte seguido pelo STF é no sentido de ratificação máxima do art. 5º, inciso LVI, da CFRB/88:

[...] 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" (RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007).

Dessa forma, pelo menos na interpretação da sistemática que envolve a prova ilícita, há um consenso entre doutrina e jurisprudência, qual seja, a vedação à obtenção, em regra, da prova por meios ilícitos.

### 4.1 De 1988 a 2010

As primeiras causas que o STF chegou a analisar dizem respeito a execução de interceptação telefônica<sup>44</sup>, que até então não havia sido regulamentada. Dessa forma, a defesa técnica dos acusados sempre requeriam o desentranhamento da prova com base na ausência de lei, e em 1993 foi exatamente isso que decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>45</sup>, mantendo sua decisão de forma intransponível até o advento da referida lei no ano de 1996<sup>46</sup>:

---

<sup>44</sup> Os fundamentos jurídicos eram retirados da lei 4.117/62 (antes da lei 9.296/96).

<sup>45</sup> HC 69912/1993.

<sup>46</sup> HC 73351/1996.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica - à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido.

Foi a partir dessa intransigência do Supremo Tribunal Federal em reiteradas decisões que a famigerada lei das interceptações telefônicas surgiu no Brasil – lei 9.296/96. Dessa forma, a lei foi promulgada e seus requisitos e pressupostos<sup>47</sup> foram delineados na lei, vale ressaltar que todas as interceptações telefônicas realizadas até então foram consideradas como provas ilícitas pelo Supremo Tribunal Federal, o que elevou a “urgência” da promulgação da referida lei. É importante destacar que foi neste mesmo julgamento que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), um consectário lógico a se depreender do art. 5º, inciso LVI, da CFRB/88, embora haja doutrina respeitável em sentido diverso.

A Teoria da Fonte Independente, mesmo antes da promulgação da lei 11.690/08 que previu sua aplicação no processo penal brasileiro o Supremo Tribunal Federal<sup>48</sup> já havia reconhecido em seus julgados a aplicação desta:

Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras licitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.

Era o início da aplicação das exceções a vedação à aplicação de provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, ainda mais tendo em vista que para o

---

<sup>47</sup> Elencado por via oposita na referida lei, diferentemente da captação ambiental, implementada pela lei 13.964/19.

<sup>48</sup> HC 74599/1996.

Supremo Tribunal Federal não existem direitos absolutos<sup>49</sup>, dessa forma, há uma denominada regra de sopesamento frente ao caso concreto, embora haja respeitável doutrina em sentido diverso aduzindo que por exemplo há direitos fundamentais absolutos, justamente o contrário do norte seguido pelo Supremo Tribunal Federal, no qual relacionada essa ponderação de princípios através de uma relação de precedência condicionada – o agente não pode se utilizar da proteção constitucional para cometer crimes.

No ano de 2001, o Supremo Tribunal Federal declarou como ilícita a prova colhida em “conversa informal” entre policiais e agentes, entendeu o Supremo Tribunal Federal que isso caracteriza uma espécie de interrogatório sub-reptício, ensejando assim a ilicitude da prova, decisão esta proferida no HC 80949/2001, veja um trecho da decisão prolatada:

O privilégio contra a autoincriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não.

A decisão relembra a importância do devido processo legal, bem como, os avisos de Miranda (Miranda Right's), como ficaram conhecidos no Brasil. A autoridade policial tem o dever de informar o suspeito acerca de seus direitos constitucionais, sob pena de ser declarada a ilegalidade da prova obtida.

No HC 83921, julgado em 2004, o Supremo Tribunal Federal decidiu que eventuais provas ilícitas colhidas durante o inquérito policial não contaminam a ação penal posterior, tendo em vista a desvinculação entre um e outro, e também porque uma das características precípua do inquérito policial, pelo

---

<sup>49</sup> Nesse sentido, transcrevo a lição do constitucionalista André Ramos Tavares (2008, P. 488): “Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada aos casos concretos, independente de consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais”.

menos a partir de uma doutrina clássica, é de sua dispensabilidade<sup>50</sup>. Já em 2005, no AI 503617, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no sentido de que a gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem o consentimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui direito de defesa.

Nos anos seguintes, o Supremo Tribunal Federal continuou ratificando os supracitados entendimentos, paralelamente, foi promulgada a lei 11.690/08 que acrescentou a exceção da descoberta inevitável<sup>51</sup> ao art. 157<sup>52</sup>, do CPP, fortalecendo assim a persecução penal brasileira.

Em 2008, ao analisar o Inquérito 2424, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela admissibilidade da prova obtida através de escuta ambiental instalada à noite em escritório de advocacia, tendo em vista que a inviolabilidade do advogado, ratificada pela lei 8.906/94 (art. 7º, e seguintes, da referida lei), não pode servir de escudo para a prática de atividades criminais. Ainda, no mesmo julgado, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento de que a lei 9.296/96, ao prever que a interceptação telefônica poderia ser prorrogada “somente” uma vez, não deveria ser aplicado em sua literalidade, assim, se preenchidos os requisitos necessários, poderia o meio de obtenção de prova ser prorrogado por sucessivas vezes<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Para uma doutrina mais moderna, como por exemplo a do professor Henrique Hoffmann e Eduardo Fontes (2019), o inquérito policial seria *indispensável*, tendo em vista que a autoridade policial é a primeira pessoa a garantir os direitos fundamentais do investigado, e que, na grande maioria das ações penais em curso, o inquérito policial antecedeu a denúncia. Vale ressaltar que é uma doutrina que vem ganhando espaço nos últimos anos.

<sup>51</sup> É importante destacar que, conforme aponta a doutrina majoritária, houve um equívoco do legislador quanto ao uso de terminologias, quando ele quis dizer *fonte independente* deve ser ler *descoberta inevitável*, embora haja respeitável doutrina em sentido contrário.

<sup>52</sup> Com o advento da lei 13.964/19, se tentou mais uma vez (vide lei 11.690/08) acrescentar um parágrafo (5º) a este artigo com a previsão de que o juiz que tomasse conhecimento da prova ilícita ficaria impedido de proferir sentença, espécie de “descontaminação” do magistrado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal nas ADI’s 6298, 6299 e 6300, suspendeu a vigência da referida previsão.

<sup>53</sup> Cumpre fazer uma observação que ratifica esse entendimento como correto na visão do Poder Legislativo, tendo em vista que, o Congresso Nacional, ao promulgar a lei 13.964/19, incluiu o art. 8-A à lei 9.296/96, transformando assim a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, em um meio de obtenção de prova típico, não obstante, o legislador, ao prever o tempo para se executar o meio de obtenção de prova, não previu taxativamente um ou duas vezes, e sim possibilitou a renovação sucessiva da medida.

No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal analisou o caso<sup>54</sup> de uma gravação entre interlocutores e, devido à ausência de causa legal de sigilo, proferiu decisão no sentido de não haver que se falar em ilicitude da prova, veja: “1. A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita”. Nesse mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal já vinha se manifestando, conforme as decisões proferidas no RE 453562, AI 503617 e no RE 583937.

#### 4.2 De 2010 a 2020

Em meados de 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu na Reclamação 11243 que a prova emprestada sem subordinação ao contraditório não seria, por si só, ilícita. Até então a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se manifestara no sentido da proporcionalidade<sup>55</sup> de caso a caso<sup>56</sup>, modo muito semelhante à forma de resolver conflitos entre princípios, tendo em vista não ser uma questão de tudo ou nada, como bem retrata a doutrina majoritária.

Posteriormente, no ano de 2014, o Supremo Tribunal Federal<sup>57</sup> decidiu pela declaração de ilicitude de uma prova produzida em inquérito policial sem a observância dos ditames legais, quais sejam, da jurisprudência da Suprema Corte brasileira:

(...) 2. É da jurisprudência da Corte o entendimento de que a polícia judiciária não está autorizada a instaurar, de ofício, inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais (PET nº 3.825/MT-QO, Tribunal Pleno, Relator para acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 4/4/08). 3. Apesar da existência de jurisprudência na Corte no sentido de os vícios eventualmente ocorridos no inquérito policial não terem o condão de macular a ação penal (HC nº 83.921/RJ,

---

<sup>54</sup> AI 578858/2009.

<sup>55</sup> É importante destacar os ensinamentos de Direito Constitucional do renomado professor Ingo Scarlet (2003, p. 111): “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros, para mais (excessos) ou para menos (deficiência), configuram irretorquíveis violações ao princípio”. No mesmo sentido é a lição do Ministro Gilmar Mendes, na ADI 3.112.

<sup>56</sup> Vale destacar a obra do professor Michael Sandel (2016) que trata, entre diversos outros temas, da problemática que envolve a definição de *proporcionalidade*.

<sup>57</sup> Reclamação 12484.

Primeira Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 27/8/04), devem ser consideradas imprestáveis as provas ilícitas obtidas de forma direta ou por derivação de outras (*fruits of the poisonous tree*), independentemente do momento em que forem produzidas. 4. Essas razões justificam que os elementos de prova formalmente produzidos nos Inquéritos nºs 129/10 e 280/10 sejam desentranhados do caderno processual, aniquilando qualquer possibilidade de servirem de subsídio para fundamentar a condenação, sem prejuízo daquelas provas eventualmente produzidas de forma legítima e autônoma.

A questão ainda é controvertida (12/12/2020), tendo em vista não haver uma regra específica acerca da necessidade de autorização ou não para a instauração de inquérito policial contra autoridades com for por prerrogativa de função, mas o fato é, que os precedentes do Supremo Tribunal Federal apontam para a necessidade desse requerimento/representação.

Em 24/06/2015, o Supremo Tribunal Federal confirmou a anulação da Operação *Satiagraha*, tendo em vista a participação de pessoas estranhas aos quadros formais da Polícia Federal, considerando a previsão do art. 144, da CRFB/88.

No ano de 2016, ao se debruçar sobre o encontro fortuito de provas – *serendipidade*, o Supremo Tribunal Federal analisou um caso de interceptação telefônica autorizada por juiz incompetente e proferiu sua decisão no sentido de declarar a prova como ilícita, assim como, suas derivações. Tudo isso conforme consta na decisão exarada no Inquérito 3732, do Supremo Tribunal Federal:

(...) 2. A prova encontrada, fortuitamente, durante a investigação criminal é válida, salvo se comprovado vício ensejador de sua nulidade. 3. Nulidade da interceptação telefônica determinada por autoridade judicial incompetente, nos termos do art. 102, inc. I, al. b, da Constituição da República e do art. 1.º da Lei n. 9.296/1996. 4. Ausência de remessa dos autos da investigação para o Supremo Tribunal Federal, depois de apresentados elementos mínimos caracterizadores da participação, em tese, de Ministro do Tribunal de Contas da União e de membro do Congresso Nacional na prática de ilícito objeto de investigação. 5. Contaminação das provas produzidas, por derivação, por não configuradas as exceções previstas no § 1º e no § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal.

Apesar da decisão em questão tratar da *serendipidade* e da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, é importante ressaltar que mais uma vez o Supremo Tribunal Federal ratifica a necessidade de se representar/requerer

(conforme o caso) autorização ao órgão competente para a deflagração do inquérito, sob pena de se desentranhar os elementos de prova colhidos em desconformidade, ainda mais tendo em vista que em 2019, na Reclamação 25537, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os elementos de prova colhidos que não careciam de autorização do deste eram válidos e poderiam ser utilizados numa eventual ação penal, como por exemplo os atos praticados contra agentes que não possuíam foro por prerrogativa de função.

Em 2019, na Reclamação 33711, em um caso semelhante, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido e ratificou seu entendimento pela inadmissibilidade de uma prova que decorria de um interrogatório travestido de conversa informal por violar os princípios do devido processo legal e do direito à ampla defesa. Ainda em 2019 fora instaurado de ofício, com base no art. 43, do Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), o inquérito de nº 4.781<sup>58</sup>, no âmbito da referida corte, para investigar supostos crimes contra a honra cometidos contra ministros da suprema corte brasileira.

Tendo em vista que no Brasil é adotado o sistema acusatório<sup>59</sup>, conforme se depreende do art. 129, da Constituição Federal de 1988 e que o referido RISTF é datado de 15 de outubro de 1980, ou seja, antes da Constituição Federal de 1988, a eminente professora Ludmila Lins Grilo, na obra *Inquérito do Fim do Mundo* (2020), ressalta as ilegalidades deste referido inquérito sustentando que o Poder Constituinte Originário não previu a polícia do Supremo Tribunal Federal, não podendo isso ser considerado um mero esquecimento do legislador, pois quando foi da vontade deste ele enumerou os órgãos/instituições que teriam suas próprias polícias, como assim fez com a Polícia da Câmara dos Deputados e com a Polícia do Senado Federal, previstos expressamente na Constituição Federal de 1988. Assim, os atos procedimentais praticados pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a autora, são inconstitucionais, resultando assim, pelo menos em tese, na ilicitude de toda prova (em regra) que for obtida a partir deste inquérito, porém, vale aqui ressaltar que o próprio STF considera o referido inquérito como constitucional,

---

<sup>58</sup> O famigerado *inquérito das fake news*, como é amplamente conhecido.

<sup>59</sup> Há divergências entre doutrinadores amplamente conhecidos na seara penal, como por exemplo entre Guilherme de Souza Nucci (2016) e Renato Brasileiro de Lima (2019).



cuja decisão fora proferida em 2020, por 10 votos a 1, ratificando a “legalidade” da investigação; ou seja, quem fiscaliza o fiscal?

Na mesma linha da autora, é o que sustenta o professor Aury Lopes Júnior, especificamente em aula proferida<sup>60</sup> no curso de Direito da Pontífice Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, que juiz não deve iniciar inquérito de ofício – a função do juiz é julgar; que o relator deveria ter sido sorteado e não escolhido, tendo em vista que não podemos selecionar à *la carte* quando é que utilizaremos ou não as regras procedimentais para o caso concreto. Tudo isso segundo o autor terá como corolário, do ponto de vista doutrinário, a constatação da ilicitude das provas angariadas. É necessário, portanto, conforme rotineiramente aduz o referido professor, sempre respeitar a regra do jogo, independente de quem seja o réu, tendo em vista o Estado Democrático de Direito.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que se em uma eventual investigação, o mandado de busca e apreensão se der no Congresso Nacional, e o sujeito passivo da medida cautelar não for congressista (leia-se, não tenha foro por prerrogativa de função), a representação/requerimento pode ser deferido por juiz de primeira instância, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal na supracitada reclamação (nº 25537).

Em um outro caso, o Supremo Tribunal Federal<sup>61</sup> entendeu pela ilicitude de uma prova colhida a partir da execução de um mandado de busca e apreensão quando este foi deferido por um juiz de primeiro grau contra uma pessoa que não possuía foro por prerrogativa de função, mas que era casado com uma senadora. Dessa forma, como o mandado foi cumprido numa residência cedida pelo Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal entendeu que houve violação a previsão constitucional da senadora, no que tange o direito a intimidade, garantido constitucionalmente.

Em agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento<sup>62</sup> de que a prova obtida com abertura de correspondência sem

---

<sup>60</sup> Tendo em vista a pandemia, algumas aulas do referido professor foram disponibilizadas no *youtube*, como esta que é agora citada, cujo link está disponível na bibliografia deste artigo.

<sup>61</sup> Reclamação 24473.

<sup>62</sup> Conforme o RE 1116949.

autorização judicial é ilegal, importa salientar que foi em repercussão geral. A decisão se fundamentou na violação a garantia do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas. Conquanto haja previsão na lei 6.538/1978 no sentido de que não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta ou de que haja indícios suficientes de que contenha substância proibida, desde que a abertura seja feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário, este procedimento também não foi observado, ou seja, violou também o Princípio do Devido Processo Legal, insculpido no art. 5º, inciso LIV, da CFRB/88.

Na mesma senda da diretriz supracitada foi lembrado o Pacto de São José da Costa Rica que possui a seguinte previsão no art. 11: “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”, não obstante, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos estabelece uma garantia similar a ora narrada. Por fim, fora firmada a seguinte tese: “Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo”, ratificando, assim, a proteção constitucional em sentido *lato*.

Ao julgar a Reclamação 443.330, adstrita ao julgamento do HC 143.427, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as provas declaradas como ilícitas devem ser imediatamente desentranhadas do processo. No caso concreto, o magistrado postergou o desentranhamento ante a oposição de embargos declaratórios, a defesa interpôs imediatamente a referida *reclamação* tendo em vista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A liminar foi concedida na data do dia 09/11/2020, mantendo o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal, qual seja, de que o Estado não pode fornecer qualquer tipo de incentivo à produção de provas ilícitas, ensejando, assim, que aqueles que atuam na persecução penal sempre busquem a lisura durante os procedimentos por ele executados, sob pena de responsabilização civil, penal<sup>63</sup> e administrativa.

---

<sup>63</sup> É importante destacar que a lei 13.869/19, também conhecida como a lei de Abuso de Autoridade, criminalizou em seu art. 25, a conduta de se produzir uma prova por meios manifestamente ilícitos, cuja pena é de detenção de 1 a 4 anos, e multa. Trata-se, em verdade, como aduz o professor Renato Brasileiro de Lima (2020) de uma *novatio legis incriminadora*,

Por fim, atualmente<sup>64</sup> o Supremo Tribunal Federal está julgando a (in)admissibilidade de uma prova produzida em circunstâncias que poderiam ensejar sua exclusão dos autos, ou seja, acerca de uma possível violação de sigilo realizada pela polícia quando acessou o histórico das ligações efetuadas de um aparelho celular derrubado por um suspeito de roubo ao empreender fuga (de acordo com a vítima do delito em tese praticado). O julgamento está paralisado porquanto houve pedido de vistas pelo Ministro Alexandre de Moraes, mas enquanto o julgamento não se desenvolve, fora proposta a seguinte tese<sup>65</sup>:

É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII).

Em virtude às questões doutrinárias apresentadas, bem como, acerca das jurisprudências aduzidas, fato é que o objetivo do Supremo Tribunal Federal deve ser a proteção da Constituição da República. As decisões da referida corte, amparadas no garantismo dos direitos fundamentais, sempre levam em consideração o caso concreto (ponderação), esta é a regra, pois a exceção estará nos casos mais simples, aqueles já debatidos pela doutrina cujos os quais o Supremo Tribunal Federal já se manifestou também a respeito. Justamente por isso, a questão não é tão simples quanto parece, pois estabelecer uma regra para todos os casos resultará, inexoravelmente, em uma proteção deficiente e por consequência lógica, injusta. Assim, em que pese as provas ilícitas demonstrarem a verdade<sup>66</sup> dos fatos, o Estado, de acordo com a doutrina e a jurisprudência do Brasil, não pode praticar crimes para evitar crimes, em que pese esta mesma tese ser observada em outros

---

tendo em vista que, sob a égide da anterior lei de Abuso de Autoridade (lei 4.898/65), não havia esta incriminação. Durante a tramitação do projeto de lei que deu origem a lei 13.869/19, o Presidente da República vetou o art. 26, da referida lei, que criminalizava o flagrante preparado, tendo em vista a insegurança jurídica que poderia dar ensejo, caso fosse efetuada a promulgação deste dispositivo penal.

<sup>64</sup> 12/12/2020.

<sup>65</sup> Conforme o voto exarado pelo Ministro Dias Toffoli.

<sup>66</sup> Vide a *Síndrome do Piu-Piu no Tribunal do Júri*.

países como lógica. Dessa forma, a regra é a ponderação do caso concreto sem olvidar, por um instante que seja, do art. 5º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

## 5 CONCLUSÃO

Em virtude aos fatos e fundamentos ora aduzidos, fato é que o Direito em sentido estrito, na visão do Supremo Tribunal Federal, busca uma regra geral, porém, algumas situações devem ser analisadas conforme o caso concreto. Se a razão do Direito é a estabilidade das relações jurídicas, conforme aduzido inicialmente, há que se salientar que esta regra possui uma exceção, pois é natural do direito a busca pela justiça, e se o caso é então de uma complexidade exorbitante – *hardcases*, o que se pode fazer, e o que na verdade é o que tem sido feito aos moldes do que a democracia brasileira permite, é a elaboração de diretrizes para que se garanta o devido processo legal, sem deixar de lado a missão fundamental do Estado que é garantir a incolumidade de todos, avocando para si o “direito” de punir os que não respeitam a lei, aquilo que a criminologia denominou de monopólio do uso da força.

Assim, resta claro que a regra geral é a inadmissibilidade das provas ilícitas, fundamentando-se na tese de que o Estado não pode se utilizar daquilo que busca combater, e nesta mesma senda, o Estado também não deve e dessa forma não busca fomentar de nenhum modo a produção de provas ilícitas. Porém, o questionamento sempre irá existir, assim como, o paradoxo da teleologia da criação do Estado para combater a criminalidade enquanto detentor do *jus puniendi*, conforme apontado inicialmente neste artigo. Dessa forma, há que se salientar que muito se avançou nos últimos anos no que tange o desenvolvimento da doutrina das provas ilícitas e os julgados do Supremo Tribunal Federal, pois a referida corte, perante o ordenamento jurídico brasileiro, está na vanguarda desta missão. Não obstante, uma eventual mudança na composição da mais alta corte brasileira pode alterar os rumos do entendimento atual, evitando assim a fossilização da constituição, o que nos resta é a esperança e a busca pela justiça.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. *Manual de Processo Penal*. 9ª. São Paulo: Método, 2017.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 25 nov. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime: lei 13.964/2019 - Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador. Ed. Juspodivm, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 4ª. São Paulo: RT, 2018.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume III*. Campinas: Bookseller, 2000.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo. 12º Ed., Editora Revista dos Tribunais.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. 3ª Ed. Ver., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume Único*. 7ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada: Volume Único*. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Prova Ilícita no Processo Penal*. Youtube. Disponível em < [https://www.youtube.com/watch?v=\\_NH51sPRho](https://www.youtube.com/watch?v=_NH51sPRho)> Acesso em: 25 nov 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *[Provas Testemunhais em Foco] Aury Lopes Jr: Provas Dependentes da Memória*. Youtube. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=FEEXFPiLqmY>> Acesso em: 18 jun 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela (parte 2)*. Conjur. 03 out 2014. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2014-out-03/limite-penal-voce-confia-memoria-infelizmente-processo-penal-depende-dela-parte>.> Acesso em: 25 nov 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª. São Paulo: RT, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas, reedição 1ª, Bookseller, 1997.

NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. *Curso de Direito Processual Penal*. 11º ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. RJ: Forense, 2016.

PIOVEZAN, Cláudia de Moraes et al. *Inquérito do Fim do Mundo: o Apagar das Luzes no Direito Brasileiro*. Ed. E.D.A, 1ª edição. 2020.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, 26ª ed., São Paulo: Atlas, 2018.

SANDEL, Michael J. *JUSTIÇA, o que é fazer a coisa certa?* 21ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Civilização Brasileira, 2016.

SCARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade*. Revista de Estudos Criminais, vol. 3, n. 12. Porto Alegre: 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume III*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.