

# O que significa dizer que a prova ilícita é inadmissível?

**Adriana Almeida de Oliveira**

Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada. E-mail: <adriana@aoadvogados.com.br>.

---

**Resumo:** Este artigo trata da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Pontua, inicialmente, a estranha naturalidade com que admitimos as provas ilícitas no Brasil, a despeito de sua vedação constitucional. Posteriormente, examina os termos constantes no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira, com vistas a esclarecer qual é o sentido dessa inadmissibilidade. Demonstra, enfim, que a referida norma constitucional não é hoje salvaguardada à luz dos mecanismos previstos no artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro que se volta a regulá-la (i.e. o desentranhamento e a inutilização das provas ilícitas) e, nesse sentido, propõe algumas soluções para assegurar a importante vedação das provas ilícitas abraçada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Provas ilícitas. Imparcialidade. Desentranhamento das provas ilícitas. Inutilização das provas ilícitas. Descontaminação do julgado.

**Sumário:** **1** Enquanto isso, os julgadores continuam conhecendo o conteúdo das provas ilícitas – **2** A inadmissibilidade das provas ilícitas no Brasil: o texto constitucional e a sua devida interpretação – **3** O sentido do termo “provas” e “inadmissíveis” no texto constitucional e a inteligência da inadmissibilidade das provas ilícitas – **4** A vedação das provas ilícitas à luz do desentranhamento e da inutilização dessas provas e a revelação do equívoco na interpretação da imparcialidade – Conclusão: o que significa prever que uma prova ilícita é inadmissível? – Referências

---

## 1 Enquanto isso, os julgadores continuam conhecendo o conteúdo das provas ilícitas

Passados vinte e oito anos do texto que enuncia serem as provas ilícitas *inadmissíveis* no processo,<sup>1</sup> essas ainda nele *aparecem* com espantosa naturalidade.

Recentemente, vimos, por exemplo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro Teori Zavascki enunciar que parte das gravações mantidas entre a então presidente Dilma Rousseff e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva – e, inclusive, divulgadas ao grande público por decisão do juiz Sérgio Moro – não poderiam ser

---

<sup>1</sup> O artigo 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira de 1988, prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016).

reconhecidas como provas válidas.<sup>2</sup> Contudo, o referido Ministro entendeu por manter essas gravações nos autos do processo. “Diante da existência de conteúdo relevante nas interceptações telefônicas envolvendo autoridades com prerrogativa de foro [...], deve ser mantida cópia dos autos em que se encontra *todo* o conteúdo interceptado [...]”,<sup>3</sup> foram as palavras de Zavascki. E, no calor das discussões em torno do teor dos diálogos captados ou dos agentes que os protagonizam, passou mais uma vez despercebido quão problemático é o conhecimento da prova ilícita por quem não pode valorá-la. Dá-se ao julgador a oportunidade de conhecer a demonstração de dada alegação, privando-lhe, todavia, de se valer desse conhecimento para atestar a validade da alegação formulada nos autos. Um contrassenso ante ao embate entre o compromisso assumido pelos magistrados de proteger os direitos fundamentais – dentre os quais o de ninguém ser processado (logo, menos ainda julgado) com base em prova ilícita<sup>4</sup> – e a incapacidade humana de impedir que o conteúdo da prova ilícita influencie o julgador.

Ademais, mesmo quando as provas ilícitas são desentranhadas fisicamente dos autos e, posteriormente, inutilizadas – seguindo-se os estritos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal<sup>5</sup> –, essas, não raro, prestam seu papel no processo. É que, mantido como julgador o magistrado que reconheceu a ilicitude das provas, essas podem servir à convicção judicial. Ora, a retirada física de provas ilícitas dos autos não implica a sua exclusão do universo cognitivo do julgador que as conheceu e, assim, a possibilidade de sua valoração. Por isso, não obstante a vedação constitucional, se em dado processo o juiz que conheceu as provas ilícitas julgar, essas serão admissíveis, ainda que não apareçam fisicamente nos autos ou nos fundamentos escritos da decisão desse juiz.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 23457, relatoria do Ministro Teoria Zavascki, julgado em 13 jun. 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000531028&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 23457, relatoria do Ministro Teoria Zavascki, julgado em 13 jun. 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000531028&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 31 jul. 2016. Destaque nosso.

<sup>4</sup> O artigo 5º, LVI da Constituição Federal brasileira determina que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016).

<sup>5</sup> Veja-se o texto: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser *desentranhadas* do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. §1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. §2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. §3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será *inutilizada* por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. §4º (VETADO)” [grifo nosso] (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016, destaques nossos).

## 2 A inadmissibilidade das provas ilícitas no Brasil: o texto constitucional e a sua devida interpretação

Muitos anos antes da Constituição Federal que enunciou a inadmissibilidade das provas ilícitas, Mendes de Almeida salientou que o direito à prova era limitado.<sup>6</sup> Frederico Marques assim também se manifestou em obra de 1965.<sup>7</sup> Contudo, com Grinover, a vedação das provas ilícitas passou de entendimento à norma. Foi a referida processualista quem impulsionou o tratamento constitucional da vedação das provas ilícitas.<sup>8</sup>

Grinover iniciou inúmeros debates em relação às provas ilícitas no Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito do Largo São Francisco e sumulou as conclusões a que se chegou.<sup>9</sup> O texto, que mais tarde serviu de base ao atual artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal – “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”<sup>10</sup> –, é claramente inspirado nessas Súmulas. Ora, para além de reconhecer a ilicitude de certas provas, em conformidade com o que Grinover já prelecionava, o legislador estabeleceu no referido artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, a sanção processual de “inadmissibilidade” das provas ilícitas (vide item 3 abaixo) – sanção essa que a referida jurista julgava essencial para o desincentivo da obtenção das provas ilícitas no processo.

Contudo, tão logo a inadmissibilidade processual das provas ilícitas foi enunciada na Constituição Federal brasileira, iniciaram-se as discussões em torno do cabimento da sua mitigação, em particular, amparando-se em equivocado entendimento da teoria de Robert Alexy.

Alexy diferencia as normas jurídicas em regras e princípios. Contudo, enquanto boa parte dos autores que assim também o faz entende haver entre regras e princípios

<sup>6</sup> Para Mendes de Almeida “todos os gêneros e espécies de prova podem ser objeto de investigação. E devem se sempre que necessários à descoberta da verdade. A limitação da liberdade investigatória só é admissível quando a discricção e arbítrio policiais possam representar uma injusta lesão a direitos individuais e suas garantias. Por isso, cerceia-se, mui justamente, a liberdade de investigação, quando, por exemplo, envolva invasões domiciliares, buscas e apreensões forçadas, detenções prolongadas” (MENDES DE ALMEIDA, Canuto. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 61).

<sup>7</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. I, p. 294.

<sup>8</sup> No mesmo sentido, AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 75.

<sup>9</sup> Os textos das súmulas 48, 49 e 50 do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito do Largo São Francisco são os seguintes, respectivamente: “Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material”; “São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa”; e “Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 50).

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016.

uma distinção de grau (baseada nos critérios de maior ou menor importância,<sup>11</sup> abstração ou generalidade),<sup>12</sup> Alexy entende que “a distinção entre regras e princípios é [...] uma distinção entre duas *espécies* de norma”.<sup>13</sup> Para Alexy,

a regra é uma norma cuja estrutura garante um direito de forma definitiva, isto quer dizer, quanto a sua forma de aplicação, que o significado daquele texto (“norma”) ou se realiza por inteiro ou não se realiza no caso concreto. A norma-regra é aplicada como está prevista, ou não é aplicada, é a forma “tudo ou nada” (“all or nothing”) de aplicação. Não poderá ser em parte afastada, em parte aplicada. Os direitos/deveres garantidos mediante regras, diferente do que ocorre com os princípios, não são suscetíveis de ponderação com outras normas a fim de que sejam, em determinados casos, afastados em parte e em outra parte produzam efeitos jurídicos. As regras não são restringíveis, os princípios são.<sup>14</sup>

os princípios, como expressões deonticas (do “dever ser”) positivadas, notadamente quando postos em nível constitucional, são redigidos de forma a compreender um largo espectro de situações concretas, para as quais, idealmente é elaborado e deve ser interpretado a fim de ser aplicado na forma mais ampla possível. Isso é o ideal normativo, não uma garantia. “No caso dos princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário, em geral essa realização é apenas parcial [...] na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”.<sup>15</sup>

De forma bastante sintética, à luz da teoria alexyana, a estrutura da norma revela se se está diante de uma regra ou de um princípio, indicando, por conseguinte, a forma correta de sua aplicação: *all or nothing* (no caso das regras) ou ponderação (sendo a norma um princípio). No âmbito do presente artigo, importa atentar para o fato de que, a despeito de Alexy prever a regra da proporcionalidade como forma de direcionar a aplicação de *princípios*, essa proporcionalidade começou a ser utilizada em relação ao referido artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, *que possui estrutura de regra*.

Ora, como destacado em passagem citada, os princípios “são redigidos de forma a compreender um largo espectro de situações concretas, para as quais idealmente é elaborado e deve ser interpretado a fim de ser aplicado na forma mais ampla

<sup>11</sup> Nesse sentido, ver: AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 92. Cabe, todavia, aqui a ressalva de que o referido autor usa outra rubrica; trata de “princípios” e “normas” (não regras). Recomenda-se, também: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 942/943.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141. RAZ, Joseph. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 86, destaque nosso.

<sup>14</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 46.

<sup>15</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 45.

possível”.<sup>16</sup> Diversamente, no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, fez-se uso do termo “inadmissíveis”, termo esse que não abre espaço para ponderação alguma. Em outros termos, o referido inciso foi esculpido de forma absoluta, não deixando margem para o operador da norma sopesar as circunstâncias do caso concreto e verificar a conveniência de admitir ou não provas ilícitas. Nesse sentido, Castanho de Carvalho esclarece:

Como se percebe, a Constituição resolveu esse difícil problema de opção legislativa *proibindo, de modo absoluto, a produção de prova ilícita*. Não há que se discutir sobre as diversas correntes [...] *não há o que se interpretar: a Constituição consagrou a inadmissibilidade da prova ilícita*. [...] A regra, em si, ora examinada, não se presta a uma ponderação de bens, conforme assinala a doutrina. Como regra que é, ela incide ou não incide na hipótese concreta. [...] Daí porque é extremamente difícil se afastar a regra que declara a proibição da utilização processual da prova ilícita. *É que a regra referida é resultado de uma ponderação já feita pelo constituinte: entre as inviolabilidades prescritas pela Constituição, de um lado, e eventualmente a segurança pública (e a verdade processual), de outro, o constituinte sobrevalorizou a primeira, em detrimento da segunda*.<sup>17</sup>

Contudo, não somente a estrutura normativa demonstra que o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, não pode ser relativizado. Com efeito, diante das bárbaries da inquisição,<sup>18</sup> chegou-se à conclusão de que, no âmbito no processo, não importa qualquer verdade;<sup>19</sup> a verdade deve necessariamente respeitar a dignidade da pessoa humana. Isso porque a prova não está adstrita ao âmbito processo.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 45.

<sup>17</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal (em face da) constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97, destaques nossos.

<sup>18</sup> Nesse sentido, leia-se: “Conquanto não constituísse propriamente uma novidade, dados os seus conhecidos antecedentes greco-romanos, o método inquisitivo aperfeiçoou-se sobretudo no seio das jurisdições eclesásticas, diante da necessidade de repressão da heresia e das condutas irregulares do clero, que exigiam uma permanente atividade de investigação por parte das autoridades religiosas; o seu fundamento era o poder papal e o direito de vigilância sobre os fiéis que o mesmo compreendia, o que, por sinal, harmonizava-se com o propósito dos monarcas e, submeter toda a sociedade a seu controle. Corolários dessa exigência eram o segredo [...], bem como o caráter praticamente ilimitado da pesquisa da verdade, que consistia em verdadeira obsessão do inquisidor; daí ser natural, nessa perspectiva, a utilização do saber do próprio acusado como fonte de informação; se culpado, o acusado tem certamente um conhecimento preciso da realidade e a confissão, se obtida, constitui a melhor forma de se alcançar a verdade real [...]; assim, acabava por transformar-se toda a atividade probatória e uma desenfreada busca da confissão, inclusive, com admissão do recurso à tortura” (MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997, p.20-22)

<sup>19</sup> Tal relativização certamente foi possível diante do constante questionamento ao caráter absoluto da verdade. Aos poucos, começou-se a admitir que a realidade é “resultado de uma interpretação, pois é esta atividade que oferece uma mediação (nunca pronta e acabada) entre o homem e o mundo, e mesmo nas ciências naturais a realidade ‘dada’ é inseparável da atividade exegética” (KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 17, n. 80, 2009, p.124-125) e, logo, que não é possível apreender a realidade de forma plena.

<sup>20</sup> Por essa razão, a análise da prova no processo penal é de especial relevo. Ora, é nesse campo que se confere ao Estado a mais ampla possibilidade de atuação, posto que por meio do processo penal se visa a apurar e, eventualmente, punir crimes, salvaguardando bens jurídicos caros à sociedade.

Serve não somente ao conhecimento dos fatos pelo juiz, mas também, e, em particular, *para objetivar a atuação do Estado, impondo-lhe o dever de encontrar suporte objetivo para suas afirmações e atos*.<sup>21</sup> A sociedade passou a reclamar limites à ação estatal e, ao condicionar a perquirição dos fatos por ele investigados à observância de normas jurídicas, o Estado se alinhou a tais reclamos sociais.<sup>22</sup> Reconheceu, enfim, que a verdade – conceito já bastante relativo quando do término das monarquias absolutas<sup>23</sup> – não pode ser obtida a todo e qualquer custo.

A consagração da vedação das provas ilícitas representou, nesse sentido, a preocupação do Estado mais com a legitimidade do seu poder do que com a manifestação de qualquer poder. E esse liame da proscrição de provas obtidas ilícitamente com a legitimidade do poder estatal lhe confere (i.e. à proscrição das provas ilícitas) *status* de relevo no ordenamento legal. Com efeito, a derrogação da vedação às provas ilícitas implica a desestruturação de todo o sistema jurídico, porquanto representa o abandono do compromisso do Estado com a observância dos direitos fundamentais no exercício dos seus atos. Representa, precisamente, o retorno à arbitrariedade. Nesse sentido, são oportunas as considerações de ZILLI:

Ora, por integrar o campo os direitos e das garantias fundamentais, a proscrição da prova ilícita é mecanismo que se insere na dimensão lógica das liberdades públicas. Trata-se de um instrumento a serviços da preservação da esfera pessoal da liberdade, *constituindo, portanto, um freio ao exercício do poder do Estado*. O que se proíbe com o mandamento é a busca ilícita pela concretização do poder-dever punitivo, *por constituir exercício abusivo de poder*. É, enfim, regra assecuratória do cumprimento de deveres negativos do Estado na dinâmica lógica dos direitos fundamentais. *Admitir, portanto, uma prova ilícita como suporte para uma condenação viola toda a lógica que o mandamento pretende justamente resguardar, qual seja, a integridade do Estado*. Dentro

<sup>21</sup> Ver DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p. 81.

<sup>22</sup> Segundo MAGALHÃES GOMES FILHO, “a crítica ao aparato repressivo das monarquias absolutas, a cuja brutalidade se somava a incapacidade de deter o aumento da delinquência [...] constituiu um dos pontos mais emblemáticos do pensamento iluminista, que serviu de suporte ideológico à revolução burguesa do século XVIII” (MAGALHÃES GOMES FILHO, *Direito* cit., p. 25). Nesse sentido, convém destacar que o modelo acusatório, antes da Revolução Francesa, já podia ser visto em alguma medida em território inglês. Como também observa o autor: “o declínio dos juízos de Deus, que no sistema continental deu lugar ao procedimento inquisitório, em solo inglês teve como consequência a afirmação paulatina de uma instituição que ainda hoje domina o sistema de justiça anglo-americano: o *júri*” (MAGALHÃES GOMES FILHO, *Direito* cit., p. 36).

<sup>23</sup> Precisamente, esclarece PRADO que “evidentemente que no mundo acadêmico, principalmente a partir da segunda metade do século XX, a segurança ideológica em tese caracterizada pelo acesso privilegiado da ciência à verdade passou a ser abertamente contestada. Antes disso, a filosofia, na segunda metade do século XIX, questionou o *status* que ela própria também atribuía a verdade. Não custa, porém, lembrar que coube à filosofia ocidental, no seu alvorecer, na Grécia Antiga, desgarrar-se das explicações míticas com apoio na mesma noção de verdade” (PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; MARTINS, Rui Cunha; PRADO, Geraldo. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p.19-20)

dessa perspectiva, são irrelevantes a dimensão e a gravidade do crime praticado. A proibição é eloquente e, sobretudo, constitui uma garantia fundamental protetiva de todos os direitos fundamentais eventualmente afetados pela persecução.<sup>24</sup>

Desse modo, a proporcionalidade não pode ser utilizada em relação ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, não somente por uma razão técnica, qual seja, a estrutura normativa de regra desse dispositivo legal, mas também, e, em particular, porque do referido artigo se extrai uma norma que limita o *ius puniendi* e estrutura, assim, o Estado Democrático de Direito.

### 3 O sentido do termo “provas” e “inadmissíveis” no texto constitucional e a inteligência da inadmissibilidade das provas ilícitas

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal postula que “são *inadmissíveis*, no processo, as *provas* obtidas por meios ilícitos”.<sup>25</sup> Analisemos, então, tecnicamente os termos destacados, com vistas a compreender o que o referido dispositivo postula. Tal análise, longe de apenas teórica, representa um caminho necessário para se chegar a uma conclusão objetiva quanto à efetiva aplicação da vedação das provas ilícitas. Vejamos.

Começamos pelo termo “provas”. Primeiramente, nota-se que os falantes da língua usam-no em diversos sentidos, dentre os quais, destacam-se a prova: i) como demonstração (e.g., o presente foi prova de que ele a amava; o professor fez a prova da existência da gravidade); ii) como experimentação ou teste<sup>26</sup> (e.g., o cientista fez a prova do medicamento em laboratório; Cláudia fez a prova do bolo que a avó preparou); iii) como desafio (e.g., a prova prática foi a mais difícil; a prova não foi fácil);<sup>27</sup> e iv) como resistência (e.g., o equipamento é à prova d’água; o vidro do carro é à prova de balas).<sup>28</sup>

Tais usos, em especial os três primeiros, têm bastante recorrência na esfera jurídica. Apenas a título ilustrativo, veja-se que a prova tem sentido de *demonstração* quando é referida em relação à capacidade que possui de servir à comprovação da

<sup>24</sup> ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). *Proibições probatórias no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 88, destaques nossos.

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016.

<sup>26</sup> É interessante atentar para o fato de que esse sentido da palavra “prova” remete à ideia de “amostra”. Testar é obter uma pequena amostra para poder tirar uma conclusão do todo.

<sup>27</sup> Ver: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1992, p. 415.

<sup>28</sup> A doutrina, geralmente, não menciona esse último sentido. Contudo, ele é visto no vernáculo (Michaelis – Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=prova>>. Acesso em: 31 jul. 2016).

validade de uma hipótese. Nesse caso, a prova é a base empírica dessa hipótese, evidenciando existirem motivos concretos para reconhecer referida hipótese como cabível. Daí porque se diz que “a prova é o que confirma ou desprestigia uma hipótese ou afirmação precedente”.<sup>29</sup> Vale ainda ressaltar que:

[...] com esse primeiro significado, o vocábulo pode aplicar-se tanto aos campos do conhecimento em que a demonstração se faz em termos rigorosos, como ocorre na lógica formal e na matemática, quanto em outras situações em que, mesmo sendo inatingível uma verdade absoluta, é possível admitir que uma asserção é verdadeira, desde que existam razões (*provas*) suficientes para reconhecê-la como tal.<sup>30</sup>

Contudo, no que tange a prova no âmbito do processo, a linguagem ordinária “se mostra insuficiente e superficial”,<sup>31</sup> tendo a doutrina<sup>32</sup> optado por fazer uso dos seguintes termos, mais precisos: a) “elemento de prova”; b) “resultado de prova”; c) “inferência probatória”; d) “fonte de prova”; e) “meio de prova”; e f) “meio de pesquisa ou de investigação de prova”.<sup>33</sup> A análise desses termos, portanto, não pode

<sup>29</sup> NORES, José I. Cafferata. *La prueba en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 3.

<sup>30</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas sobre Terminología da Prova (Reflexos no Processo Penal Brasileiro). In: YARSHHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Org.). *Estudos em Homenagem à Jurista Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 305, destaque do autor. Cabe o registro de que, mesmo na lógica e na matemática, a ideia de verdade absoluta se encontra superada, em particular depois do desenvolvimento da Teoria da Relatividade de Einstein. Após desconstituir a ideia de que o tempo e o repouso dos corpos eram absolutos, essa teoria abalou conclusões consolidadas nas ciências exatas, abrindo espaço para o reconhecimento de que as verdades científicas são relativas. Como salienta CAPPI: “nós não conhecemos nenhuma realidade, a não ser a que os nossos sentidos percebem, da maneira como a percebem e dentro dá ótica de nossa visão de universo, do nosso mundo antropocultural. Não negamos a existência da natureza. Negamos nossa capacidade de compreendê-la adequadamente, como ela é em si, por meio de verdades absolutas, necessárias e eternas. O homem só formula conhecimentos transitórios e relativos, consistentes dentro de um determinado sistema lógico e não consistentes em outros. Trata-se de representações mentais limitadas, relativas, historicamente situadas no tempo e no espaço, que nunca terão a pretensão de esgotar a realidade, de que são simplesmente aproximações. Somos seres contingentes, imperfeitos, filhos do nosso tempo, incapazes de formular verdades eternas, imutáveis, necessárias e absolutas. Não somos Deus para saber o que é a realidade em si mesma. Somos homens, seres inteligentes, capazes de compreender e determinar o que a realidade significa para nós, doando-lhe uma intencionalidade, um valor, um sentido, uma destinação dentro do nosso universo cultural” (CAPPI, Antonio. *Lógica: os caminhos da razão*. Goiânia: Hegaprint, 2002, p. 61-62).

<sup>31</sup> KEIRR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: ALMEIDA, José Raul Gavião; SCARANCE FERNANDES, Antonio; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Coord.). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

<sup>32</sup> Convém salientar que certas expressões aqui tratadas não são mencionadas por parte da doutrina; outros fazem referência a expressões diversas das aqui elencadas (Ver NORES, José I. Cafferata. *La prueba* cit., p. 15-16; CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2010, p. 28; e LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ejea, 1963, t. II, p. 173). Há ainda algumas divergências quanto aos fenômenos a que se voltam expressões referidas nesse artigo. Fez-se então opção pela terminologia adotada por MAGALHÃES GOMES FILHO, porque, no nosso entender, foi quem melhor alinhou termos latinos e lições da doutrina estrangeira às especificidades do sistema processual brasileiro. Foi ele quem participou também dos Projetos que culminaram nas Leis nº 11.690, de 9 de junho de 2008, e nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que modificaram vários dispositivos atinentes à prova no Código de Processo Penal.

<sup>33</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas cit., p. 304. Quanto à terceira acepção do vocábulo, ver TARUFFO, Michele. *La prova* cit., p.423-424. Vale ressaltar que “objeto da prova”, não é propriamente um sentido do termo “prova”; a expressão “objeto da prova” serve apenas a esclarecer a que fenômenos a prova se vincula.



ser negligenciada quando se tem por objetivo entender o que significa a vedação constitucional das provas ilícitas.

Analisemos então cada qual dos termos referidos pela doutrina (ora enumerados nos itens “a” a “f” do parágrafo acima) para então concluir o que está abrangido pelo referido dispositivo constitucional.

Por *elemento de prova* (em inglês, *evidence*), entende-se “cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”,<sup>34</sup> como, “por exemplo, a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião de um perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento etc.”.<sup>35</sup> Nota-se que o elemento de prova é o meio de tornar possível ao magistrado conhecer fatos e, nessa medida, decidir qual das hipóteses formuladas pelas partes consegue melhor explicá-los. O elemento de prova deve, portanto, ser oriundo do “*mundo externo ao processo* e não ser mero fruto do conhecimento privado do juiz, carente de credibilidade objetiva”,<sup>36</sup> ou seja, há de ter existência *concreta, compartilhada e passível de verificação*.

Já por *resultado da prova* (*proof*, em inglês) se entende a conclusão obtida da análise dos elementos de prova trazidos pelas partes ao juiz. Há prova no sentido de “resultado” quando uma afirmação sobre um fato é tida por cabível com base nos elementos de prova presentes nos autos e se fixa.<sup>37</sup> O “resultado de prova” é, portanto, a convicção obtida com base na análise e valoração dos elementos de prova e vem a lume somente na sentença, pois é nesse momento que se revela quais elementos de provas levaram à decisão exarada.

Taruffo extrai outro sentido para o termo prova do ponto de encontro entre “elemento de prova” e “resultado de prova”. Segundo o referido autor italiano, a “*inferência probatória*” representa a operação mental que o juiz empreende para chegar ao resultado de prova dos elementos de prova disponíveis.<sup>38</sup> Conforme Taruffo, “nesta acepção, provar ou dar a prova, ou semelhante, relaciona-se ao procedimento lógico mediante o qual a prova-conclusão (*proof*) vem fundada na prova-premissa (*evidence*) ou vem desta derivada”.<sup>39</sup> É importante notar que a inferência probatória remete a uma atividade que, a seu turno, deriva necessariamente dos *elementos probatórios*. Em outras palavras, um resultado de prova não pode ser baseado em dados outros que não aqueles que possuem existência concreta, compartilhada e que sejam passíveis de controle.

<sup>34</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas cit., p. 307. Para BADARÓ “elemento de prova” é um “dado bruto [...] ainda não valorado pelo juiz” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. I, p. 198).

<sup>35</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas cit., p. 307.

<sup>36</sup> NORES, José I. Cafferata. *La prueba* cit., p. 17.

<sup>37</sup> TARUFFO, Michele. *La prova* cit., p. 422.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 424.

<sup>39</sup> TARUFFO, Michele. *La prova* cit., p. 424 (tradução livre).

As fontes de prova são “pessoas ou coisas das quais se pode conseguir a prova (*rectius*, elemento de prova), resultando disso a sua usual classificação em fontes pessoais (testemunhas, vítima, acusado, peritos) e fontes reais (documentos, em sentido amplo)”.<sup>40</sup> Como explica Dinamarco, as fontes de prova “são elementos externos ao processo e possivelmente existem antes dele”, passando a servir ao processo quando “se possam extrair informes úteis ao julgamento”.<sup>41</sup> As fontes, como o próprio nome denota, são a origem dos elementos de prova.

Pelo termo *meio de prova* se designam “os canais de informação de que se serve o juiz. Assim, quando se fala em prova por testemunho ou prova documental, indica-se que a representação do fato foi conseguida por meio do testemunho ou do documento”.<sup>42</sup> Os meios de prova são os meios de que se vale o juiz para fazer ingressar elemento de provas no processo. São variados e, ainda que o Código discipline alguns deles, há inúmeros outros que não estão previstos ou regulados na lei.<sup>43</sup>

Os meios de prova se distinguem, todavia, dos *meios de pesquisa ou de investigação de prova*. Os meios de pesquisa ou de investigação de prova “dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)”.<sup>44</sup> Outro ponto de distinção, segundo Magalhães Gomes Filho, é que

reside na *surpresa* que quase sempre acompanha a realização dos procedimentos de investigação, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova, ao passo que nos meios de prova é rigorosa a obediência ao contraditório, o que supõe tanto o conhecimento como a efetiva participação das partes na sua realização.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas cit., p. 308, destaques do autor.

<sup>41</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III, p. 47, destaque nosso.

<sup>42</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas cit., p. 307.

<sup>43</sup> Faz-se referência a “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos” hábeis a fazer ingressar nos autos de “elemento de prova”, em consonância com o artigo 332 do Código de Processo Civil (BRASIL. Decreto-lei nº 5.869, de 1 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016) e 3º do Código de Processo Penal (BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016) É oportuno atentar para o fato de que o que Código de Processo Penal descreve como “meios de prova” nem sempre se volta à introdução de “elementos de prova” no processo (nesse sentido BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 65, p.175-208, mar./abr., 2007, p.178-180).

<sup>44</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas cit., p. 309.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 309, destaque do autor. E Scarance Fernandes lembra que “o campo dos meios de pesquisa ou de obtenção de prova é amplo, podendo-se, *grosso modo*, englobá-los em quatro grupos: a) os exames, as vistas, as revistas; b) as buscas, as apreensões, os sequestros; c) as interceptações, as escutas, as quebras de sigilo; c) as ações encobertas, a infiltração policial. Esses meios de obtenção de prova distinguem-se dos meios de produção de prova e constituem normalmente providências de natureza cautelar (SCARANCE FERNANDES, Antonio. Provas e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 66, p. 193-236, mai./jun., 2007).

Evidenciados os sentidos do termo “prova” para a doutrina, convém verificar qual (quais) deles é (são) o(s) que se insere(m) no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal.

Desde logo, é essencial ressaltar que não se pretende perquirir aqui a “intenção do legislador” para se alcançar alguma conclusão quanto ao sentido do termo “provas” no referido artigo 5º, inciso LVI. É cediço que norma jurídica “pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador”.<sup>46</sup> Logo, qualquer investigação estaria contaminada com a subjetividade do intérprete à luz do que entende correto ou exato.

Contudo, não se pode ignorar que o exame de outros termos escolhidos pelo legislador para completar o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal poderia auxiliar a compreensão do termo “provas”, em particular, se esses tais termos adicionais tiverem uma definição específica, convencionada.

Nesse ponto, vale destacar que “como a noção de *nulidade*, a de *admissibilidade* (ou, por oposição, de *inadmissibilidade*) está referida à questão da *validade e eficácia* (ou, por antagonismo, da *invalidade e ineficácia*) dos atos processuais”,<sup>47</sup> ou seja, a palavra “inadmissíveis” tem um sentido técnico no Direito.

Quando o legislador usa o termo “inadmissíveis” para se referir às provas ilícitas, aponta para a sua invalidade e ineficácia. Em outras palavras, estabelece que tais provas não podem ser consideradas válidas, nem gerar efeitos no processo. Então, é preciso verificar quais são os efeitos das provas no processo.

Segundo Taruffo, a prova possui diferentes funções, a depender da fase processual observada. Na fase probatória, a prova serve para a verificação das hipóteses formuladas acerca dos fatos e eventual descoberta de novas hipóteses sobre eles.<sup>48</sup> É o que se extrai da seguinte passagem: “se se olha a função da prova *no curso do processo*, constata-se facilmente que ela é um fator ou um *elemento de conhecimento*”.<sup>49</sup> Encerrada a fase probatória, a prova serve como “elemento de

<sup>46</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 8.

<sup>47</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *Direito cit.*, p. 83, destaques do autor.

<sup>48</sup> TARUFFO, Michele. *La prova cit.*, p. 418.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 417 (tradução nossa), destaques do autor. Em relação à passagem de TARUFFO ora destacada, cabem algumas considerações para melhor conformá-la ao processo penal. Isso porque, ao se referir ao “curso do processo” (destaque nosso), Taruffo parece ter como pressuposto o processo civil, em que as provas são trazidas ao conhecimento do magistrado somente na instrução probatória (fase processual). Contudo, no âmbito processual penal, tanto na fase de investigação (antes da fase processual) quanto na instrução probatória (fase processual), as provas são trazidas ao conhecimento do magistrado para que esse tome decisões. Na linha dos ensinamentos de Zanoide de Moraes nas aulas ministradas na Faculdade de Direito do Largo São Francisco e das lições de Saad (SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.176-187 e p.212-229), é possível afirmar que no inquérito policial a prova já desempenha a função de servir como “elemento de conhecimento”. Nesse sentido, note-se, por exemplo, que, quando a autoridade policial representa pela quebra do sigilo bancário do investigado no curso do inquérito policial, o magistrado deve analisar todos os dados até então coligidos nos autos para proferir sua decisão. O mesmo se diga em relação à representação pela prisão temporária, pela busca e apreensão ou por qualquer outra medida passível de ser realizada antes da relação processual ter se iniciado. Logo, no que toca ao âmbito processual

justificação”, para que a hipótese escolhida possa ser explicada como fundamento da decisão. Do ponto de encontro entre esses momentos – isto é, no momento que procede a fase probatória, mas antecede a decisão – capta-se a prova em sua função de *elemento de escolha*.<sup>50</sup> Como “elemento de escolha”, a prova serve a fundamentar racionalmente a decisão do julgador. Apresenta-se a ele como opção lógica de recomposição dos fatos dentre as alternativas possíveis de reformulá-lo.<sup>51</sup>

À luz do exposto no parágrafo antecedente, conclui-se que a primeira função da prova no processo se revela quando essa serve como “elemento de conhecimento”. Deveras, as funções da prova como “elemento de escolha” e “elemento de justificação” são sempre subsequentes e dependentes da primeira. E por que essa conclusão é relevante para a análise da inadmissibilidade processual das provas ilícitas?

Porque aponta para o fato de que a inadmissibilidade, na medida em que refreia os efeitos da prova no processo, impõe que a prova não desempenhe no âmbito desse processo função alguma. Nesse ponto, são oportunas as considerações de Taruffo:

[...] se se observar a função que a prova desenvolve no curso do processo, constata-se facilmente que a prova é um fator ou um elemento de conhecimento que entra em um procedimento complexo, *orientado para a formação de um juízo final relativo à confiabilidade de uma afirmação (ou de um conjunto de afirmações) sobre um fato relevante para a decisão*.<sup>52</sup>

Diante do exposto, observa-se que a expressão adequada a especificar o termo “provas” no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal *não se relaciona à prova como elemento de justificação ou escolha*. Ora, para a prova funcionar como elemento de justificação ou escolha, ela precisa ter funcionado, antes, como elemento de conhecimento. Nessa medida, como inadmitir é impedir *todos* os seus efeitos, a existência da prova como elemento de justificação ou escolha representa já se ter permitido a prova algo que ela não poder fazer: servir como elemento de conhecimento.

Nesse sentido, é descabido falar serem as “provas” uma redução das expressões *resultado de prova* – que denota momento posterior à valoração – ou *inferência probatória* – exato instante da escolha. Nesses momentos, as provas já teriam sido conhecidas, logo, teriam produzido efeitos.

Deve-se coibir que as provas exerçam sua função primeira nos autos: servir como *elemento de conhecimento*, isto é, permitirem a demonstração de hipóteses.

penal, as considerações de Taruffo permanecem válidas, mas o mais correto seria afirmar: “se se olha a função da prova no curso da *persecução penal*, constata-se facilmente que ela é um fator ou um elemento de conhecimento”, porquanto a persecução penal abrange tanto a fase pré-processual quanto a processual. À luz do exposto, ao invés de se referir aqui à prova no curso do “procedimento” ou do “processo”, pareceu mais adequado se referir, genericamente, à “fase probatória”.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 420.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 421.

<sup>52</sup> TARUFFO, Michele. *La Prova* cit., p. 420 (tradução nossa), destaques nossos.

À luz do exposto, de plano, pode-se afastar a expressão *meio de obtenção da prova* como adequada para explicitar o sentido específico do termo *provas* no referido inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal. A referida expressão em nada se aproxima da ideia de demonstração; diz respeito aos meios materiais de captação de provas. Em linha, Magalhães Gomes Filho escreve:

*A admissibilidade da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos; daí sua habitual formulação em termos negativos: inadmissibilidade, proibição de prova, “exclusionary rules”.<sup>53</sup>*

Para Magalhães Gomes Filho, as expressões *elemento de prova* e *meio de prova* são claramente atreladas à (*in*)*admissibilidade*. Contudo, diante da referida passagem do autor, não é possível excluir a relação das *provas* do referido inciso LVI com as *fontes de prova*. Ora, o próprio autor aponta para essa relação quando afirma que o legislador visou evitar “fontes espúrias”.

Podendo os *meios de prova*, os *elementos de prova* e as *fontes de prova* serem inadmissíveis, esse vocábulo *inadmissíveis* parece não mais auxiliar na perquirição do sentido das *provas* no dispositivo constitucional que veda as ilícitas.

Vejamos, assim, a expressão *obtidas por meios ilícitos* à luz do que expõe Grinover: “o tema das provas ilícitas é limitado pelo momento em que se colhe a prova para ser utilizada no processo”,<sup>54</sup> isto é, “a ilegalidade é própria de um ato anterior ou de qualquer maneira não coincidente com aquele da produção em juízo”.<sup>55</sup> A autora aponta para o fato de que, não obstante se tenha previsto para as provas ilícitas a inadmissibilidade – uma sanção processual –, no que concerne à individualização do ato ilícito, o legislador constitucional optou por tratar da colheita da prova.<sup>56</sup>

Nesse sentido, a expressão *meio de prova* é imprópria para definir o termo *provas* no referido inciso LVI. É que a obtenção é momento diverso daquele para o qual os *meios de prova* têm sentido. Com efeito, os *meios de prova* são “instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados *no processo* (produção de prova)”.<sup>57</sup> Nesse momento, a expressão diz respeito a momento não relacionado à colheita da prova.

<sup>53</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *Direito* cit., p. 95, destaques do autor e grifos nosso.

<sup>54</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 137.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>56</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo* cit., p. 48.

<sup>57</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *Notas* cit., p. 305, destaques nossos.

Ademais, vale ressaltar que, por pertencer à Constituição Federal, a vedação das provas ilícitas é “uma regra posta a serviço do princípio que declara as diversas espécies de inviolabilidade previstas no artigo 5º da Constituição: intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, correspondência postal e comunicações em geral”.<sup>58</sup> Nesse sentido, diz respeito à salvaguarda de liberdades públicas, não se relacionado a questões internas do processo.<sup>59</sup> Nessa medida, os meios de prova não deveriam ser protegidos por normas constitucionais, cabendo ao legislador ordinário regular sua admissibilidade.

Contudo, ainda restam dúvidas. Ao se referir à palavra *provas*, no inciso LVI, do seu artigo 5º, a Constituição Federal coíbe os *elementos de prova* ou *fontes de prova*? Magalhães Gomes Filho entende que

a expressão [*provas*] revela, por sinal, outra característica fundamental da atividade probatória, a de que o convencimento judicial resulta (ou deve resultar) de uma pluralidade de informações (*provas*), a partir das quais são realizados procedimentos inferenciais que se chegue a uma conclusão sobre os fatos. É com atenção a isso que se fala em prova inadmissível e prova impertinente ou irrelevante, para indicar os dados que, em virtude de proibição legal ou por motivos lógicos, não podem ou não devem ser levados em consideração pelo juiz. Na verdade, como sublinha Taruffo, essas expressões contêm uma contradição porque tais elementos não constituem verdadeiras provas. Assim, na leitura do art. 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira, devem entender-se inadmissíveis os **elementos de prova** resultantes de atos de *obtenção* praticados com violação de direitos.<sup>60</sup>

Grinover, diversamente, assim se posiciona:

[...] por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, então, a *fonte de prova* colhida, infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, que visam à proteção das liberdades públicas e, especialmente, dos direitos de personalidade, incluindo o direito à intimidade.<sup>61</sup>

Nenhuma das posições parecem, de plano, erradas. Ora, os *elementos de prova* advêm das *fontes de prova*. Daí, poder-se-ia entender que tanto *elementos de prova* quanto *fontes de prova* serviriam a substituir o termo *provas* do inciso LVI do

<sup>58</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal (em face da) constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97.

<sup>59</sup> Esse é justamente o entendimento de Grinover, para quem no referido inciso LVI: “a ilegalidade não concerne a atos ilícitos que se ligam ao problema da veracidade da prova, [...] como essencialmente se verifica em matéria de falsidade processual. Nestes casos, a ilegitimidade seria do ato de admissão ou de produção da prova, a qual tem sua admissão impedida por lei, em juízo” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas* cit., p.137-138). Nesse sentido, ver também: MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *Notas cit.*, p. 307.

<sup>60</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *Notas cit.*, p. 307, destaques do autor, grifos nossos.

<sup>61</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas* cit., p.136-137, grifos nossos.

artigo 5º da Constituição Federal ou, em outras palavras, que o referido dispositivo torna inadmissíveis *elementos de prova* e *fontes de prova*.

Contudo, é preciso um esclarecimento, pois, caso contrário, essa substituição pode, na prática, levar a equívocos.

É que se de uma *fonte* de prova ilícita resultam *elementos* de prova ilícitos, de *elementos* de prova ilícitos não resulta que as respectivas *fontes* de prova eram ilícitas.

Quando se pensa na atividade de investigação antecedente ao processo, os momentos de *obtenção* das “fontes de prova” e dos “elementos de prova” podem ser concomitantes (apreende-se um documento – que é uma fonte de prova – e se obtêm, por conseguinte, os dados impressos nele – elementos de prova) ou diferentes (a testemunha é descoberta, mas ainda não foi ela ouvida). Nota-se que as *fontes* de prova contêm ou delas se extrairão futuramente – seja em declarações prestadas, oportunamente, no âmbito do próprio inquérito seja em depoimento colhido, em juízo – *elementos* de prova.

Nesse sentido,<sup>62</sup> se a obtenção das fontes e elementos de prova é concomitante, as *fontes* de prova são inadmissíveis e, como tal, não podem ser juntadas aos autos do processo. Não podem, por conseguinte, serem valorados os elementos de prova decorrentes dessas fontes ilícitas. É importante atentar para o fato de que, posto que já maculadas, a renovação lícita da obtenção de fontes “outrora” colhidas ilicitamente não tem o condão de permitir possam essas fontes valer. Nesse sentido, em linha com Magalhães Gomes Filho, enquanto

[...] o descumprimento da lei processual puder levar à nulidade do ato de formação da prova e *impor a necessidade de sua renovação*, nos termos do que determina o art. 573 caput do CP. No caso da prova ilícita, diversamente, o ordenamento veda *absolutamente* o seu ingresso no processo e consequente valoração pelo juiz.<sup>63</sup>

Entendemos igualmente que a prova ilícita, diversamente do que ocorre com meios de prova nulos, é irrepetível.

Contudo, é possível que uma “fonte de prova” lícita adentre no processo; mas, no curso dele, cometa-se uma ilegalidade quando da obtenção dos “elementos de prova” (e.g. tortura-se o réu para que confesse o delito).<sup>64</sup> Tal pode se dar, igualmente,

<sup>62</sup> Nesse sentido, ver ZILLI, Marcos. As provas cit., p. 100.

<sup>63</sup> MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 85, v. 18, p.393-410, 2010, p. 399

<sup>64</sup> Vale esclarecer que “[...] As provas constituídas se formam no âmbito do processo, enquanto que as provas pré-constituídas existem fora do processo, em procedimentos extraprocessuais. As provas constituídas, como, por exemplo, aquelas decorrentes de fontes de provas pessoais (por exemplo: vítimas e testemunhas), têm sua produção no curso do próprio processo, exigindo a realização de atividade processuais das partes e do juiz, bem como demandando tempo para sua produção em contraditório. Já as provas pré-constituídas, como os documentos, são simplesmente juntadas aos autos do processo, já tendo sido criadas previamente

ainda no âmbito do inquérito. Nesses casos, tem-se uma “fonte de prova” (testemunha) lícita e “elementos de prova” dela extraídos (declarações) ilícitos, que são inadmissíveis. Ora, a sua obtenção foi ilícita.

Assim, conclui-se que o sentido do termo “provas” do referido inciso LVI do artigo 5º, da Constituição Federal vai depender do momento de obtenção dos elementos de prova.

Se a obtenção se der em momento anterior ao processo (provas pré-constituídas), as “fontes de prova” é que serão inadmissíveis no processo. Nesse sentido, no caso, por exemplo, de um documento obtido ilicitamente, esse não pode, em nenhuma medida, ser reconhecido como válido no processo.

Já a expressão “elementos de prova” é tecnicamente cabível para esclarecer o sentido do termo “provas” do referido inciso LVI, quando se observam as provas *constituendas* – ou seja, quando as fontes de prova têm momento de existência diverso dos elementos que delas se extraem. Desse modo, o juiz somente poderá levar a seu conhecimento “dados brutos” que tenham sido obtidos no âmbito do processo lícitamente.

O que importa observar, de todo modo, é que os “elementos de prova” derivados de fontes ilícitas ou aqueles decorrentes de fontes de prova lícita, mas obtidos ilicitamente no curso do processo são vedados e, logo, *não podem servir à convicção do magistrado*.

#### 4 A vedação das provas ilícitas à luz do desentranhamento e da inutilização dessas provas e a revelação do equívoco na interpretação da imparcialidade

Diante da inadmissibilidade constitucional das provas ilícitas no processo, o juiz não pode permitir a entrada delas nos autos e, por óbvio, o julgamento de fatos à luz dessas provas. Contudo, pode acontecer de as provas ilícitas ingressarem no processo e, somente *a posteriori*, perceber-se sua ilicitude. Como deve então proceder o juiz? Parece claro que deve julgar o processo *sem* essas provas, mas como isso é possível, na prática? Como retomar o *status quo ante*, em que tais provas ilícitas não tinham ingressado nos autos?

O legislador processual penal respondeu a essa segunda pergunta da seguinte forma:

---

e extra-autos. Justamente por isso, o juízo de admissibilidade e o procedimento de produção de tais provas são diversos”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. Disponível em: <<http://badaroadogados.com.br/prova-emprestada-no-processo-penal-e-a-utilizacao-de-elementos-colhidos-em-comissoes-parlamentares-de-inquerito.html>>. Acesso em: 31 jul. 2016.



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

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

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

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

§4º (VETADO).<sup>65</sup>

Com efeito, propôs o desentranhamento e, posteriormente, a inutilização das provas ilícitas ingressas nos autos, como forma de assegurar a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo e impedir um julgamento nelas baseado.

*Note-se que o desentranhamento corresponde à retirada física de um elemento dos autos. Tal entendimento derivada análise de vários diplomas legais que também previram o desentranhamento como providência no processo. Nesse sentido, já o Código de Processo Civil brasileiro de 1939 estabelecia em seu artigo 36 que “[...] Sob nenhum pretexto poderá o advogado reter, além do prazo, os autos recebidos com vista”<sup>66</sup> (caput) e, logo que “o juiz mandará riscar o que neles tiver escrito o procurador retardatário e desentranhar as alegações e documentos oferecidos, se a parte adversa o requerer” (parágrafo primeiro). Em linha, o Código de Processo Penal Militar brasileiro<sup>67</sup> previu em seu artigo 375 que “a correspondência particular, interceptada ou obtida por meios criminosos, não será admitida em juízo, devendo ser desentranhada dos autos se a estes tiver sido junta, para a restituição a seus donos”<sup>68</sup>. Enfim, à luz dos referidos dispositivos legais, o propósito do desentranhamento salta*

<sup>65</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016, destaques nossos.

<sup>66</sup> Ver BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016.

<sup>67</sup> Ver BRASIL. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1002.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016.

<sup>68</sup> Não se pode deixar de mencionar que o artigo 1.215 do Código de Processo Civil de 1939 estipulava que “Art. 1.215. Os autos poderão ser eliminados por incineração, destruição mecânica ou por outro meio adequado, findo o prazo de 5 (cinco) anos, contado da data do arquivamento, publicando-se previamente no órgão oficial e em jornal local, onde houver, aviso aos interessados, com o prazo de 30 (trinta) dias. §1º É lícito, porém, às partes e interessados requerer, às suas expensas, o *desentranhamento* dos documentos que juntaram aos autos, ou a microfilmagem total ou parcial do feito. §2º Se, a juízo da autoridade competente, houver, nos autos, documentos de valor histórico, serão eles recolhidos ao Arquivo Público” (BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939”. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016, destaque nosso).

os olhos. Tem-se por objetivo impedir que o elemento que não poderia ter ingressado nos autos produza os efeitos que quem o trouxe ao processo almejava: servir à demonstração de fatos (*rectius* alegações sobre fatos).<sup>69</sup>

A inutilização prevista no artigo 157 do Código de Processo Penal, por sua vez, corresponde, no Brasil, à destruição da prova ilícita.<sup>70</sup> Tal fica claro, por exemplo, da leitura do artigo 124 do Código de Processo Penal, que prevê igualmente a inutilização: “os instrumentos do crime [...] serão inutilizados ou *recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação*”.<sup>71</sup>

À luz do exposto em relação ao desentranhamento e à inutilização das provas ilícitas, revela-se a insuficiência do quanto previsto pelo legislador processual penal para assegurar a vedação constitucional das provas ilícitas. Revela-se, enfim, a inconstitucionalidade do referido artigo 157, na medida em que do desentranhamento e da inutilização das provas ilícitas nele previsto resulta a *admissibilidade dessas provas no processo*, em linha frontalmente oposta ao que determina a Constituição Federal.

<sup>69</sup> Em linha, na jurisprudência brasileira, o desentranhamento já aparecia antes da edição da Lei nº 11.690 em 10 de junho de 2008, que o inseriu no artigo 157 do Código de Processo Penal, inclusive em relação às provas reputadas ilícitas. Nesse sentido, faz-se referência ao Recurso Extraordinário nº 100.094 do Supremo Tribunal Federal, julgado em 28 de junho de 1984 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 100.094-5/PR, relatoria do Ministro Rafael Mayer, 1ª Turma, julgado em 29 jun. 1984 e publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 24 ago. 1984). Tal recurso foi provido à luz das seguintes lições de Grinover: “toda vez que uma prova for colhida em desrespeito a princípios constitucionais, expressos ou implícitos, no que concerne à tutela de direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo [...]” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 166). Determinou-se o desentranhamento dos autos de fita cassete contendo conversas de um litigante e usada pela parte contrária para demonstrar a falsidade de afirmações feitas em juízo. Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Inquérito 731/DF, relatoria do Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, julgado em 22 mai. 1996 e publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 7 jun. 1996.

<sup>70</sup> Nesse sentido, é importante constatar que a inutilização do Código de Processo Penal brasileiro se distancia da *inutilizzabilità* do Código de Processo Penal italiano. O termo “*inutilizzabilità*” tem um sentido muito mais abstrato e amplo que a inutilização. Como esclarece Tonini (TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Tradução de Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 76), a *inutilizzabilità* é uma sanção processual que fulmina a prova de seus efeitos (a prova inutilizada é ineficaz, ou seja, não poderá atingir seu objetivo de servir ao convencimento do julgador). A *inutilizzabilità*, portanto, refere-se ao valor probatório da prova proibida. É o que também observa Queijo: “O termo “*inutilizzabilità*” é adotado no Direito italiano para indicar o vício que pode atingir um ato ou documento e também o regime jurídico ao qual o ato viciado fica submetido, ou seja, não pode constituir fundamento de uma decisão judicial (conforme TONINI, Paolo. *La Prova Penale*. 3. ed. Pádua: CEDAM, 1999, p. 36). A inutilização da prova declarada inadmissível referida no §3º do art. 157, com a redação da Lei n. 11.690/2008, entretanto, apresenta sentido diverso, tratando-se, em nosso entendimento, de inutilização material. Não constitui, pois, sanção processual” (QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 188, p. 18-20, jun. 2008, p. 19. Disponível em: <[http://ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/3689-0-tratamento-da-prova-ilcita-na-reforma-processual-penal](http://ibccrim.org.br/boletim_artigo/3689-0-tratamento-da-prova-ilcita-na-reforma-processual-penal)>. Acesso em: 31 jul. 2016). Destaque-se, ainda, a seguinte passagem de Costa e Delgado: “A L. 11.690/08, reformando o CPP, também apresentou uma inovação no §3º do art. 157. Conforme o dispositivo, o juiz, declarando inadmissível uma prova, por ser ilícita, determinará não só que ela seja desentranhada dos autos como também que seja inutilizada (isto é, destruída, incinerada etc.)” (COSTA, Werton Magalhães; DELGADO, Yordan Moreira. *Comentários à Reforma do Código de Processo Penal e Lei de Trânsito*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 18).

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016, destaque nosso.

<sup>71</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016, destaque nosso.

Ora, não obstante o desentranhamento tenha por objetivo “impedir que o elemento que não poderia ter ingressado nos autos produza os efeitos que quem o trouxe ao processo almejava: servir à demonstração de fatos”, como se salientou acima, esse propósito não é alcançado em relação às provas ilícitas.

É que, diversamente, do que ocorre geralmente em relação às alegações e documentos extemporaneamente apresentados por uma das partes, por exemplo (vide considerações acima quanto ao artigo 36 do Código de Processo Civil de 1939), *a prova ilícita não é usualmente desentranhada antes do conhecimento do seu conteúdo pelo magistrado* (até porque o reconhecimento de sua ilicitude, não raro, dá-se por meio do conhecimento desse conteúdo). Outrossim, as provas ilícitas são vedadas por uma razão axiológica e não lógica. Desse modo, *elas podem bem servir a demonstrar de forma clara e precisa uma hipótese sobre os fatos* e, diversamente do que ocorre, por exemplo, com documentos falsos (que também se determina na lei devam ser desentranhados<sup>72</sup>), *elas podem estar intocadas*.<sup>73</sup> Assim, a retirada física da prova ilícita dos autos pode ocorrer (e, usualmente, ocorrerá) *após* o conhecimento de conteúdo verdadeiro e hábil a demonstrar uma hipótese sobre os fatos.

Nesse sentido, pressupor que um julgador – cuja função requer a análise de provas para verificar quais delas melhor demonstram os fatos – poderá esquecer uma prova que demonstre clara e logicamente os fatos que precisa julgar, porque a Constituição Federal a veda é ignorar a natureza humana.<sup>74</sup> Atribuir-lhe essa

<sup>72</sup> Nesse sentido, a título ilustrativo, registre-se que o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016) e o Código de Processo Penal Militar (Ver BRASIL. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1002.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016) previram, respectivamente, em seus artigos 145 e 163, alínea “d”, que um documento reconhecido como falso deve ser desentranhado dos autos.

<sup>73</sup> Reitere-se que as provas ilícitas são vedadas, porque afrontam direitos fundamentais caros aos cidadãos, outrora acoitados quando do exercício indiscriminado do *ius puniendi*, preferindo-se então limitar a busca da verdade a ter uma decisão desumana, ilegítima, ilícita.

<sup>74</sup> Nesse sentido, são oportunas as considerações de FREUD é: “[...] Desde que superamos o erro de achar que nosso habitual esquecimento significa uma destruição do traço mnemônico, tendemos à suposição contrária de que na vida psíquica nada que uma vez se formou pode acabar, de que tudo é preservado de alguma maneira e pode ser trazido novamente à luz em circunstâncias adequadas, mediante uma regressão de largo alcance, por exemplo. Tomemos como exemplo a evolução da Cidade Eterna. Os historiadores ensinam que a mais antiga Roma foi a Roma quadrata, um povoamento rodeado de cerca no monte Palatino. Seguiu-se então a fase do Septimontium, uma federação das colônias sobre os respectivos montes, depois a cidade que foi cercada pelo muro de Sêrvio Túlio, e ainda mais tarde, após todas as transformações do tempo da república e dos primeiros césares, a cidade que o imperador Aureliano encerrou com seus muros. Não acompanharemos mais as mudanças sofridas pela cidade. [...] Nesses lugares há ruínas atualmente, não das construções mesmas, porém, e sim de restaurações de épocas posteriores, feitas após incêndios e destruições. Não é preciso dizer que esses resíduos todos da antiga Roma se acham dispersos no emaranhado de uma metrópole surgida nos últimos séculos, a partir da Renascença. Seguramente, ainda muita coisa antiga se acha enterrada no solo da cidade ou sob as construções modernas. É assim que para nós se preserva o passado, em sítios históricos como Roma” (FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à Psicanálise e outros textos*. Tradução de Paulo César de Souza. Obras Completas, v. XVIII, São Paulo: Cia das Letras, 2010, p.20-23).

capacidade, por sua vez, é fazer viva a perversa visão de que juízes teriam aptidões quase que sobrenaturais<sup>75</sup> – visão essa que, vale lembrar, atuou para a dominação da maior parte da população pela menor, mas mais poderosa parte dela, no triste “passado” inquisitório.<sup>76</sup> Nesse ponto, é oportuno mencionar as seguintes considerações favoráveis ao veto do parágrafo 4º do referido artigo 157, o qual previa o afastamento do julgador,<sup>77</sup> como forma de permitir, *junto com o desentranhamento e inutilização das provas ilícitas*, a concretização da inadmissibilidade das provas ilícitas no âmbito do processo penal:

Estabelece o §4º referido que “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. O pressuposto é o de que referido magistrado possa ficar contaminado pelo conteúdo do que viu a título de prova ilícita, quebrando sua imparcialidade. Não vejo dessa maneira. Em primeiro lugar, porque o projeto não altera a incidência do princípio do livre convencimento fundamentado, pelo qual o juiz, apesar de ter liberdade na apreciação da prova e na formação de sua convicção, deve, para tanto, externar as razões que o levam às respectivas conclusões na parte de fundamentação da sentença. *E, em segundo, a proposta do §4º parte de equivocada premissa de que o magistrado se deixará influenciar pela ilicitude probatória com*

<sup>75</sup> Nesse ponto, citam-se as considerações feitas no seguinte artigo: “vale sempre lembrar que o Poder Judiciário, bem como o Executivo e o Legislativo, são reflexo da sociedade em que estão inseridos. Não foram trazidos por civilizações extraterrestres dotadas de consciência superior, mas saíram do mesmo tecido social. Em suma, podem ser preconceituosos, superficiais e ignorantes como todos nós. *Estamos acostumamos a criticar prefeitos, governadores, presidentes, vereadores, deputados e senadores mas, não raro, poupamos juízes, desembargadores e ministros.* Fascinante que uma das consequências de atribuir sabedoria sobrenatural à toga é de que o Judiciário, por falta de pressão e controle externos, é o menos transparente dos poderes” (SAKAMOTO, Leonardo. *Toga de juiz não é capa de super-herói. Sim, eles também falam bobagem*. Disponível em: <<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2014/08/06/toga-de-juiz-nao-e-capa-super-heroi-sim-eles-tambem-falam-bobagem/>>. Acesso em: 31 jul. 2016).

<sup>76</sup> Nesse sentido: “[...] Os especialistas, os doutos, capacitados, em geral, após a diplomação universitária, formarão a castas dos ‘mestres’, dignados pela Instituição para manter a submissão e o enigma da lei; e como reconhecidos pretensamente têm as chaves, são venerados. Por isso Warat sustenta que o jurisdicção nos faz viver sua visão de mundo (centrada na lei) como absoluta e nos mostra algo desse universo de verdades absolutas contidas na lei, ocultando o resto como condição inquebrantável do poder da glosa” (DA ROSA, Alexandre de Moraes. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006. p. 30). No mesmo sentido, Prado afirma que “quando se torna juiz um homem deixa de ser o que era e passa a ser o representante de uma unção eterna [...]. As pessoas percebem que estão diante de uma personalidade mitológica’. Quando o magistrado põe as vestes talaes, ele entra no arquétipo” (PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. 5. ed., Campinas: Millennium Editora, 2010. p. 37). Ver ainda considerações sobre o mito da neutralidade do julgador. Recomenda-se CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria* cit., p. 557 e LOPES JÚNIOR, Aury. Juízes inquisidores e paranóicos: uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.11, n. 127, junho de 2003.

<sup>77</sup> O texto proposto foi o seguinte: “§4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão” (BRASIL. Projeto de Lei nº 4.205/2011-B de 2011. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=487314&filename=Tramitacao-PL+4205/2001](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=487314&filename=Tramitacao-PL+4205/2001)>. Acesso em: 31 jul. 2016, destaques nossos). Na Câmara dos Deputados, o referido texto foi alterado para o que segue: “§4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Apesar de feitas sugestões de emenda para o referido dispositivo, essas foram rejeitadas *in totum*, já que tal dispositivo já tinha sido amplamente discutido na Câmara dos Deputados. Submetido o texto ao então Presidente Lula, ele vetou o parágrafo 4º. Ver trâmite em <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11208.pdf>>. Acesso em 31 jul. 2016.

*a qual manteve contato. Ora, o magistrado é profissional da mais alta qualificação técnica, recrutado de maneira extremamente rigorosa entre os melhores operadores do Direito, sendo absolutamente inaceitável o pressuposto de que atente contra os princípios mais elementares de sua função. Ao ingressar na carreira, compromete-se em honrar a Constituição e as leis, não sendo crível que se deixe levar por fatores atentatórios à ordem jurídica, em especial à regularidade processual, ainda mais quando, para decidir, como dito, precisa detalhar os motivos que levaram sua decisão a determinado sentido. Por tais motivos, entendo que a supressão do referido §4º é medida absolutamente necessária para que continue a ser preservado o princípio da confiança no magistrado, que somente pode ser desprezado excepcionalmente e diante de fator de natureza subjetiva, que o vincule a algum interesse direto ou indireto sobre a causa, o que – e apenas isso – tem sido a tradição para gerar impedimentos, incompatibilidades ou suspeitas de parcialidade.<sup>78</sup>*

Juízes são seres humanos e, como tais, serão influenciados em seus atos e decisões por tudo que experienciaram ao longo da sua vida. O dever de imparcialidade não manda que assim seja. Aliás, a expectativa de que se desvinculem de seus universos subjetivos para realizarem julgamentos puramente racionais corresponde ao ideal de neutralidade já superado, e que, bem por essa superação, não há de se confundir com a exigência de que sejam imparciais.<sup>79</sup> Com efeito, a imparcialidade pressupõe que os juízes extraíam os fundamentos de suas decisões das leis e da análise lógica de elementos de prova lícitos, o que, obviamente, não pode ocorrer se o juiz tiver interesses na causa ou afeição em relação a qualquer das partes.

Daí se afirmar que o desentranhamento da prova ilícita, na medida em que não extrai essa prova do universo cognitivo do magistrado, impõe-lhe uma tarefa impossível, revelando, outrossim, um equívoco quanto o conceito de imparcialidade.

O mesmo se diga em relação à inutilização das provas ilícitas. Ora, tal medida – que, vale atentar, ocorre somente depois do desentranhamento inábil a resolver a questão do conhecimento do conteúdo das provas ilícitas pelo julgador – não é capaz, sozinha, de garantir que as provas ilícitas não sejam admitidas no processo. Deveras,

<sup>78</sup> Diário do Senado Federal nº 194 publicado em 29 nov. 2007, página 42205. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=29/11/2007&paginaDireta=42204>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

<sup>79</sup> Nesse sentido, valem as seguintes considerações: “[...] Nas lições de Coutinho, durante certa quadra histórica, acreditou-se que era possível ao homem, enquanto sujeito cognoscente, anular-se completamente nas relações de conhecimento. Com isso, procurava-se obter um tipo de saber que não estivesse eivado de qualquer imperfeição humana. O positivismo e o paradigma científico cartesiano retratam essa perfeição do passado, mas que ainda hoje produz efeitos concretos na teoria do conhecimento. Ainda com base nos ensinamentos de Coutinho, a busca da neutralidade do sujeito, a ser utilizada na apreensão do objeto e que seria alcançável sempre através de um método, possuía três motivos determinantes: a crença em uma razão com validade universal, que servisse de paradigma para todos; a necessidade de legitimar o discurso do Estado moderno, igual para todos; e a urgência de ocultar o funcionamento ideológico do Estado, pois, ao contrário do discurso oficial, os interesses do Estado não eram de todos” (MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56).

se o juiz já conheceu o conteúdo dessas provas, poderia se valer do que conheceu para julgar, ainda que de forma velada, de modo que a destruição física das provas não teria efeito algum perante esse juiz.<sup>80</sup>

## Conclusão: o que significa prever que uma prova ilícita é inadmissível?

À luz do exposto, dizer que uma prova ilícita é inadmissível significa impedir que sirva como elemento de conhecimento e, logo, que possa ser valorada.

Nesse sentido, caso uma prova tenha ingressado nos autos e, apenas posteriormente se reconheceu sua ilicitude, de modo que o julgador conheceu seu conteúdo, faz-se necessário alterar o julgador. Desse modo, o texto proposto para o parágrafo 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal merece elogios.<sup>81</sup> Considerando, todavia, seu veto, deve-se aplicar o artigo 252 do Código de Processo Penal – que prevê, de forma exemplificativa, *algumas* situações de impedimento do magistrado – e manejar a competente exceção de impedimento.<sup>82</sup> É possível, ainda, que o juiz reconheça sua incapacidade de desconsiderar a prova ilícita no seu julgamento, afastando-se com base no artigo 112 do Código de Processo Penal. Há de se salientar, ainda, que as decisões de um juiz que teve contato com a prova ilícita devem ser havidas como nulas, não podendo produzir quaisquer efeitos no mundo jurídico. Como explicam Lopes Júnior e Flávio Gomes, respectivamente:

[...] a decisão deve ser anulada, ainda que sequer mencione a prova ilícita, pois não há nenhuma garantia de que a convicção foi formada (exclusivamente) a partir do material probatório válido. A garantia da

<sup>80</sup> Ainda que a passagem do tempo entre a destruição da prova ilícita e a decisão judicial favoreça a inadmissibilidade das provas ilícitas, é temerário afirmar que tal prova foi desconsiderada. Com efeito, na medida em que o julgador a conheceu pode valorá-la, ainda que não identifique plenamente os fundamentos de sua decisão. Nesse sentido, recomenda-se DAMASIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e George Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 205 e 206. Recomenda-se, ainda, FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à Psicanálise e outros textos*. Tradução de Paulo César de Souza. Obras Completas, v. XVIII, São Paulo: Cia das Letras, 2010, p.20-23.

<sup>81</sup> O texto proposto foi o seguinte: “§4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão” (BRASIL. Projeto de Lei nº 4.205/2011-B de 2011. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=487314&filename=Tramitacao-PL+4205/2001](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=487314&filename=Tramitacao-PL+4205/2001)>. Acesso em: 31 jul. 2016, destaques nossos). Na Câmara dos Deputados, o referido texto foi alterado para o que segue: “§4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Apesar de feitas sugestões de emenda para o referido dispositivo, essas foram rejeitadas *in totum*, já que tal dispositivo já tinha sido amplamente discutido na Câmara dos Deputados. Submetido o texto ao então Presidente Lula, ele vetou o parágrafo 4º. Ver trâmite em <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11208.pdf>>. Acesso em 31 jul. 2016.

<sup>82</sup> Tal exceção vem expressa no artigo 312 do Código de Processo Civil (BRASIL. Decreto-lei nº 5.869, de 1 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016) e, à luz do artigo 252 do Código de Processo Penal, é aceita no âmbito processual penal, ainda que não referida expressamente no rol do artigo 95 do Código de Processo Penal.

jurisdição vai muito além da mera presença de um juiz (natural, imparcial, etc.): ela está relacionada com a qualidade da jurisdição. A garantia de que alguém será julgado somente a partir da prova judicializada (nada de condenações com base nos atos de investigação do inquérito policial) e com plena observância de todas as regras do devido processo penal.<sup>83</sup>

*todo processo que contenha uma prova ilícita deve ser anulado, total ou parcialmente. Caso já tenha sentença, esta também deve ser anulada. Sempre.* Em seguida, desentranha-se dos autos a prova ilícita, que será devidamente inutilizada. O ato seguinte consiste em refazer o processo ou proferir uma nova sentença, *não se admitindo a participação do juiz (anteriormente) contaminado, sob pena de gravíssima violação da garantia do juiz imparcial, contemplada no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (cf. nossos comentários sobre o tema, v. 4, São Paulo: RT, 2008).<sup>84</sup>

No que toca a eventuais reclamos no sentido da dificuldade de operacionalização do afastamento do julgador que teve contato com provas ilícitas, não se entende como esses poderiam servir a justificar o descabimento de tal afastamento. Ora, primeiramente, porque se está diante de uma garantia constitucional que deve ser assegurada. Segundo, porque não se trata de “qualquer” norma constitucional; a vedação constitucional das provas ilícitas é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito e, como tal, deve ser assegurada para a integridade do sistema jurídico brasileiro. Como se isso não fosse o bastante, há na lei outras situações de afastamento do magistrado, podendo-se valer, por analogia, de soluções já existentes. Finalmente, porque muitas dessas “dificuldades” resolver-se-iam com a mera modificação de organização judiciária de Regimentos Internos. Nesse sentido, vejamos as considerações de Borges de Mendonça:

O §4º, segundo dissemos, acabou por ser vetado. Entendemos que o dispositivo, tal qual fora redigido, traria sérios problemas à administração da Justiça e, por isto, concordamos com o veto. Veja que, pelo dispositivo vetado, se o juiz tivesse tomado conhecimento da prova ilícita e, desde logo, indeferisse a sua juntada, já estaria impedido de julgar. Da mesma forma, o problema se agrava nos Tribunais: se o desembargador determinasse o desentranhamento da prova, ficaria impedido de julgar? E, posteriormente, no STF, se algum Ministro tomasse conhecimento da prova ilícita, não poderia mais julgar?<sup>85</sup>

<sup>83</sup> LOPES JÚNIOR, Aury: *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 278, destaques nossos.

<sup>84</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo*. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/67891/prova-ilicita-juiz-contaminado-e-o-direito-penal-do-inimigo-luiz-flavio-gomes>>. Acesso em: 31 de jul. 2016, destaques nossos.

<sup>85</sup> BORGES DE MENDONÇA, Andrey. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p.174-175.

A afirmação de que o juiz ficaria impedido *logo que tivesse conhecido* a prova ilícita não deveria causar perplexidade. Se a prova ilícita é vedada, por que o juiz deveria conhecer seu conteúdo? Ora, a Constituição Federal reza serem “*inamissíveis no processo* as provas obtidas por meios ilícitos” e, logo, é obvio que assim que tal ilicitude vier a lume, as provas devem ser desconsideradas. Em linha, a resposta de que os desembargadores e ministros não poderiam mais julgar o processo não é nenhuma novidade. São eles julgadores e, desse modo, não podem admitir uma prova ilícita vedada pelo constituinte. Não entendemos, aliás, como a situação relatada por Borges de Mendonça em relação aos julgadores de segundo grau difere daquela narrada abaixo, em que o mesmo autor reconhece defeso ao magistrado de primeira instância julgar.

A lei deveria ter tratado apenas daquela hipótese em que o magistrado profere sentença, levando em consideração a prova produzida ilicitamente, e, em razão da decisão posterior de um Tribunal, a prova é reputada ilícita, anulando-se a sentença. Poderia o mesmo juiz que teve a sentença anulada julgar novamente, mesmo sem a prova ilícita nos autos? Neste contexto, realmente, entendemos que seria necessário que outro juiz proferisse a sentença, para evitar que o segundo julgamento fosse ‘contaminado’ pelo primeiro. E esta situação não encontra solução no ordenamento atual, por falta de previsão legal, a não ser que o próprio magistrado se declare suspeito por motivo de foro íntimo.<sup>86</sup>

Enfim, o que nos parece esteja por detrás dos argumentos contra o veto do §4º do artigo 157 do Código de Processo Penal é a dificuldade de *operacionalizar* o afastamento do julgador quando o Tribunal é competente para julgar o caso *originariamente*.<sup>87</sup>

No que toca à dificuldade de operacionalizar o afastamento do magistrado que teve contato com a prova ilícita quando o reconhecimento da ilicitude se der nos tribunais em julgamento originário,<sup>88</sup> essa não parece trazer muitos problemas. Bastaria o afastamento do Relator contaminado ou, se todos os componentes da Câmara ou Turma estiverem contaminados, que os autos fossem, após o desentranhamento da prova, redistribuídos a outra Câmara ou Turma. Já no que se refere à possibilidade de reconhecimento da ilicitude da prova no Plenário do Supremo Tribunal Federal, a questão poderia ser facilmente resolvida com uma alteração nas normas internas da

<sup>86</sup> BORGES DE MENDONÇA, Andrey. *Nova cit.*, p. 175.

<sup>87</sup> Ver artigos, 96, III, 102, I, 105, I, 108, I da Constituição Federal. BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016

<sup>88</sup> Pode-se aqui imaginar, igualmente, o caso de a prova ilícita ter sido “remetida, por cópia, a todos os membros de uma turma ou Tribunal” (BALTAZAR JÚNIOR, Paulo. A sentença penal de acordo com as Leis da Reforma. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Reformas no Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 268).



Corte Suprema. Poder-se-ia, por exemplo, prever no Regimento Interno que as ações originárias seriam, primeiramente, analisadas por alguns Ministros da Corte (como, por exemplo, os Ministros mais antigos), a fim de que verificassem a ilicitude de provas. Em assim sendo, desentranhar-se-ia a prova ilícita, inutilizando-a, como reza o parágrafo terceiro do artigo 157 do Código de Processo Penal, e, posteriormente, remeter-se-ia os autos aos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal para apreciação.<sup>89</sup> A excepcionalidade da situação, contudo, não justifica o veto do parágrafo 4º do referido artigo 157. De todo modo, à luz do exposto, trata-se de uma mera questão de organização judiciária, passível de solução com uma pontual alteração do Regimento Interno do Supremo.

Ainda, deve-se tratar de processos em trâmite em Comarcas pequenas. Em relação às provas ilícitas, não haveria diferença alguma do que já ocorre no caso de suspeição e impedimento. Nesse sentido, prevê-se que “no impedimento ocasional do Juiz de Foro Distrital de Vara única, a substituição recairá em um dos Juízes da Comarca-sede”.<sup>90</sup> Não obstante se perca em celeridade, a preocupação com a eficiência não justifica a afronta a um direito fundamental.

Finalmente, a situação da prova ilícita revelada na mídia – tal como recentemente ocorreu em relação às gravações referidas no item 1 desse artigo – não deve justificar o abandono da busca de uma solução para as provas ilícitas como um todo. A uma, porque não se pode colocar nas provas ilícitas o peso de outras afrontas a direitos fundamentais (como o dever de sigilo e a impossibilidade de terceiro acessarem informações e provas ante ao segredo de justiça de alguns processos) não coibidas ou sancionadas adequadamente. A duas, porque os processos que interessam à mídia são poucos perto dos que diuturnamente se lançam nos órgãos do Judiciário e podem ser instruídos e decididos com base em provas ilícitas, caso não se preveja mecanismos eficazes a concretizar a inadmissibilidade dessas provas. Assim, ao invés de se procurar demonstrar que uma *ilegalidade excepcional* aponta para o fato de que uma solução não é efetiva para todos os casos (o que, aliás, é esperado), a preocupação da doutrina deveria ser encontrar uma solução efetiva para que na maior e mais comum parcela dos casos a prova seja inadmitida. Seja como for, nos casos em que o afastamento do juiz se demonstre inútil, desentranha-se a prova ilícita e se julgam os autos sem essa prova fisicamente. É a melhor situação possível. Ora, haja vista a indevida divulgação da prova (aliás, ao que tudo indica reconhecida pelo

<sup>89</sup> Em linha, o Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Maurício Zanoide de Moraes, em suas aulas de graduação e pós-graduação faz referência a essa possibilidade de modificação do Regimento Interno das Cortes Superiores como forma de nelas materializar a inadmissibilidade processual das provas ilícitas.

<sup>90</sup> Ver artigo primeiro, parágrafo primeiro do Provimento nº 1870 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI130075,91041-Provimento+publicado+ontem+disciplina+suspeicao+e+impedimento+em>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

próprio juiz Sérgio Moro, na resposta ao pedido de informações feito pelo Supremo Tribunal Federal), não estaria plenamente garantida a vedação às provas ilícitas. Mas a questão que agora fica é: o que vamos fazer com os outros milhões de casos que não envolvem Dilmás e Lulas?

---

#### **What Does it Mean to Say that the Illicit Evidence is Inadmissible?**

**Abstract:** This article refers to the inadmissibility of the illicit evidence in criminal proceedings. Initially, it presents the uncommon normality with which we admit the illicit evidence in Brazil, despite its constitutional prohibition. Later, it analyzes the terms of Article 5, paragraph LVI, of the Brazilian Federal Constitution, in order to clarify what is the meaning of this inadmissibility. Finally, it demonstrates that such constitutional provision is not protected today by means of the mechanisms established in Article 157 of the Brazilian Code of Criminal Procedure, which aims to regulate such constitutional provision (i.e. the suppression and destruction of illicit evidence) and, accordingly, we propose some solutions to protect the important prohibition of illegal evidence embraced by Brazilian law.

**Keywords:** Illicit evidence. Impartiality. Exclusion of the illicit evidence. Decontamination of the decision.

**Resumen:** Este artículo trata sobre la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas en el proceso. Destaca, inicialmente, la extraña normalidad con la que convivimos con las pruebas ilícitas en Brasil, a pesar de su prohibición constitucional. Posteriormente, analiza los términos constantes del artículo 5º, inciso LVI, de la Constitución Federal brasileña, con el propósito de aclarar cuál es el sentido de esa inadmisibilidad. Demuestra, finalmente, que la referente norma constitucional no está hoy en día al amparo de los mecanismos previstos en el artículo 157 del Código de Proceso Penal brasileño que rigen su regularización (i.e. el retraimiento y la inutilización de las pruebas ilícitas) y, en ese sentido, se proponen algunas soluciones para asegurar la importante inhabilitación de las pruebas ilícitas abrazadas por el ordenamiento jurídico brasileño.

**Palabras clave:** Pruebas ilícitas. Imparcialidad. Exclusión de las pruebas ilícitas. Descontaminación de la decisión.

---

## Referências

AFONSO DA SILVA, José. Curso de *direito constitucional positivo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, t. I, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito*. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/prova-emprestada-no-processo-penal-e-a-utilizacao-de-elementos-colhidos-em-comissoes-parlamentares-de-inquerito.html>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 65, p.175-208, mar./abr., 2007.
- BALTAZAR JÚNIOR, Paulo. A sentença penal de acordo com as Leis da Reforma. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Reformas no Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BORGES DE MENDONÇA, Andrey. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.
- CAPPI, Antonio. *Lógica: os caminhos da razão*. Goiânia: Hegaprint, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal (em face da) constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2010.
- COSTA, Werton Magalhães; DELGADO, Yordan Moreira. *Comentários à Reforma do Código de Processo Penal e Lei de Trânsito*. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- DA ROSA, Alexandre de Moraes. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III.
- FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à Psicanálise e outros textos*. Tradução de Paulo César de Souza. Obras Completas, v. XVIII, São Paulo: Cia das Letras, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo*. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/67891/prova-ilicita-juiz-contaminado-e-o-direito-penal-do-inimigo-luiz-flavio-gomes>>. Acesso em: 31 de jul. 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- KEIRR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: ALMEIDA, José Raul Gavião; SCARANCA FERNANDES, Antonio; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Coord.). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n.80, p. 119-149, 2009.
- LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ejea, t. II, 1963.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Juízes inquisidores e paranóicos: uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.11, n. 127, junho de 2003.

- LOPES JÚNIOR, Aury: *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, v. 18, p. 393-410, 2010.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas sobre Terminologia da Prova (Reflexos no Processo Penal Brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, p. 303-318, 2005.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MENDES DE ALMEIDA, Canuto. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- NORES, José I. Cafferata. *La prueba en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992.
- PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; MARTINS, Rui Cunha; PRADO, Geraldo. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. 5. ed., Campinas: Millennium Editora, 2010.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 188, p. 18-20, jun. 2008. Disponível em: <[http://ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/3689-O-tratamento-da-prova-ilcita-na-reforma-processual-penal](http://ibccrim.org.br/boletim_artigo/3689-O-tratamento-da-prova-ilcita-na-reforma-processual-penal)>. Acesso em: 31 jul. 2016.
- RAZ, Joseph. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975.
- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SAKAMOTO, Leonardo. *Toga de juiz não é capa de super-herói. Sim, eles também falam bobagem*. Disponível em: <<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2014/08/06/toga-de-juiz-nao-e-cap-a-super-heroi-sim-eles-tambem-falam-bobagem/>>. Acesso em: 31 jul. 2016.
- SCARANCA FERNANDES, Antonio. Provas e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 66, p. 193-236, mai./jun., 2007.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1992.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Coord.). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). *Proibições probatórias no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

### Dicionários online

MICHAELIS – Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=prova>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

### Legislação

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1002.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.869, de 1 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2016.

### Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Inquérito 731/DF, relatoria do Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, julgado em 22 mai. 1996 e publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 7 jun. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 23457, relatoria do Ministro Teoria Zavascki, julgado em 13 jun. 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000531028&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 100.094-5/PR, relatoria do Ministro Rafael Mayer, 1ª Turma, julgado em 29 jun. 1984 e publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 24 ago. 1984.

### Sítios da Internet

MIGALHAS. Provimento publicado ontem disciplina suspeição e impedimento em primeira instância. <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI130075,91041-Provimento+publicado+ontem+disciplina+suspeicao+e+impedimento+em>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal nº 194 publicado em 29 nov. 2007, página 42205. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=29/11/2007&paginaDireta=42204>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

SENADO FEDERAL. Emenda nº 02 ao Projeto de Lei da Câmara nº 37/2007 <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11208.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Adriana Almeida de. O que significa dizer que a prova ilícita é inadmissível?. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 145-173, jul./dez. 2016.

---

Autor convidado