

**A IMUNIDADE DO JUIZ DIANTE DA PROVA ILÍCITA: EXAME DO ART. 157, §
5º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO¹**

***JUDGES IMMUNITY IN FACE OF THE ILLICIT EVIDENCE: ANALYSIS OF
ARTICLE 157, § 5º OF THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE***

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Titular na Faculdade de Direito da UERJ.
Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Rio de
Janeiro/RJ. E-mail: humbertodalla@gmail.com

Rafael Estrela Nóbrega

Mestre e Doutorando em Direito na UERJ. Juiz de Direito no
Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo avaliar a constitucionalidade do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal Brasileiro, introduzido pela Lei 13.964/2019. Nesse sentido, através de uma análise crítica acerca da prova ilícita no processo penal, passa-se à avaliação de seus impactos na condução do processo, bem como na consecução da sentença penal e formação do convencimento do julgador. O artigo acrescenta debate pragmático sobre a ampliação de causas de suspeição e seus impactos na rotina do Judiciário nacional, sobretudo em defesa da imparcialidade e da melhor formação da verdade processual para o exercício do poder punitivo estatal.

PALAVRAS-CHAVE: imparcialidade; controle judicial; prova ilícita; processo penal; decisão.

ABSTRACT: This article aims to assess the constitutionality of article 157, paragraph 5, of the Brazilian Criminal Procedure Code, introduced by Law 13.964/2019. In this sense, through a critical analysis of the illicit evidence in the criminal proceeding, we proceed to

¹ Artigo recebido em 22/04/2021 e aprovado em 19/07/2021.

the evaluation of its impacts in the conduct of the process, as well as in the execution of the criminal sentence and the formation of the judge's conviction. This article adds a pragmatic debate about the expansion of causes of suspicion and its impacts on the routine of the national Judiciary, especially in defense of impartiality and the better formation of procedural truth for the exercise of state punitive power.

KEYWORDS: impartiality; judicial control; illicit evidence; criminal proceedings; decision.

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais. 2. A descontaminação do julgador. 3. Prova ilícita no processo penal. 4. A imparcialidade como vetor constitucional e legítimo de democratização das decisões judiciais 5. O contato com a prova ilícita é suficiente para desconstituir a imparcialidade do julgador? 6. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. Considerações Iniciais

A Lei 13.964/2019 foi promulgada em um período turbulento da democracia brasileira. A Lei, denominada pacote anticrime, promoveu diversas alterações na legislação penal e processual penal. Algumas muito celebradas, porque representaram atualização à normativa penal que já se encontrava obsoleta. Outras, contudo, apontaram apenas a força para se frear a persecução penal de combate à corrupção e aos crimes contra o sistema financeiro.

Não se pode negar que o Brasil vem atravessando um período conturbado com graves crises entre os poderes constituídos que, ao contrário do mandamento constitucional, estão em desarmonia entre si. Muito se questionou, inclusive, sobre a necessidade de se remodelar o sistema representativo nacional, através do que se consolidou chamar de reforma política. Algumas vozes, nesse desiderato, ressoaram a defesa de uma nova constituinte, ainda que parcial. Talvez, desde o período da redemocratização, o país não tenha enfrentado tamanha turbulência social e política. Basta perceber que alguns Estados, especialmente o Rio de

Janeiro, foram marcados pelo encarceramento das últimas linhas sucessórias de governadores.

Assim, sem pretensão de esgotamento do tema, mas apenas com o fito de apresentar um panorama geral, o pacote anticrime foi promulgado em resposta a anseios sociais de fomento da persecução penal, bem como representou o contra-ataque da classe política na tentativa de deslegitimar a atuação jurisdicional no âmbito do combate ao crime organizado.

Atualmente, parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal põe em xeque a atuação de procuradores e juízes na denominada operação “Lava Jato”, num movimento de frear o que consideram abuso de poder e parcialidade na condução de processos penais.

Não obstante, há muito a comemorar com a Lei do final de 2019; porém, há também imperfeições, sobretudo quando se atenta ao questionamento político de imparcialidade do julgador. Dois são os exemplos de alterações nesse sentido:

a) a figura do juiz de garantias, com o objetivo de separar o juiz que vai atuar na fase de investigação preliminar, dentro daquilo que se amolda à reserva jurisdicional, e o juiz julgador; e

b) o artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, que criou hipótese de impedimento do magistrado que entra em contato com a prova ilícita.

Atualmente, pela recente formatação da normativa processual, o juiz julgador deve se amoldar como um ser estanque da realidade fática, imparcial, equidistante e que avalia toda a formação das provas no processo, para, ao final, proferir o preceito de mérito e julgar o caso concreto. É isso que se espera de um regime que obedece ao devido processo legal. O processo democrático exige um juiz consciente de suas limitações probatórias, tendo em vista que a verdade não pode ser obtida a qualquer custo.

No entanto, não se pode, no afã de se prezar pela tutela dos princípios democráticos do processo, presumir que o juiz, ao entrar em contato com prova ilícita, por si só, já se revela inapto ao julgamento do feito. Trata-se de um equívoco, porquanto ao juiz não é conferido o poder de julgar sem analítica fundamentação que pode ser objeto de controle de instâncias mais elevadas.

Por essa razão, este trabalho pretende trazer a baila alguns pontos fundamentais na análise da relação entre a prova ilícita e a discussão sobre a parcialidade do julgador, tomando por base, inicialmente, as tentativas anteriores, frustradas, de inserir um texto legal

análogo ao que foi aprovado com o pacote anticrime. Aliado a isso, serão apreciadas as construções doutrinárias a respeito do texto em vigor e a sua adequação aos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, será apresentada uma breve classificação e diferenciação entre a prova ilícita e a prova ilegítima e suas consequências processuais, com uma maior ênfase na primeira por ser o tema do trabalho proposto. Seguindo, com o mesmo intuito de apresentar as bases para a formação da conclusão ao final, abordar-se-á acerca do instituto da imparcialidade e a sua essência fundamental na produção de decisões democráticas.

Por fim, a grande questão que permeia esse trabalho será analisada com a apresentação de um ponto de vista próprio dos autores sobre a discussão que envolve a imparcialidade do magistrado que teve contato com a prova ilícita.

Salienta-se que, apesar da legalização do instituto com a inclusão do §5º no art. 157 CPP, não há unanimidade acerca da sua eficácia e eficiência quanto ao objetivo que pretende, qual seja, impedir a prolação de decisões viciadas a partir do contato com a prova produzida ilicitamente. Logo, tem-se que a conclusão deste trabalho será uma entre diversas que estão emergido diante do cenário apresentado pela legislação.

2. A descontaminação do Julgador

O tema atinente à denominada descontaminação do julgador não é contemporâneo à Lei 13.964/2019. Por ocasião do Projeto de Lei 4.205/07, que deu ensejo à Lei 11.690/2008, o art. 157, §4º, do CPP², possuía previsão semelhante a atual redação do §5º do mesmo dispositivo normativo³. No entanto, o dispositivo sofreu veto do então Presidente da

² “§ 4º, O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.”

³ “Um juiz não contaminado é um pressuposto para que a relação processual se instaure validamente e é nesse sentido que se diz que a atuação dos Poderes deve se apresentar de maneira a legitimar a atuação do juiz porque o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz, ou seja, imparcial. Quaisquer circunstâncias subjetivas ou objetivas de que ele tenha conhecimento influenciará na sua decisão e, como ensina Jesús González Pérez, "para ser efetiva a tutela jurisdicional, deve haver a presença do direito a um juiz imparcial, que é uma das condições para a sentença".” SALGRETI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. *Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica*. In Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol. 117. nov-dez 2015. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.06.PDF>. Acesso em 02/03/2021.

República, sob a justificativa de que as alterações promovidas pela Lei 11.690 tinham o objetivo primordial de impulsionar a celeridade e promover simplicidade processuais⁴⁻⁵.

Outro ponto mencionado no veto foi a situação do magistrado que teve contato com os autos e com a prova ilícita quando da submissão do processo ao julgamento monocrático e que teria que proferir seu voto quando da decisão colegiada.

O intuito da celeridade restou tão ovacionado na manifestação presidencial pela retirada do artigo que sequer foi mencionada eventual imparcialidade do magistrado em razão do contato com a prova ilícita, a qual, contudo, foi analisada, posteriormente, pela doutrina.⁶

Impulsionado pela necessidade de se reformular a sistemática processual penal, surgiu movimento político congressional no sentido de retomar o dispositivo em comento, agora através da Lei 13.694/2019, que incluiu ao artigo 157 o §5º⁷, com redação idêntica

⁴ As razões expostas no veto foram as seguintes: “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.”

⁵ Contudo, tal movimento não restou uníssono na doutrina. Em sentido contrário à fundamentação do veto: “Não se nega que a atual tendência do desfecho processual, após o advento da EC 45, de 30.12.2004, que acrescentou ao rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, o inc. LXXVIII no art. 5.º, é garantir rapidez e presteza na tramitação de processos judiciais e administrativos. Todavia, tal preceito não justifica a cabal supressão da cláusula constitucional do *due process of law*, na qual estão englobados todos os princípios constitucionais, explícitos e implícitos; notadamente porque, só há razoável duração do processo, quando há respeito aos ditames instrumentais em direito estabelecidos. É incontestável que o Poder Judiciário se encontra assoberbado de processos, tendo de apreciar quantidade exacerbada de demandas muito superior ao que pode suportar, mas é certo, em contrapartida, que tal situação, mesmo dramática, não pode dar ensejo a leis injustas e que vão contra a ordem constitucional, pois, é irrefutável a consciência social, de que a finalidade do direito processual penal, é garantir, impreterivelmente, um devido processo legal formal e material ao acusado e de maneira a limitar a atuação do Estado, elevando ao mais alto escalão do Direito os valores constitucionais.” SALGRETI, Maria Edith Camargo Ramos. *op. cit.*

⁶ “Quanto ao problema da contaminação do juiz que teve contato com a prova ilícita e que deve(ria) ser impedido de julgar, o veto ao § 4.º do art. 157 deve ser analisado a partir de seus próprios fundamentos, de que a exclusão desse juiz comprometeria a 'eficácia' do processo penal, gerando tumulto nas comarcas de juízo único. Logo, a contrário senso, nas varas em que existam dois ou mais juízes, não se justificaria a manutenção do juiz contaminado! Não havendo o motivo apontado no veto não há mais o menor fundamento para - erroneamente manter um juiz contaminado no processo, proferindo sentença a partir da convicção formada com base na prova ilícita”. Lopes Jr., Aury. Bom para que(m)? Boletim IBCCrim. ano 16. n. 188. p. 9-10. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

⁷ § 5º, O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.”

àquela prevista no vetado § 4º, prevendo o que se cunhou chamar de descontaminação do julgador.

Nessa seara, o juiz que tiver contato com a prova reconhecidamente ilícita deve ser afastado do caso, não sendo suficiente o desentranhamento da prova e sua inutilização⁸, colocando-se em crédito a imparcialidade do julgador⁹. O dispositivo, então, cria hipótese de impedimento presumida do julgador, pois, ainda que a prova seja retirada dos autos do processo, ainda que seja completamente inutilizada, ou que não seja possível alicerçar as

⁸ “Quanto à necessidade de desentranhamento da prova produzida anormalmente – e, por conseguinte, ilicitamente –, vislumbra-se, aliás, uma distinção marcante no processo penal, que consiste no tratamento especial dedicado pelo legislador à situação do juiz que tem contato com a prova produzida ilicitamente. O art. 157, caput e §3º do Código de Processo Penal, na redação conferida pela Lei 11.690/2008 tem por objetivo evitar ou minimizar os efeitos psicológicos deletérios que a prova ilícita pode produzir sobre o convencimento do juiz. O Código, por estes dispositivos, prevê expressamente a exigência de desentranhamento da prova ilícita e, uma vez preclusa a decisão, a necessidade de sua destruição. Indica, assim, a gravosidade das consequências da manutenção da prova nos autos, devido à influência que poderá exercer sobre o juiz, a despeito de se tratar de um ato nulo e, em tese, insuscetível de produzir efeitos. Enfatizou o direito positivo que a simples presença da prova ilícita nos autos é prejudicial à formação do convencimento do juiz e ofende, portanto, o direito à prova, raciocínio plenamente aplicável à prova anômala.” GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: Enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada junto a Universidade de São Paulo, 2013, São Paulo, p. 256.

⁹ “O §4º, do art. 157 do CPP, dispunha assim: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”. Ora, não é difícil pensar, seguindo as regras do jogo, que aqueles que legislam fazem-no obedecendo parâmetros estabelecidos que por um lado mostram uma atenção de cunho humanístico (garantista) e por outro fornecem elementos para que esta mesma proteção ofertada seja quebrantada (eficientismo). Não podemos conceber que o juiz que teve contato com uma prova ilícita terá um juízo de valor igual a outro magistrado que não tenha sabido do conteúdo de uma prova tida como ilícita. O juiz que teve contato com a prova ilícita está contaminado e não está imparcial com relação ao fato. Deve ser declarado incompetente passando a outro o poder de decidir. Não vemos com outros olhos que, burlando as regras do jogo, admite-se a prova ilícita a partir da reforma de 2008, pois, ainda que tal prova seja desentranhada e destruída do processo, aquele que tem o poder de decidir sobre a causa fará seu julgamento, cabendo-lhe apenas o dever moral e íntimo de não considerar o que viu, ouviu ou leu como conteúdo de uma prova ilícita.” FERNANDES, Ignácio N. O pacote anticorrupção: *a flexibilização da prova ilícita em nome da “justiça e da liberdade”*: uma inversão total das regras do jogo democrático. In *Revista Novatio Iuris*. FADERGS, v.7, n. 2, jul.-ago. 2015. Disponível em file:///C:/Users/carla/Downloads/O_PACOTE_ANTICORRUPCAO_A_FLEXIBILIZACAO.pdf. Acesso em 05/03/2021.

razões de decidir, deve o julgador, presumidamente contaminado pela ilicitude da prova, ser de igual sorte afastado do julgamento, pois atingido em sua imparcialidade¹⁰⁻¹¹.

Aqui, registre-se, o referido dispositivo normativo afasta o juiz, originalmente, imparcial e objetivamente selecionado para julgamento do caso, criando hipótese de exceção ao juiz natural; bem como viola a legalidade por evidente imprecisão na delimitação das suas causas de aplicabilidade.

Além disso, é importante notar que, segundo Nucci os dispositivos que tratam da suspeição e impedimento dos aplicadores da justiça¹², são tidos pela jurisprudência dominante como listas taxativas e não, meramente, exemplificativas. Seguindo por esse

¹⁰ “Posicionar-se adequadamente e de maneira imparcial ao tomar conhecimento de algo diretamente ligado ao processo, é ter a capacidade sobre-humana de contrariar as repercussões na alma do que adveniente do contato com o conteúdo ilícito da prova fisicamente desentranhada, contudo residente automática e involuntariamente no íntimo do magistrado e efetivamente radicada em seu espírito, ou seja, em sua subjetividade, que é a sede em cujo recôndito será produzida a decisão objetiva, daí surgindo o real problema com o veto, que suprimindo do texto legal o § 4.º do art. 157 do CPP, não eliminou o risco da sentença fundada na prova ilícita. Perdeu-se a oportunidade de sanar-se manifesta inconstitucionalidade, a qual, por ausência de legislação, já vinha acontecendo na prática em diversos julgados, evidentemente sustentados na prova ilícita, sem que eles fossem nulificados porque camuflados na alegação de que a fundamentação explícita baseou-se apenas em provas lícitas, mas ditadas por contaminação implícita, pelo contato do magistrado com a ilícita, em distorcida interpretação constitucional.” SALGRETI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. *Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 117. Mar. 2021. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20150117.6&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=e&eid=55cd4a46053ff23ab17ddcee871365d1&eat=DTR_2016_113&pg=&psl=&nvgS=false&tmp=9. Acesso em 16/03/2021.

¹¹ “(...) ao permitir que o juiz que teve contato com a prova declarada ilícita venha a proferir a sentença ou o acórdão, os avanços alcançados por meio da Lei 11.690 ficam minimizados, porque a norma do § 4.º do art. 157 foi o mecanismo mais eficiente encontrado para realmente impedir que o julgador forme seu convencimento com base na prova obtida ilicitamente. Desse modo, o desentranhamento das provas ilícitas e daquelas dela derivadas pouca valia terá sobre a formação da convicção do julgador, já afetada pelo contato com aquelas provas, ainda que tal convencimento não seja exteriorizado, de forma expressa, na fundamentação de sua decisão”. Queijo, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. Boletim IBCCrim. n. 188. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.

¹² Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

entendimento, haveria mais uma causa de ilegalidade do referido dispositivo, pois criaria nova hipótese de afastamento do magistrado além daquelas já expressas na legislação¹³.

Basta pensar, ainda, em situações outras que mexeriam muito mais com o emocional do magistrado do que o contato com a prova ilícita como, por exemplo, ser vítima daquele crime que passa a julgar. Tal fato também é passível de gerar o impedimento do juiz para o caso, cabendo ao mesmo analisar a possibilidade de manter a sua imparcialidade diante dos fatos que lhe serão relatados¹⁴.

O referido dispositivo normativo teve a sua eficácia suspensa na medida cautelar proferida na ADI 6.298¹⁵, inicialmente pelo Ministro Dias Toffoli, posteriormente confirmada pelo Ministro Luiz Fux. Entendeu-se que a nova previsão inserida no artigo 157 do CPP ensejaria violação crucial à legalidade e ao juiz natural.

¹³ “Os tribunais têm jurisprudência consagrada no sentido de que as causas de suspeição e impedimento dos magistrados são taxativas, não admitindo ampliação. Em nossa visão, até pelo fato de que determinadas vivências experimentadas pelo juiz podem afetá-lo e, com isso, o seu julgamento imparcial, o ideal seria que essas listas (arts. 252 e 254, CPP) fossem apenas exemplificativas, possibilitando ao magistrado responsável afastar-se de um caso para o qual não se sente insuspeito (exemplo: ter sido vítima de um crime grave e ficar traumatizado; por isso, não estar pronto a julgar casos similares, sendo ele juiz com competência criminal). Porém, essa causa não se encontra no rol do art. 254 (suspeição) do CPP, mas deveria e, mesmo não constando, poderia o magistrado dar-se por suspeito nessa hipótese. Tudo para manter a sua imparcialidade (preceito constitucional).” NUCCI, Guilherme de Sousa. Existe juiz contaminado por prova ilícita? *Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP*. Disponível em <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/1124266435/existe-juiz-contaminado-por-prova-ilicita-analise-do-novo-5-do-art-157-do-cpp> Acesso em 26/02/2021.

¹⁴ “Sob a perspectiva jurídica contemporânea, uma jurisdição penal imparcial não se confunde com uma jurisdição neutra, sendo incorreto assim adjetivá-la, haja vista a já desvelada impossibilidade de qualquer ser humano — juiz ou não — afastar-se de sua subjetividade e seus pré-conceitos para proferir seus julgamentos e conduzir suas ações. Cientes de que “quem irá prestar a tutela jurisdicional é um ser humano integrado por seus fatores internos, por suas experiências emocionais, traumas, vivências ambientais, culturais e ideológicas [...]”, inexigível tal neutralidade do Poder Judiciário, devendo-se, sim, exigir imparcialidade de seus representantes, que sabedores dos prejuízos que as suas subjetividades podem trazer às suas respectivas jurisdições, devem sempre atuar como terceiros desinteressados em relação às partes, de modo a preservar a originalidade das suas cognições para conduzirem os processos sem beneficiar uma parte em detrimento da outra, mesmo involuntariamente. É disso que se trata. Não há juízes neutros, há juízes imparciais.” LOPES JUNIOR, Aury. Não basta desentranhar a prova; deve-se “desentranhar” o juiz. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-06/limite-penal-nao-basta-desentranhar-prova-desentranhar-juiz>> Acesso em 26/02/2021.

¹⁵ Em conclusão de voto, assim decidiu o Ministro Luiz Fux: “*Ex positis*, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); [...]. Nos termos do artigo 10, §2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data. Aguardem-se as informações já solicitadas aos requeridos, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Após, retornem os autos para a análise dos pedidos de ingresso na lide dos *amici curae* e a designação oportuna de audiências públicas. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 22 de janeiro de 2020.”

Quanto ao princípio da legalidade, entendeu-se que o art. 157, §5º, do CPP, possuía vagueza exagerada, não sendo possível delimitar se, inicialmente, bastaria o contato com a prova ilícita ou se seria necessário que o juiz tivesse exarado conteúdo decisório sobre a prova ora reputada ilícita. Questionou-se, ainda, se, mesmo tendo contato com a prova ilícita, poderia o juiz proferir decisão interlocutória nos autos do processo e presidir instrução probatória, restando apenas impedido de proferir sentença.

Na mesma linha, a imprecisão do dispositivo normativo ora em observação não explicava situações como aquela em que o juiz, enquanto elabora a sentença, depara-se com prova ilícita, tendo que interromper a sua atividade e remeter os autos a outro juiz, que sequer participou da instrução probatória. De igual sorte, não se responde se o órgão *ad quem*, ao anular determinada sentença por ilicitude da prova e determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem também ficaria impedida para julgamento de novo recurso.

Acresce-se ao que foi ventilado na decisão cautelar a hipótese em que o contato com a prova ilícita ocorresse em sede de julgamento de recurso excepcional, pelo órgão fracionário ou mesmo pelo Pleno das Cortes Superiores. Como seria solucionada a questão? Os Ministros seriam substituídos em novo recurso?¹⁶ Evidentemente não há solução para o caso.

Assim, a imprecisão da redação do artigo 157, §5º, do CPP, acompanhada de situações fáticas que não obtiveram soluções normativas, deixa evidente a violação impingida ao princípio da legalidade e à segurança jurídica.

Da mesma forma, há violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da Constituição da República¹⁷). Isso porque, vislumbra-se a hipótese em que bastaria a inserção de prova sabidamente ilícita, apenas com o fim último e escuso de afastar

¹⁶ “Nessa hipótese, não haverá como se convocar novos julgadores para proferir o novo julgamento, então deve ser afastada a incidência da regra. Pergunta-se, afinal, se todos esses ministros, que tiveram contato com a prova ilícita, depois afastada, não estão igualmente “contaminados”. E se estão, a imparcialidade do colegiado nos Tribunais Superiores ficará comprometida.

Entretanto, como não há mecanismo de substituição, a parte contra a qual a prova ilícita pode exercer influência sofre as consequências, devendo ficar silente. Pode ser prejudicada e o sistema processual penal não lhe dá qualquer chance de um julgamento justo. Na ótica de que o juiz, ao tomar contato com prova ilícita, “contamina-se”, um Plenário inteiro pode assim ser afetado e o seu julgamento não será imparcial. Ora, o princípio da imparcialidade não é adstrito apenas a instâncias inferiores da magistratura; em nenhum ponto da Constituição Federal deduz-se que o juiz natural e imparcial é um princípio de graus menores da magistratura brasileira.” NUCCI, Guilherme de Sousa. Existe juiz contaminado por prova ilícita? *Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP*. Disponível em <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/1124266435/existe-juiz-contaminado-por-prova-ilicita-analise-do-novo-5-do-art-157-do-cpp> Acesso em 26/02/2021.

¹⁷ Art. 5º, “LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”

determinado julgador ora objetivamente selecionado para o julgamento do caso. Sem embargo, a situação, inclusive, possibilitaria determinada parte se beneficiar da própria torpeza, pois, inescrupulosamente, apresentaria prova eivada de vício de legalidade, conduzindo determinado magistrado ao distanciamento do processo, tornando-o impedido ao julgamento.

Por fim, pelas mesmas razões defendidas no veto presidencial ao artigo 157, §4º, inserido pela Lei 11.690, a situação criadora de nova causa de impedimento geraria prolongamento desarrazoado na marcha processual, pois, toda a vez que determinado juiz entrasse em contato com prova ilícita, estaria afastado do julgamento, sendo necessária nova distribuição do processo. Inviável cogitar dessa situação quando houver deferimento de medida cautelar de prisão, em que o réu aguarda encarcerado o encerramento do processo, com prolação do juízo final de mérito, o que, a depender do caso, macularia de ilegalidade a prisão cautelar, apenas em razão do prolongamento desmedido de determinado processo.

Nesse sentido, basta observar que a referida previsão normativa, embora venha acompanhada de louváveis intenções, como, por exemplo, a suposta garantia da imparcialidade do julgador, deixa de considerar aspectos relevantíssimos à ordem processual, distanciando-se da realidade do Judiciário pátrio e, como explicitado, afrontando cabalmente preceitos tão relevantes quanto à imparcialidade, a saber: a legalidade e a garantia do juiz natural.

É possível concluir, neste primeiro momento, que a previsão estampada no artigo 157, §5º do CPP, deixou de se debruçar em aspectos práticos relevantes à seara processual e, embora sob o prisma de tutela da imparcialidade do julgador, viola outras garantias processuais como a legalidade, o juiz natural e a celeridade que representam princípios constitucionais que também devem nortear o legislador.

Seguindo o raciocínio, não se pode defender que o mero contato do juiz com prova produzida ilicitamente já teria o condão de afastar a sua imparcialidade. Do contrário, a própria atividade judicante restaria comprometida, pois tomaria como ponto de partida a inabilidade do julgador em avaliar o conteúdo da prova e, por conseguinte, afastá-la do seu convencimento se eivada de ilegalidade.

3. Prova ilícita no processo penal

O artigo 5º, inciso LVI¹⁸, da Constituição da República, estabelece a inadmissibilidade de utilização de provas obtidas por meios ilícitos¹⁹. Trata-se de garantia individual, no sentido de salvaguardar a legalidade processual. Inegável que tal previsão, louvável pela sua literalidade e positividade, é intrínseca ao devido processo legal. Assim, proíbe-se a utilização, aqui compreendida como valoração pelo julgador, da prova ilegal, ou nas palavras da Carta Republicana, obtidas por meios ilícitos.

A produção de todas as provas necessárias, nesse desiderato, revela-se como o caminho necessário para se alcançar a efetividade do processo, possibilitando às partes a comprovação dos fatos relevantes da demanda. Assim, afirma-se que o direito à prova decorre da garantia constitucional do direito de ação, que se desdobra, por conseguinte, em alegação, dedução, argumentação e prova²⁰.²¹

Importante lição sobre o direito à prova e a garantia à ampla defesa foi apresentada por Eduardo Cambi, quando fez a correlação com a manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa²².

¹⁸ Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

¹⁹ “Tal distinção se faz claramente presente no tratamento totalmente distinto conferido à regra atributiva do ônus da prova: enquanto no processo civil a invocação dos postulados constitucionais justifica a flexibilização deste tipo de regra, no processo penal, a proteção da liberdade do réu e a presunção da inocência tornam impossível a dinamização do ônus probatório no caso específico. Analogamente, não se devem aplicar a ponderação e a proporcionalidade para afastar a vedação de provas ilícitas em detrimento do réu no processo penal.” GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: Enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada junto a Universidade de São Paulo, 2013, São Paulo, p. 50.

²⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali, in *Revista trimestrale di diritto processual civil*, volume 67, 1994, p. 1072.

²¹ “Quanto maior for o âmbito de aproveitamento, no processo, das provas materialmente disponíveis - ainda que se trate de fontes probatórias objetivamente ou instrumentalmente atípicas, conquanto tecnicamente idôneas a concorrer para o accertamento da verdade dos fatos controvertidos, sem afrontar qualquer das vedações impostas para a tutela de direitos fundamentais da pessoa - tanto maior é o grau de efetividade das formas pelas quais se exercita o “direito à prova”, garantido por princípios constitucionais do “processo justo” como um pilar essencial dos poderes de ação e defesa.” (tradução livre). No original: “Quanto maggiore è l'ambito di utilizzabilità nel processo delle prove materialmente disponibili - pur se tratti di fonti probatorie oggettivamente o strumentalmente atipiche, ma comunque tecnicamente idonee a concorrere all'accertamento della verità dei fatti controversi, senza intaccare alcuno dei divieti posti a tutela dei diritti fondamentali della persona - tanto maggiore è il grado di effettività delle forme con cui si esercita il 'diritto alla prova', garantito dai principi costituzionali del 'giusto processo' come un cardine essenziale dei poteri di azione e difesa.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Terza edizione. Torino: UTET Giuridica, 2010, capítulo I, item 6, p. 60

²² O direito à prova é uma manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa, porque ‘agir e defender-se provando’ é uma condição necessária para a atuação dessas garantias. Consequentemente, a restrição excessiva do poder de alegar os fatos relevantes e o direito de prová-los, em juízo, tornam sem efeito a expressão dinâmica dessas garantias. (...) Por isso, pode-se concluir que o direito à prova é uma decorrência

Consigna-se, por outro lado, que, embora o direito à prova, inerente ao acesso à Justiça e à ampla defesa, seja constitucionalmente assegurado como derivado das garantias individuais de todo cidadão, não há garantia que seja absoluta. Nesse sentido, veda-se, portanto, a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilegais, consoante previsão plasmada no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República.

Esbarra-se no grande dilema: de um lado, a garantia de se assegurar aos litigantes as provas aptas e suficientes a se aproximar ao máximo dos fatos deduzidos em juízo; de outro lado, a vedação à utilização de provas que sejam obtidas em violação à ordem jurídica, seja emanada de regras ou princípios. Inevitável se concluir que o debate ingressará no campo da ponderação.

O tema ganha relevo quando se pensa no processo penal²³. Ora, de um lado, o Estado sofreu a violação de uma ordem impositiva de conduta, seja ela comissiva ou omissiva, nascendo para si o poder-dever de reprimir e sancionar a conduta antijurídica, assegurando, com isso, a conformação do pacto social de garantir segurança e pacificação entre as pessoas. Por sua vez, de outro lado, ao acusado devem ser garantidos todos os meios de se defender, não apenas na prova de suas alegações, mas com o fim de se evitar a injusta reprimenda penal, pois o que está em jogo é a sua liberdade e a tutela de sua imagem perante a sociedade.

Dessa forma, criam-se barreiras jurídicas para o exercício do direito à prova, proibindo-se, abstratamente, a utilização das provas que forem maculadas de ilegalidade na sua produção.

Por outro lado, há quem entenda que os princípios do livre convencimento do Juiz e da busca da verdade real (na minha visão ultrapassada) sustentam a prevalência do interesse da Justiça no descobrimento da verdade, aproximando-se ao máximo dos fatos e, conseqüentemente, admitindo-se a utilização de provas obtidas ilicitamente para formação do convencimento do julgador, sem prejuízo da punição do infrator da norma legal.

da ampla garantia do devido processo legal, o que, especificamente, é um dos elementos constitutivos das garantias constitucionais da ação e da defesa. Caso contrário, as garantias constitucionais da ação e da defesa teriam alcance restritivo e limitado, o que contradiria o sentido justo e democrático da Constituição brasileira de 1988. CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 112-113.

²³ “Ainda, no processo penal, a exigência do contraditório no momento da produção da prova está numa gradação de relevância superior, de modo que as limitações daí decorrentes não são de caráter puramente jurídico (contraepistemológicas), cuidando-se de limitações intrínsecas, porque relacionadas ao método de apuração dos fatos. Mais do que nunca, no processo penal, “os meios legitimam os fins.” MALAN, Diogo. Processo Penal do Inimigo. São Paulo, Revista dos Tribunais, IBCCRIM, n° 59, mar./abr., p. 255.

Objetivando-se alcançar solução equidistante entre aqueles que vedam absolutamente a utilização da prova obtida ilicitamente e aqueles que advogam pela sua utilização na formação do convencimento do julgador, há posição intermediária em favor da proporcionalidade.

Sobre a admissibilidade, ou não, da prova obtida ilicitamente para a formação do convencimento do julgador, a despeito da expressa vedação constitucional, Scarance²⁴ didaticamente apresenta quatro entendimentos sobre o tema:

1ª) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido (Cordeiro, Tornaghi, Mendonça Lima);

2ª) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana de Aguiar);

3ª) é inadmissível a prova obtida mediante violação da norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (Cappelletti, Vigoritti, Comoglio);

4ª) admite-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivava-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e, também, constitucionalmente protegidos (Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Duval, Camargo Aranha, Moniz Aragão).

A tendência é pela vedação à utilização da prova obtida ilicitamente. No entanto, ganha relevo a possibilidade de se aplicar, no caso concreto e em circunstâncias bem delimitadas, a teoria da proporcionalidade²⁵, objetivando a admissão do uso da prova viciada.

Pela teoria da proporcionalidade, determinadas restrições a direitos individuais somente se justificam sob o pálio do interesse público, admitindo-as como legítimas ou não. Nas lições de Santiago Guerra, pela proporcionalidade, as vantagens superam as desvantagens²⁶.

²⁴ FERNANDES, Antonio Sacarance. *Processo Penal Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 82.

²⁵ Para maiores aprofundamentos, ver BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade do Direito Constitucional, in *Revista do Ministério Público*, RJ, n 4, 1996, p.160-175.

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989, p. 75.

Na linha da proporcionalidade, Ada Pellegrini Grinover assevera que os tribunais da Alemanha, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova obtida ilicitamente, fundamentando-se no princípio de equilíbrio entre valores fundamentais igualmente relevantes²⁷. Assim, da mesma forma que o art. 5º da Constituição assegura direitos básicos e fundamentais de todo indivíduo, o Defensor do acusado deve zelar para que as provas processuais não sejam violadoras e, caso sejam, que haja a máxima lisura deste juiz.

A proporcionalidade, então, parte da premissa da inexistência de proteção absoluta a direitos e garantias individuais, sopesando no caso concreto qual deve prevalecer em detrimento da outra.

Nessa linha de entendimento, Scarance, com lapidar precisão, defende a necessidade de se considerar a proteção às garantias individuais e a busca da verdade real no processo²⁸.

Em continuação, o autor destaca a possibilidade de se flexibilizar a aplicação rígida do inciso LVI, do art. 5º, quando estiverem em jogo outros valores constitucionalmente relevantes²⁹.

Portanto, conclui Scarance pela defesa da proporcionalidade quando da aplicação da norma constitucional de proibição de utilização da prova ilícita³⁰.

Muito bem observado, Sérgio Demoro Hamilton salienta que melhor seria a aplicação da teoria da proporcionalidade no exame das provas obtidas ilicitamente³¹. Com efeito, pela proporcionalidade, avalia-se as restrições a direitos e se verifica-se se há justificativa pelo interesse público, legitimando-as ou não.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal, Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., p. 134.

²⁸ Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios ilícitos. FERNANDES, Antonio Scarance, *op cit.* p. 81

²⁹ Contudo, vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição. FERNANDES, Antonio Scarance *op cit.* p. 83.

³⁰ Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada. *Ibid* p. 85.

³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *op cit.*, p. 319

A teoria do fruto da árvore envenenada, de origem norte-americana³², encontrou aceitação na jurisprudência pátria através do julgamento do HC 73.351, inicialmente apreciado pela 1ª Turma e, posteriormente, submetido ao Pleno do STF.

Posteriormente, já com a reforma promovida pela Lei 11.690/2008, a vedação à prova ilícita por derivação encontrou previsão normativa no artigo 157, §1º, do CPP, excluindo-se, por sua vez, aquelas em que não se evidenciar o nexo de causalidade entre a prova obtida ilicitamente e aquela supostamente a ela derivada, bem como aquela que puder ser obtida por fonte independente da primeira.

Ocorre que, assim como a rigidez da vedação à prova ilícita sofreu alguns questionamentos, a prova derivada também enfrentou suavizações, flexibilizando-se sua incidência no caso concreto. Nesse sentido, surgiu a chamada teoria da fonte independente. Com efeito, se o órgão da persecução penal provar que obteve, de forma lícita e independentemente, novos elementos de informação, sem guardar relação de dependência com o primeiro, tais dados probatórios são admissíveis³³.

Outra teoria a suavizar a rigidez da teoria da prova ilícita por derivação é a da descoberta inevitável. Nela, caso se demonstre que a prova derivada seria produzida independentemente da prova originária, tal prova deve ser considerada válida. Importante asseverar que não basta um juízo possível, sendo imprescindível a presença de elementos concretos e válidos a atestar que a prova seria encontrada, independentemente da prova originária e ilícita.

Mais uma importante exceção é a teoria da mancha purgada. Nela o nexo causal entre a prova originária e ilícita e a prova derivada sofre atenuações em razão do tempo e por conta de um acontecimento futuro, elidindo o vício que maculava a prova.

³² Caso *Silverthorne Lumber Co. vs. US*, julgado pela Suprema Corte em 1920.

³³ No Brasil, o caso paradigma foi o HC 83.921, julgado pela 1ª Turma do STF: “EMENTA: HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA. 1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo. 2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do writ. Ordem denegada. STF. HC 83921, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma. Julgado em 03/08/2004. D.J. 27/08/2004.

Ainda, importante mencionar a teoria da prova ilícita *pro reo*, a qual vem sendo aceita pela doutrina e jurisprudência quando a prova ilícita é a única forma de provar a inocência do réu. É fato que não se pode adotar tal teoria cegamente, devendo existir, comprovadamente, um prejuízo indevido ao réu com a exclusão da prova em questão. Em face de tal situação, deverá o magistrado aplicar a proporcionalidade na ponderação entre os valores que vislumbra serem afetados³⁴.

Há outras teorias que atenuam a vedação à prova obtida ilicitamente, criando temperos à sua aplicação na prática. Importante destacar, sendo este o objetivo do presente trabalho, que em todos os casos o juiz sentenciante inevitavelmente entra em contato com a prova ilícita, ainda que para afastá-la e avaliar a licitude da prova derivada. Beira, com isso, o irracional cogitar que, em todos os casos, o juiz restaria afastado do julgamento, ainda que a prova a ser considerada seja aquela completamente independente da prova ilícita.

Dentro, contudo, da temática apresentada neste trabalho, como resolver a questão do juiz que avalia se a prova é ilícita? Em se concluindo pela sua ilicitude, não se pode desconsiderar que o magistrado tomou conhecimento do que se pretendia com a prova. Sua convicção estaria prejudicada? A formação da decisão final de mérito necessariamente vai ser impactada pelo contato do magistrado com a prova ilícita? Entendemos que não.

Opina-se no sentido de que o processo deve atentar-se para preceitos éticos e morais, não podendo justificar os meios apenas através dos fins. O processo não é uma guerra entre os sujeitos e os interesses confrontantes, mas um caminho ético para se alcançar a justa composição do conflito, aproximando-se ao máximo da verdade, embora a verdade do processo não se confunda com a verdade real.³⁵

³⁴ SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A flexibilização da prova emprestada. In: Revista Síntese, Direito Civil e Processual Civil, ano XII, nº 70, mar./abr. 2011, pp.124/136.

³⁵ “Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes. Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retomo ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um valor de verdade. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia.” GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, Capítulo IX, Seção II, item 2, p. 122.

Repare que o tema acaba, inevitavelmente, ingressando em questionamentos de ordem moral. Seria possível a utilização de meios ilícitos para salvar a vida de outras pessoas ou mesmo punir determinado assassino em série? Ainda em breve reflexão, admitir-se-ia a utilização de meios ilícitos para combater e reprimir determinada organização criminosa, por exemplo, comandante do tráfico ilícito de entorpecentes? Seria ingênuo pensar que a resposta doutrinária se coaduna com a prática do dia a dia da polícia administrativa, sobretudo nos grandes centros urbanos do país.

Um dos jusfilósofos da contemporaneidade a se debruçar sobre o tema das escolhas morais trágicas é o professor de Harvard, Michael Sandel³⁶, sobretudo revelando quais seriam as escolhas utilitaristas. No entanto, os temas ligados à moral, isto é, o sacrifício do direito individual de um para se alcançar a punição e se obter a verdade real, extrapolam a órbita do direito e, portanto, como salientado por Lênio Streck, ultrapassam a esfera de decisão do magistrado, que deve se ater aos limites da ordem jurídica, sob pena de afrontar o Estado Democrático de Direito, ora sufocado pela individual e pessoa moral do julgador³⁷.

Diante disso, se a Constituição da República veda expressamente a utilização de provas obtidas por meio ilícitos, não cabe ao julgador valorar, no caso, se determinada postura com o intuito de obtenção da prova se justifica em maior ou menor grau para se alcançar o resultado pretendido, ainda que se mostre mais ético e justo no caso concreto. A prova é ilegal e, portanto, inutilizável.

Ocorre que, a despeito da expressa vedação constitucional e legal de utilização da prova tida por ilícita, não há definição de quais provas assim seriam consideradas. Em que pese tal constatação, não é possível que uma prova seja ilícita e ao mesmo tempo lícita, sob pena de incoerência semântica³⁸. Assim, a definição da licitude ou não da prova está atrelada à interpretação sistemática do ordenamento jurídico, demandando uma análise acurada das garantias individuais e das delimitações impostas pelo legislador para a produção da prova dentro do processo.

Com efeito, ao prever a proibição da prova ilícita, o art. 5º, LVI, da Constituição da República, cria situação de reserva de ponderação, isto é, transfere ao julgador a avaliação,

³⁶ Sandel, Michael. *Justice*, London: Penguin, 2009.

³⁷ C.f. <https://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 350.

à luz do ordenamento jurídico, quanto à validade de determinada prova. Importante alerta é a previsão do art. 8º do Código de Processo Civil de 2015, que afirmou a necessidade de o juiz atentar-se aos fins sociais e às exigências do bem comum na aplicação do direito, tirando-lhe a incumbência de mero aplicador da Lei. Não à toa, a proporcionalidade, como técnica de ponderação, é o caminho necessário para a adequação entre meios e fins, isto é, para a avaliação se determinado meio de prova é válido no caso concreto ao fim que se pretende, ainda que diante do sacrifício de outros direitos e garantias.

Nesse sentido, se a difícil tarefa de avaliar a licitude de determinada prova e sua compatibilidade dentro do ordenamento jurídico, a fim de assegurar a sua aptidão no processo, é reservada ao julgador, inegável que ele possui todos os caminhos para a compreensão de que determinada prova, se despida de legalidade, mostrar-se-á incapaz para a formação do seu convencimento.

Indiscutível, portanto, que ao julgador está alicerçado o juízo de valoração da prova. Torna-se contraditória a previsão em abstrato de distanciamento e impedimento do julgador caso, então, conclua pela ilicitude de determinada prova. Ora, se a ele compete avaliar a qualidade da prova, é quem possui as melhores condições racionais de formar o seu convencimento, ainda que em contato com a prova a ser desentranhada dos autos.

Diante disso, observando a proporcionalidade, entende-se que a prova, ainda que obtida ilicitamente, pode ser utilizada quando em benefício da situação do réu. Ou seja, em caso da preservação da inocência ou outras garantias, tendo em vista que a legalidade da prova não pode ser considerada superior à manutenção das garantias do indivíduo. Afirma Scarance que “é ampla a aceitação de que ele [o princípio da proporcionalidade] seja aplicado aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida de maneira ilícita”³⁹

Portanto, entende-se que, embora a expressa previsão constitucional e legal sobre a inadmissibilidade da prova ilícita, a reserva jurisdicional quanto à licitude da prova habilita o julgador a, ainda que em contato com a prova reputada ilícita, permanecer como apto ao julgamento do caso, valorando as provas produzidas sob o crivo do devido processo legal.

³⁹ FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo penal constitucional*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2005.

4. A imparcialidade como vetor constitucional e legítimo de democratização das decisões judiciais

Intrínseco ao Estado Democrático de Direito, o princípio da imparcialidade é o instrumento pelo qual se assegura a legitimidade das decisões judiciais. Com efeito, a fundamentação das decisões, como dever do julgador estampado no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, é caminho para, dentre outros, assegurar o controle da imparcialidade do julgador por meio do confronto entre as razões que fundamentaram a decisão final e as provas produzidas durante o rito processual, sob o crivo do contraditório⁴⁰⁻
41-42-43

⁴⁰ “Tem-se aqui mais uma garantia fundamental do devido processo penal e que tem estreita relação com o princípio da imparcialidade. Parafraseando Alonso (1960), ao fazer referência ao conhecido discurso de Werner Goldschmidt em homenagem a James Goldschmidt, pode-se ter presente que a imparcialidade consiste, na verdade, em uma espécie determinada de motivação, na declaração de uma resolução orientada pelo desejo de dizer a verdade, enfim de “colocar entre parênteses” todas as considerações subjetivas do julgador.” COSTA, João Santos da. Controle de convencionalidade: *uma revisão epistemológica à luz dos princípios constitucionais e convencionais do devido processo penal*. In Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. v. 6, n. 2, p. 72-92, Jul-Dez. 2020. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/7126/pdf> Acesso em 09/03/2021.

⁴¹ “Nesse contexto, não seria outro papel a se esperar do julgador que não fosse o da defesa dos direitos fundamentais, que são trazidos por meios das garantias processuais que se verificam através da forma predeterminada no processo. Respeitar e fazer cumprir a legislação é a função primordial do Magistrado, a quem incumbe a defesa da legalidade, devendo, se necessário for considerar nula toda uma produção probatória quando esta se der em contrariedade à lei ou à Constituição.” ROSA, Alexandre Morais da. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Novas tecnologias probatórias e o papel do julgador no processo penal. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 28, v. 167, mai – 20. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20200167.5&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=p&eid=1ed8e300710b2add4a00ad4769810ec0&eat=%5Bereid%3D%221ed8e300710b2add4a00ad4769810ec0%22%5D&pg=III&psl=&nvgS=false> Acesso em 16/03/2021.

⁴² Outro modo de controle da atuação do magistrado são os standards probatórios como, por exemplo, no direito norte-americano, a máxima da prova acima da dúvida razoável (*proof beyon a reasonable doubt*). Assim, é definido o conceito: “os *standards* probatórios (ou modelos de constatação) são modelos vocacionados ao controle do juízo fático, e assim se denominam porque assimilados a paradigmas e, até mesmo, a princípios jurídicos, face à abertura, polissemia e alta flexibilidade que os caracterizam. Não são regras que se possam aplicar por um procedimento subsuntivo, mas tipos médios, dotados de conotação axiológica preponderante.” KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, n.3. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>.

⁴³ “O silogismo contido na sentença, embora não reflita toda a atividade intelectual do juiz, não deixa de ser uma forma de manifestação da fundamentação como mecanismo de controle (cf., nesse sentido, SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba, op. cit., pp. 302-303). Sobre este controle do juízo de fato, lembra-nos Danilo Knijnik (Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório, op. cit., p. 25) que “a ideia de fundamentação como processo de racionalização jurídica se estende para a formação de uma dogmática jurídico-probatória, exigindo um conjunto de categorias e processos técnicos que auxiliem no controle, o quanto possível, dos subjetivismos que incidem na formação do juízo de fato. Mais do que isso, tal perspectiva demonstra que uma ideia de livre convencimento do juiz como convencimento alheio a regras não pode ser

Não se pode desconsiderar que, excepcionando-se a previsão do quinto constitucional e a composição de indicação política para Ministro do Supremo Tribunal Federal, o ingresso na carreira da magistratura é formado pela seleção por concurso público de provas e títulos, sendo certo, portanto, que o magistrado não é eleito pelo povo e sofre em razão do déficit democrático das decisões, sobretudo quando no sentido de afastar determinada regra legitimamente aprovada pelo Parlamento.

Ganha maior relevo quando o próprio Poder Judiciário, seja através do controle difuso ou mesmo do controle concentrado, decide afastar determinado preceito legal regularmente aprovado.

Diante desse contexto, a garantia da imparcialidade do julgador mostra-se como corolário legítimo para alicerçar de representatividade democrática as decisões judiciais.⁴⁴ Entender que determinado julgador, ao se deparar com uma situação concreta, formará o seu convencimento de forma equidistante das partes, lastreado apenas nas provas dos autos, cria conteúdo para que as decisões alcancem os fins a que se pretendem, seja de pacificação social ou mesmo, na seara penal, de prevenção geral e de prevenção específica.⁴⁵

Parte importante da doutrina, formada, em sua maioria, por advogados criminalistas, defende que o contato com o prova ilícita gera a parcialidade do magistrado. Não por uma falha desse magistrado, mas apenas e tão somente por sua caracterização como ser humano,

metodológica ou cientificamente aceita, por inibir o aparelhamento teórico capaz de fazer frente às delicadas contingências do juízo de fato.” GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: Enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de Doutorado apresentada junto a Universidade de São Paulo, 2013, São Paulo, p. 183

⁴⁴ “É importante para a noção do convencimento judicial, acrescentar que as razões que o determinaram devem ser de natureza tal que criem a convicção em qualquer outra pessoa razoável, a quem estejam expostas. O convencimento não deve ser, em outros termos, fundado em apreciações subjetivas do juiz; deve ser tal que os fatos e as provas submetidas ao seu juízo, se o fossem, desinteressadamente ao de qualquer outro cidadão razoável, deveriam produzir, também neste, a mesma convicção que naquele. Este requisito, para mim importantíssimo, é o que eu chamo sociabilidade do convencimento. (...) Esta sociabilidade do convencimento é (...) uma limitação absoluta para a condenação, e não para a absolvição.” MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1969. Primeira Parte, Capítulo II, pp. 56-57.

⁴⁵ “O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui do órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e, portanto, de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará do esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Temas de direito processual. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48

passível de erros e desprovido da capacidade de apagar, de forma consciente e voluntária, registros de sua memória⁴⁶. Fala-se em impossibilidade de manutenção da imparcialidade devida pelo magistrado às partes em razão do contato com a prova e do convencimento já firmado com base em tal conteúdo probatório, não sendo suficiente o desentranhamento da aludida prova.^{47 48}

Ocorre, porém, que a previsão normativa estampada no art. 157, §5º, do Código de Processo Penal, mina a certeza criada pelo ordenamento jurídico de que o julgador possui capacidade técnica e racional de formar o seu convencimento de maneira imparcial, prevendo situação em abstrato de impedimento *ex ante*. Ora, para o legislador, se o

⁴⁶ “Quando o magistrado toma conhecimento do conteúdo da prova ilícita, as informações ali contidas afetam automática e involuntariamente sua convicção, por ser humanamente impossível o autocontrole de seu inconsciente, em face de suas convicções subjetivas quanto ao caso. Eugenio Raúl Zaffaroni, Ministro da Suprema Corte Argentina, alertou para que o juiz não é superior às demais pessoas, tem paixões, ideologias, uma percepção do mundo. Daí a certeza em não ser jurídico colocar em risco a liberdade de uma pessoa submetida a doloroso processo penal, pelo capricho em não afastar do julgamento, magistrado com convicção psicológica afetada pelo conhecimento da prova ilícita.” SALGRETI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. *Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 117. nov-dez 2015. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.06.PDF>. Acesso em 02/03/2021.

⁴⁷ “O afastamento do juiz não se condiciona ao resultado da prova inadmitida. Pouco importa que seja incriminatória ou absolutória: se o juiz conhece de prova inadmissível incriminatória, quebra sua imparcialidade em desfavor do acusado; se conhece de prova inadmissível absolutória, quebra sua imparcialidade em desfavor da acusação. O juiz que tem contato com prova inadmissível não pode sentenciar [CPP, art. 157, § 5º]; a prova obtida por meio ilícito é inadmissível [CF/1988, art. 5º, LVI]; logo, o juiz que tem contato com prova obtida por meio ilícito não pode sentenciar. O raciocínio é insofismável: estrutura-se a partir de duas regras, com hipóteses de incidência e consequências jurídicas bem definidas. Não se trata de princípios; portanto, não se submetem a juízo de ponderação. A regra constitucional não faz admissível da prova ilícita *pro reo*. Nem faz dela admissível sob determinadas condições, definindo quais sejam. Tampouco a regra infraconstitucional permite que profira sentença o juiz que tem contato com prova inadmissível *pro reo*. Enfim, nenhum dos dispositivos distingue prova *pro accusatione* de prova *pro reo*. Assim, onde o texto não distingue, não cabe ao intérprete distinguir [*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*]. O CPP (art. 157, § 5º) e a CF/1988 (art. 5º, LVI) trazem regras gerais sem exceções. Aliás, nenhuma exceção é extraível por método lógico, teleológico, histórico ou sistemático, senão por reforma constitucional. A admissibilidade da prova ilícita *pro reo* e a conseguinte inafastabilidade do juiz que com ela haja tido contato decorrem de vontade política bruta inspirada na moral. São criações aristocrático-judiciárias, não democrático-legislativas.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. Contaminação psicológica por prova inadmissível (CPP, art. 157, §5º). Disponível em <<https://emporiododireito.com.br/leitura/47-contaminacao-psicologica-por-prova-inadmissivel-cpp-art-157-5>>. Acesso em 05/03/2021.

⁴⁸ “Daí dizer-se que o magistrado que tem contato com a prova ilícita tem sua imparcialidade comprometida, pois, por maior esforço e boa vontade que tenha em manter-se neutro, em face dela, jamais esquecerá o que leu ou ouviu. A relação dele, com a prova ilícita, consciente ou inconscientemente, sempre restará influente no seu atuar, dali em diante e, inclusive, em seu *decisum* final e porque inexoravelmente radicada em seu juízo.” SALGRETI, Maria Edith Camargo Ramos. *op cit.*

magistrado entrar em contato com prova ilícita toda a sua base racional de convencimento estaria comprometida.

Por outro lado, é inerente ao Estado Democrático de Direito e à Separação de Poderes a certeza de que o julgador é dotado de imparcialidade para julgamento dos casos a ele submetidos. Logo, desconstruir isso é despir de legitimidade as decisões judiciais, presumindo-se sua parcialidade em casos em que a prova não seria apta a formar o seu convencimento.

Entendemos, então, que, ao prever situação de impedimento do magistrado, ao presumir a sua parcialidade se em contato com prova havida por ilícita, o legislador ordinário extrapolou os limites da sua competência, atingindo de morte a Separação dos Poderes. Explico. Um dos instrumentos do poder constituinte para legitimar as decisões judiciais é a certeza da imparcialidade, isto é, de que o magistrado não possui interesse em nenhum dos polos da demanda. No entanto, ao criar hipótese em abstrato de vício de imparcialidade apenas e simplesmente por ter o magistrado entrado em contato com prova ilícita, é minar a certeza de que o julgador é dotado de habilidade técnica e racional para julgar o caso com imparcialidade, desentranhando-se a prova ilícita.

Não se pode coadunar com a hipótese em que o legislador desconstrua o sistema de garantias da magistratura, de forma paternal a presumir a incapacidade do magistrado em se afastar da ilicitude da prova e julgar o caso com absoluta imparcialidade, avaliando as provas licitamente produzidas e fundamentando a sua decisão de forma racional e coerente.

Não sem razão, defendemos, mais uma vez, a fundamentação como instrumento de controle das decisões judiciais. Por meio dela, é possível avaliar se determinada prova, ainda que ilícita e afastada do processo, foi utilizada para a formação do convencimento do magistrado e se sua imparcialidade, com isso, foi comprometida. Não é preciso um dispositivo legal para criar em abstrato situação inusitada de impedimento de julgamento.

Impende destacar que o simples fato de ter contato com prova ilícita não descaracteriza a imparcialidade do julgador. Pelo contrário, há diversas outras possibilidades, nem mesmo previstas no texto legal, que podem embasar a desconfiança da imparcialidade do magistrado.

Imaginemos a seguinte situação. Um juiz, após ser vítima de um sequestro, em que viu ameaçada toda a sua família, e sofrer a perda de seus bens, depara-se com o julgamento

de caso muito semelhante ao que foi vítima. Outro exemplo. Um magistrado sofreu com a morte do seu filho em razão de atropelamento em que o agente se encontrava embriagado. Logo depois, quando ainda sofre os traumas dessa tragédia, depara-se com o julgamento de um caso envolvendo o artigo 302, §3º, do CTB⁴⁹. Todos esses casos, sem sombra de dúvidas, podem fazer desconfiar acerca da capacidade do magistrado em julgar o caso, mas não possuem previsão normativa de impedimento.

Nesse sentido, em se comprometendo a imparcialidade do julgador, em casos extremos, é possível o seu afastamento, não sendo a presença da prova ilegal a única hipótese capaz de gerar tal situação.

5. O contato com a prova ilícita é suficiente para desconstituir a imparcialidade do julgador?

Tem-se defendido, ao longo do presente trabalho, a insuficiência em se afirmar que o simples contato do julgador com a prova ilícita seria capaz de, *per si*, torná-lo inapto, impedido, parcial para o julgamento do caso.

Com efeito, não se pode desconsiderar a humanidade e a ordem moral do julgador. Evidentemente, seria ingênuo acreditar que o magistrado, ao ter contato com a prova ilicitamente produzida ou dela derivada, ao reconhecer a sua inutilidade, passaria uma borracha do tempo em seu convencimento, resultando em completa ignorância racional com o que se enxergou e concluiu através daquela determinada prova. No entanto, caminha-se além. O magistrado é dotado de ética e moral práticas para a formação do seu convencimento, o que se realiza através das provas produzidas sob o crivo da legalidade, sendo seu dever fundamentar a decisão judicial de forma analítica, clara e precisa. Isto é, sua função não é exarar juízo opinativo, marcado por achismos, mas sim demonstrar as partes racionalmente a formação do seu convencimento.

É evidente que a nova previsão plasmada no artigo 157, §5º, do CPP, parte inicialmente da presunção de contaminação do juiz que, involuntariamente, tomou conhecimento de determinada prova reputada ilícita. Assim, independentemente das suas

⁴⁹ § 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

razões, mesmo que atento ao longo de toda marcha processual às garantias individuais do réu, prezando pela licitude dos atos processuais, bastaria a prova ilícita para deteriorar toda a imparcialidade do magistrado.

Chama-se à reflexão a importância de se prestigiar, ainda que presumidamente, a plena consciência de que o magistrado possui acerca da sua função e, conseqüentemente, da sua imparcialidade. Dessa forma, ainda que o julgador tenha contato com a prova ilícita, a ela não poderá se socorrer para a formação do seu convencimento. Preza-se, assim, pela credibilidade de que o magistrado vai, voluntariamente, afastar-se da prova ilícita, desconsiderá-la por completo, pautando-se apenas naquelas produzidas sob o crivo da legalidade.

Importa, ainda, asseverar o dever de fundamentação como instrumento de controle da legalidade das provas utilizadas para a formação do convencimento do magistrado. Ora, é por meio da explanação das suas razões de decidir que se permite avaliar se o juiz utilizou determinada prova reputada por ilícita.

Caso não haja justa causa para a formação do preceito condenatório, caso o suporte probatório dos autos não seja suficiente para a configuração da tipicidade, da autoria e da materialidade do fato imputado ao acusado, inegável que o esforço argumentativo do magistrado para utilizar a prova ilícita, ainda que sem mencioná-la, apenas de maneira disfarçada com as constantes nos autos do processo, seria completamente desmedido e irracional.

Na verdade, ousa-se dizer que a sentença seria verdadeira colcha de retalhos, pois apenas mencionaria a fraqueza e a insuficiência de provas que, no caso, não possuiriam o condão de atestar a sua força probatória, apenas como maquiagem a não utilização da prova ilícita, mas refletindo, ao fim, a sua consideração para o convencimento do julgador. Seria, de certa forma, fácil se perceber o distanciamento do magistrado dos seus deveres de ética e moral.⁵⁰

⁵⁰ “Enfim, tomar conhecimento de prova ilícita não conduz o julgador a levá-la em consideração e julgar justamente em sentido prejudicial ao réu. Sejam realistas. Se um juiz tomar conhecimento de prova ilícita, que foi desentranhada, não puder usá-la em sua sentença e, mesmo assim, inventar argumentos para condenar o réu, há de se considerar que é um mau juiz e, ademais, a sua decisão não subsistirá em grau superior, por carência de provas lícitas. Portanto, criar uma causa de impedimento de exercício jurisdicional por um fato que ocorre sempre – contato com provas ilícitas – é desconhecer a realidade atual do Judiciário brasileiro de todas as instâncias. Finalmente, se a prova ilícita, conhecida por um ou mais magistrados, é capaz de “contaminar” o julgador, isso deve ser aplicado a todas as instâncias, até porque a letra da lei (§ 5º do art. 157) menciona,

Assim, argumentar que o mero contato do magistrado com a prova ilícita seria suficiente para afastar a sua imparcialidade é criar terreno fértil à deslegitimação das decisões judiciais no geral, pois partiria de presunção quanto à sua inabilidade para avaliar, no caso concreto, as provas produzidas legalmente e, com base nelas, alcançar a decisão final de mérito. Na verdade, seria atestar a constante desconfiança moral acerca da conduta do julgador.

6. Considerações Conclusivas

Em linhas gerais, sem desconsiderar a importância do debate e todo o tema que se mostra altamente complexo, entendemos que a previsão estampada no artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, é inconstitucional, pois violadora dos artigos 1º, 2º, 5º, inciso XXXVII, e 93, IX, todos da Carta Republicana.

O julgador é apto a avaliar as provas de maneira racional e imparcial, formando o seu convencimento por meio daquelas que se mostrem em harmonia com o ordenamento jurídico, sistematicamente interpretado. Em se deparando com prova obtida ilicitamente, inevitável a aplicação da proporcionalidade, sabendo-se que, em alguns casos, por técnica de ponderação, determinado direito será preterido em face de outro.

Ainda assim, em se concluindo pelo desentranhamento da prova ilícita, o magistrado permanece com a sua imparcialidade hígida, pois alicerçada em princípios de representatividade da sua decisão. O próprio ordenamento jurídico se encarrega de criar instrumentos aptos a avaliar se a imparcialidade do magistrado restou comprometida, seja através do duplo grau de jurisdição ou mesmo pela fundamentação da decisão judicial.

Qualquer esforço do magistrado em, mesmo afastando a prova ilícita, considerá-la no seu convencimento, sem que seja acompanhado de provas lícitas e razoáveis, será completamente despido de fundamento prático, demandando extremado e desumano empenho de convencimento facilmente derrubado em grau recursal.

expressamente, “sentença ou acórdão”. Mas, como acreditamos que o juiz natural e imparcial é a maioria dos que compõem o Judiciário brasileiro, temos convicção de que o referido § 5º é inconstitucional, porque presume parcialidade.” NUCCI, Guilherme de Sousa. Existe juiz contaminado por prova ilícita? *Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP*. Disponível em <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/1124266435/existe-juiz-contaminado-por-prova-ilicita-analise-do-novo-5-do-art-157-do-cpp> Acesso em 26/02/2021.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In Revista do Ministério Público/RJ, n 4.
- _____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. Temas de direito processual. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade do Direito Constitucional, in Revista do Ministério Público, RJ, n 4, 1996.
- CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali, in Revista trimestral di diritto processual civil, volume 67, 1994.
- _____, Le prove civili. Terza edizione. Torino: UTET Giuridica, 2010.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Contaminação psicológica por prova inadmissível (CPP, art. 157, §5º). Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/47-contaminacao-psicologica-por-prova-inadmissivel-cpp-art-157-5>.
- COSTA, João Santos da. Controle de convencionalidade: uma revisão epistemológica à luz dos princípios constitucionais e convencionais do devido processo penal. In Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. v. 6, n. 2, p. 72-92, Jul-Dez. 2020. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/7126/pdf>.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- FERNANDES, Ignácio N. O pacote anticorrupção: a flexibilização da prova ilícita em nome da “justiça e da liberdade”: *uma inversão total das regras do jogo democrático*. In Revista Novatio Iuris. FADERGS, v.7, n. 2, jul.-ago. 2015. Disponível em file:///C:/Users/carla/Downloads/O_PACOTE_ANTICORRUPCAO_A_FLEXIBILIZACAO.pdf.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal, São Paulo: RT, 6ª ed.

- _____, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal, 11ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- GUEDES, Clarissa Diniz. Persuasão racional e limitações probatórias: Enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese de Doutorado apresentada junto a Universidade de São Paulo, 2013, São Paulo.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ensaio de teoria constitucional. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989.
- KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, n.3. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>
- LOPES JUNIOR, Aury. Não basta desentranhar a prova; deve-se "desentranhar" o juiz. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-nov-06/limite-penal-nao-basta-desentranhar-prova-desentranhar-juiz>>. Acesso em 26/02/2021
- _____, Bom para que(m)? Boletim IBCCrim. ano 16. n. 188. p. 9-10. São Paulo: IBCCrim, jul. 2008.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1969.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. Existe juiz contaminado por prova ilícita? Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP. Disponível em <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/1124266435/existe-juiz-contaminado-por-prova-ilicita-analise-do-novo-5-do-art-157-do-cpp>> Acesso em 26/02/2021.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de Direito Processual Civil, 3ª edição, São Paulo: Saraivajur, 2021.
- ROSA, Alexandre Morais da. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Novas tecnologias probatórias e o papel do julgador no processo penal. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 28, v. 167, mai – 20. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20200167.5&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=p&eid=1ed8e300710b2add4a00ad4769810ec0&eat=%5Bere>

[id%3D%221ed8e300710b2add4a00ad4769810ec0%22%5D&pg=III&psl=&nvgS=false.](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20150117.6&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=e&eid=55cd4a46053ff23ab17ddcee871365d1&eat=DTR_2016_113&pg=&psl=&nvgS=false&tmp=9)

SALGRETI, Maria Edith Camargo Ramos. A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 117. Mar. 2021. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20150117.6&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=e&eid=55cd4a46053ff23ab17ddcee871365d1&eat=DTR_2016_113&pg=&psl=&nvgS=false&tmp=9.

SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A flexibilização da prova emprestada. In: *Revista Síntese, Direito Civil e Processual Civil*, ano XII, nº 70, mar./abr. 2011, pp.124/136.