



UNIVERSIDADE  
FEDERAL  
DE PERNAMBUCO

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

DIEGO LUIZ QUEIROZ GOMES

**A PRINCIPALIZAÇÃO DA VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA**

As teorias permissivas de valoração da prova ilícita e o risco para a efetivação de direitos  
fundamentais no processo penal

Recife

2025

**DIEGO LUIZ QUEIROZ GOMES**

**A PRINCIPALIZAÇÃO DA VEDAÇÃO DA PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO**

As teorias permissivas de valoração da prova obtida por meio ilícito e o risco para a efetivação de direitos fundamentais no processo penal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Direito Processual Penal; Provas obtidas por meios ilícitos; Direito à intimidade

**Orientadora:** Prof<sup>a</sup> Dra. Manuela Abath Valença

Recife

2025

Gomes, Diego Luiz Queiroz.

A principalização da vedação da prova obtida por meio ilícito: as teorias permissivas de valoração da prova obtida por meio ilícito e o risco para a efetivação de direitos fundamentais no processo penal / Diego Luiz Queiroz Gomes. - Recife, 2025.

57 p.

Orientador(a): Manuela Abath Valença

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2025.

Inclui referências.

1. Processo Penal. 2. Provas. 3. Provas ilícitas. 4. Direitos fundamentais. 5. Garantias fundamentais. 6. Garantismo penal. I. Valença, Manuela Abath. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

*Em memória de Ivo Gomes, meu pai.  
Por ter garantido que eu chegasse até aqui.  
Meu maior fã.  
Meu apoiador incondicional.*

## AGRADECIMENTOS

Fecho o ciclo da graduação com uma felicidade imensa no coração ao perceber que diversas pessoas me trouxeram até aqui e que, durante o tempo de faculdade, me ajudaram na minha formação como ser humano.

Dedico esse trabalho aos meus pais: Ivo Gomes da Silva (*in memoriam*) e Maria do Carmo Queiroz Gomes. Também à minha avó: Francisca Rosa de Queiroz (*in memoriam*). Graças a vocês, eu tive tudo. Tive um ensino de qualidade, um lar amoroso, oportunidades incontáveis e um incentivo constante pautado na educação, que é a razão de eu ter chegado até aqui.

Meu pai e minha avó sempre falaram que era o sonho deles me ver formado e conquistando o mundo. Onde quer que estejam, deu certo graças a vocês. Muito obrigado.

Tudo isso foi fruto de muitas renúncias e investimentos, capitaneados, sempre, pela minha mãe, minha pessoa favorita no mundo, que, em vários momentos, acreditou mais em mim do que eu mesmo.

Ter alguém que sempre acredita em você é essencial, e eu tive três apoiadores assim, que serão para sempre a dedicatória de qualquer conquista minha, que nunca será somente minha.

Ao meu irmão Ivo Júnior, aos meus padrinhos Amara e Alcemir, obrigado por todo apoio, e pela oportunidade de sonhar tantas coisas em conjunto.

Agradeço também aos amigos para toda uma vida que fiz durante esse processo. À Maria Luiza e Laura, minhas irmãs de outra mãe, também agradeço a tio Renê e à tia Bila, que me acolheram em sua família e me fazem feliz de uma forma que nem consigo descrever.

Agradeço a Gabriel, companheiro de conversas sobre tudo e qualquer coisa, conselheiro para todas as horas, minha amizade indissociável.

À Bruna, Myllena e Joãozinho, amigos da rotina. Para muito além da faculdade. Vocês tornaram a vinda para a capital uma experiência maravilhosa. O tempo longe da minha família foi menos doloroso por ter sido acolhido por vocês. Sempre terei memórias e histórias para contar sobre nossos incontáveis momentos bons, que nutro um carinho maior do que eu mesmo.

À Mariah, por toda ajuda no processo de escrita desse trabalho e à Fernanda, pela escuta amiga, atenta e reconfortante em meio à extrema necessidade, companheiras para uma vida toda. A Cleston e à Mariana Lutibergue, grupo que me acolheu e se faz presente todos os dias comigo.

Os amigos são a família que a gente escolhe, e eu escolhi vocês e vou carregá-los para sempre comigo.

À Professora Manuela Abath, minha orientadora, pela ajuda durante o processo de escrita deste trabalho.

Agradeço também a Anderson Henrique e à Marília Montenegro, presenças constantes durante toda a minha graduação. Com eles fiz ensino, pesquisa e extensão, participei de projetos e fui moldado para sempre, aprendendo muito mais do que qualquer graduação poderia ensinar. Como Marília sempre destacou: as pessoas que conhecemos durante o processo de graduação são a verdadeira escola e a maior riqueza da nossa graduação. E foi verdadeiramente uma riqueza ter trilhado sete desses dez períodos ao lado de vocês.

Destaco aqui também o movimento estudantil, local que me fez muito feliz. Junto a diversos amigos tive a oportunidade de refundar o Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho e permanecer enquanto gestão por 2 mandatos seguidos (e contando). Entre disputas, vitórias e momentos de tensão, a representação estudantil foi uma fase extremamente prazerosa da graduação.

Ao Ministério Público Federal, à Defensoria Pública da União, à Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos, à Secretaria Executiva de Direitos Humanos e a tantos outros locais que trabalhei durante esse período, meu muito obrigado. Fui capacitado profissionalmente por muitas mãos, que terão sempre um papel muito importante na minha trajetória. Menção especial a Caio Hiroshi, Jullia Calado, Thiago Tavares, Polireda Madaly, Alexsandro Felipe, Ana Carolina Batista e Glaucia Kamila. Chefes que viraram amigos.

Expresso gratidão também a todos os servidores, terceirizados, professores e colaboradores a qualquer título da Universidade Federal de Pernambuco - Faculdade de Direito do Recife. O ensino em um país com traços tão adversos segue sendo uma luta constante e, mesmo em meio a tantas problemáticas estruturais, a educação pública gratuita é uma conquista inegociável e uma oportunidade que mudou a minha vida.

Por fim, agradeço à cidade de Recife, um personagem na minha história. Local em que me descobri enquanto homem gay, que me acolheu de braços abertos e que acompanhou todo o meu processo de amadurecimento. A todas as pessoas LGBTQ+ que abriram os caminhos para nós, meu muito obrigado.

*“O real não está na saída nem na chegada  
ele se dispõe para a gente é no meio da travessia”.*

(João Guimarães Rosa)

## RESUMO

GOMES, Diego Luiz Queiroz. *A principalização da vedação da prova ilícita: as teorias permissivas de valoração da prova ilícita e o risco para a efetivação de direitos fundamentais no processo penal*. 2025. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2025.

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objeto de estudo a vedação constitucional das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal brasileiro e o processo de sua relativização por meio de teorias permissivas de valoração. Parte-se da análise dos direitos fundamentais como limites materiais à atuação estatal, especialmente no âmbito do direito processual penal, que deve obedecer a um modelo acusatório constitucionalmente orientado. Examina-se, nesse contexto, a distinção entre regras e princípios, conforme a teoria de Robert Alexy e Robert Dworkin, a fim de demonstrar que a vedação à prova ilícita configura uma regra de eficácia plena, insuscetível de ponderação. O trabalho aborda ainda o impacto das teorias da proporcionalidade e da razoabilidade na flexibilização da norma constitucional, problematizando o fenômeno da “principalização” da regra de exclusão. A partir da análise da relativização casuística da norma de exclusão a provas ilícitas, conclui-se que a criação de exceções fere a textualidade da regra constitucional, que não admite um juízo de ponderação na sua aplicação. Por fim, é destacado a existência de uma “exceção” constitucional e legamento orientada, a prova ilícita *pro reo*, que não é abarcada na vedação, a partir de uma análise do sistema acusatório no processo penal, e do entedimento de que constitui também garantia fundamental defender seu direito à liberdade, razão pela qual haveria a exclusão da ilicitude na elaboração da prova ilícita, afastando a incidência do comando constitucional e avalizando a prova “ilícita” em prol da defesa.

**Palavras-chave:** provas; provas ilícitas; garantias constitucionais; processo penal; principalização; ponderação.



## ABSTRACT

The present work of course completion focuses on the constitutional prohibition of evidence obtained through illicit means in Brazilian criminal proceedings and the process of its relativization through permissive theories of evidentiary valuation. It begins with an analysis of fundamental rights as material limits to state action, particularly within the framework of criminal procedure, which must adhere to a constitutionally oriented accusatory model. In this context, the study examines the distinction between rules and principles, based on the theories of Robert Alexy and Ronald Dworkin, in order to demonstrate that the prohibition of illicit evidence constitutes a fully effective rule, insusceptible to balancing. The work also addresses the impact of proportionality and reasonableness theories on the flexibilization of the constitutional norm, critically discussing the phenomenon of the “principalization” of the exclusionary rule. Based on the analysis of the case-by-case relativization of the exclusion rule, it concludes that the creation of exceptions violates the constitutional text, which does not allow for balancing in its application. Finally, the existence of a constitutionally and legally oriented “exception” is highlighted: the *pro reo* illegal evidence, which is not encompassed by the prohibition, based on an analysis of the accusatory system in criminal procedure, and on the understanding that the right to liberty is also a fundamental guarantee, which is why the unlawfulness in the production of the evidence would be excluded, removing the applicability of the constitutional command and endorsing the “illegal” evidence in favor of the defense.

**Keywords:** evidence; illicit evidence; constitutional guarantees; criminal procedure; principalization; weighing.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>5</b>
2.1. CONCEITO DE NORMA, REGRA E PRINCÍPIO.....	5
2.2. A DUPLA DIMENSÃO E OS EFEITOS AUTÔNOMOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL.....	7
2.3. A RAZOABILIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	9
<b>3. DA REGRA DE EXCLUSÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E O GARANTISMO PENAL.....</b>	<b>14</b>
3.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PROVA ENQUANTO GÊNERO E A PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO.....	14
3.2. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA: PERMISSÃO LEGISLATIVA PARA RELATIVIZAÇÃO.....	16
3.3. O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI E A REGRA DE EXCLUSÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS.....	18
<b>4. PROCESSO DE PRINCIPALIZAÇÃO DA REGRA DE EXCLUSÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS.....</b>	<b>23</b>
4.1. A RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE EXCLUSÃO: JUÍZO DE PONDERAÇÃO UTILIZANDO ARGUMENTAÇÃO BASEADA NOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.....	23
4.2. O EQUILÍBRIO ENTRE A BUSCA DA VERDADE REAL E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: JURISPRUDÊNCIA SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DISPOSTA NO COMANDO CONSTITUCIONAL.....	30
4.3. ANÁLISE DAS PROVAS OBTIDAS “ILICITAMENTE” UTILIZADAS EM BENEFÍCIO DO RÉU E DA DEFESA - “EXCEÇÃO” CONSTITUCIONALMENTE ORIENTADA.....	37
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>42</b>
<b>6. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>44</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A busca pela verdade é um vetor que move o direito processual, seja pela busca de um ideal social de “Justiça” ou pela simples necessidade de verificação fática dos argumentos alegados em Juízo. A ciência do Direito elegeu a verdade como princípio, isto é, como base ideológica a mover o processo, rumo a uma decisão judicial<sup>1</sup>.

No âmbito do direito processual penal, a busca pela verdade é mitigada no contexto em que a doutrina tradicional chama de perseguição à verdade possível<sup>2</sup>, processual ou aproximativa, estabelecida como o estágio mais próximo da certeza<sup>3</sup>.

A consagração de uma verdade processual garante que não haja uma busca a todo custo pela chamada verdade real, definida por Ferrajoli como ‘a verdade absoluta, alcançada sem limites legais, verificável por qualquer meio, sem observância de parâmetros legais ou constitucionais’<sup>4</sup>.

As normas legais sobre direito probatório, máxime no âmbito penal, buscam limitar objetiva ou subjetivamente a atividade probatória, resguardando valores pessoais, como a dignidade, a intimidade<sup>5</sup> e a vida privada, sopesados em um juízo de interesse estabelecido no âmbito da política criminal de cada ordenamento jurídico<sup>6</sup>.

Escreveu Maltaesta (1960, p. 171):

A justiça penal não atinge seus fins, golpeando um bode expiatório qualquer; precisa do verdadeiro delinquente, para que se torne legítima a sua ação. Sem a certeza da culpabilidade, mesmo havendo a aquiescência do acusado, a condenação seria sempre monstruosa, e perturbaria a consciência social mais que qualquer outro delito.<sup>7</sup>

Por meio de tal contexto, é garantida também uma legitimidade ao processo que tem, via de regra, o Estado como autor da ação penal, podendo fazer uso de diversos meios/modos probatórios e de persecução que fazem que haja uma ausência de paridade entre acusado e réu. Um desses limites probatórios corresponde à inadmissibilidade das provas obtidas por

---

<sup>1</sup> MALTAESTA, Nicola Framarino dei, *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, Vol. 2, Saraiva, 1960.

<sup>2</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millenium, 2008, p. 93.

<sup>3</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. RBCCrim 27. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1999, p. 78.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria Del garantismo penale*. 4. ed. Roma: Laterza, 1997, p. 17-18.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

<sup>6</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*, 2.ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 38.

<sup>7</sup> MALTAESTA, Nicola Framarino dei, *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, Vol. 2, Saraiva, 1960, p. 171.

meios ilícitos, conforme regra disposta no artigo 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>8</sup>, introduzido no Código de Processo Penal em seu artigo 157<sup>9</sup>.

No entanto, mesmo tratando-se de uma regra, taxativa e de eficácia imediata, a vedação às provas obtidas por meios ilícitos não é absoluta e ilimitada, existindo diversas teorias que vão desde a defesa de que a inadmissibilidade da prova proibida deveria ser absoluta e sem exceções (teoria obstativa) até à teoria diametralmente oposta que defende que todas as provas, independentemente do meio pelo qual foram obtidas, devem ser admitidas e valoradas em processo penal (teoria permissiva). Existem ainda diversas teorias intermédias (*pro reo*, *pro societate*, teoria dos três degraus ou teoria da proporcionalidade), que relativizam a regra em casos específicos.

Analisado o contexto descrito, fica claro que existem diversas teorias permissivas quanto ao uso de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito processual penal. A regra, portanto, perde sua eficácia quando existem exceções à sua incidência. Luis Prieto, estudioso do método de ponderação como um racionalizador das decisões judiciais, alertava acerca do risco do processo de ‘principalização’<sup>10</sup>, definido por Gáscon (2014) como a possibilidade de transformar em regras os princípios (aqueles feitos ou satisfeitos por elas) que podem ser derrotados pela ponderação em casos específicos por outros princípios conflitantes.<sup>11</sup>

Tal contexto é constatado no caso da regra de desentranhamento/exclusão das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, que tem passado por um processo de principalização, em que é analisado casuisticamente a eficácia da regra ou até mesmo sua necessidade de incidência, vide o farto arcabouço de teorias que relativizam a presença de provas obtidas por meios ilícitos frente a argumentações baseadas em necessidade, oportunidade ou, até mesmo, conveniência processual.

É facilmente perceptível que a admissão da prova obtidas por meios ilícitos tem o potencial de gerar um efeito nocivo ao processo penal, máxime quando está em disputa a efetividade de garantias constitucionais fundamentais como o direito à intimidade, corriqueiramente esticado e relativizado em diversos casos durante a instrução probatória do âmbito penal. Em virtude do narrado processo de principalização da regra, faz-se necessário

---

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, LVI: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 157 - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

<sup>10</sup> PRIETO, Luis Sanchis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In:

<sup>11</sup> MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (Coord.). Os fatos no processo penal. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. Além da Verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas, p. 142.

investigar se há um risco à efetivação do direito fundamental à inadmissão em relação às provas obtidas ilicitamente, no que tange à existência de diversas teorias permissivas acerca da possibilidade de manutenção no processo penal e valoração dessa prova.

Realizada a escolha constitucional pelo processo penal acusatório, essa forma de ordenar o sistema instrutório penal fica muito bem evidenciada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao prever como princípios garantidores e inerentes ao Estado democrático de Direito as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV), do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), do pleno acesso à Justiça (CF, artigo 5º, LXXXIV), do juiz e do promotor natural (CF, artigo 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário e equidistante das partes (CF, artigo 5º, caput e I), da ampla defesa (artigo 5º, LV, LVI, LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (artigo 93, IX) e da presunção da inocência (CF, artigo 5º, LVII).

Dessarte, fulcral pontuar que o processo penal acusatório não se coaduna com a obtenção de provas ou uso de métodos instrutórios que tenham como premissa a busca pela verdade a todo custo, razão pela qual existe a vedação às provas obtidas por meios ilícitos no ordenamento jurídico brasileiro. No cenário atual, existe uma gama de exceções à regra, que a tornam ineficaz, visto que não poderia ceder e ter sua atuação mitigada ou não mais seria uma regra, mas sim um princípio. Conforme pontuado por Gascón (2014) ‘o enfraquecimento das garantias é um ‘caminho escorregadio (*sliperry slope*) sabemos como começa, mas não como acaba’<sup>12</sup>.

O processo penal possui diversos meios instrutórios de produção de prova que atentam contra o direito à intimidade, tais como as medidas de busca e apreensão, quebras de sigilos bancário, telemático ou telefônico, a possibilidade de realização de escutas telefônicas, dentre outras medidas, razão pela qual as decisões que autorizam a devassa estatal nesse campo da vida particular devem ser fundamentadas e seguir um rito legalmente estabelecido, sob pena de nulidade e desentranhamento dos materiais obtidos.

A ausência de parâmetro durante a instrução processual penal sobre quais seriam realmente as vedações para a produção e obtenção de provas obtidas por meios ilícitos gera uma primazia do fenômeno do ‘law & order’, explicado pela valoração máxima de uma visão deturpada de segurança, vigilância e controle<sup>13</sup>, em um cenário social que tem como pano de fundo a reprodução exaustiva das ideias de que notórios criminosos ficam impunes com base

<sup>12</sup> MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (Coord.). Os fatos no processo penal. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. Além da Verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas, p. 145.

<sup>13</sup> MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (Coord.). Os fatos no processo penal. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. Além da Verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas, p. 143.

em ‘meros detalhes’ processuais ou que o Estado faz de sua tarefa rotineira a exclusão de provas como uma forma de premiar a pessoa entendida como criminosa<sup>14</sup>.

A opinião pública, no ponto, possui patente responsabilidade no processo de principialização narrado, visto que defende fartamente a ideia de que em alguns casos o desrespeito a certas garantias fundamentais não somente seria algo possível como necessário para se chegar à sanção máxima da privação de liberdade.

É certo que o respeito aos direitos e às garantias fundamentais constitui uma baliza do processo penal acusador, não podendo ser relativizada por mera análise casuística. Nesse sentido, o risco, para além de ser teoricamente relevante, apresenta reflexos práticos consideráveis, de modo que deve ser entendido a fundo se há efetivo prejuízo ao direito constitucionalmente assegurado de vedação à provas ilícitas.

---

<sup>14</sup> MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (Coord.). Os fatos no processo penal. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. Além da Verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas, p. 143.

## 2. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1. CONCEITO DE NORMA, REGRA E PRINCÍPIO

A história do constitucionalismo enquanto fenômeno social, político e jurídico pode ser definida pela busca da limitação do Poder do Estado, na tentativa de afastar o uso da força arbitrária pelas autoridades públicas<sup>15</sup>.

No mundo, a necessidade de limitar a atuação do Estado na esfera privada do indivíduo, a partir do estabelecimento de comandos normativos de vigência e aplicabilidade imediata<sup>16</sup>, guiou a teorização das normas constitucionais que, além de discorrer sobre a organização do Estado, também preceituam acerca de garantias imprescindíveis para manutenção do contrato social, a partir da ótica fundante do chamado “Estado de Direito”<sup>17</sup>.

Dado o grau de importância da matéria, diversos estudiosos tentaram viabilizar um método interpretativo desses regramentos, respeitando a necessidade de clarear a vagueza e facilitar a aplicação nos casos concretos, com a necessidade, também, de afastar do arbítrio dos julgadores o processo, que igualmente deveriam seguir regras interpretativas<sup>18</sup>.

Alexy (1993) criou um método próprio de interpretação constitucional, a partir da definição desses comandos constitucionais normativos em 2 espécies: regra e princípio, com o diferencial de afirmar que entre eles há uma diferença ontológica e qualitativa<sup>19</sup>.

Para o teórico, tanto as regras quanto os princípios devem ser compreendidos como normas porque ambos dizem o que deve ser<sup>20</sup>, assumindo, portanto, uma função reguladora da conduta social para aquilo que é permitido legalmente. Ambos os comandos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas que definem uma obrigação (mandado), uma permissão (faculdade) e uma proibição (não fazer)<sup>21</sup>.

A diferença entre o pensamento de Alexy e as demais teorias que dissertam acerca da distinção entre regras e princípios está no fato de que não foi dado protagonismo a conceitos como generalidade ou abstração para firmar a diferença entre os institutos, mas sim na forma de cumprimento e incidência das espécies normativas.

<sup>15</sup> ANDRADE, Geraldo; TORRES, Tiago. *Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Clube de Autores, 2018, p. 18.

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>17</sup> CANOTILHO, José J. Gomes. “Estado de direito.” 1999.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>21</sup> POGREBINSCHI, Thamy. Regras e princípios: uma distinção básica. [S.l.]: [s.n.], [s.d.], p. 01. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Thamy-Pogrebinski/publication/266073201\\_Regras\\_e\\_Principios\\_uma\\_distincao\\_basica/links/550ecdd10cf2ac2905acb096/Regras-e-Principios-uma-distincao-basica.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Thamy-Pogrebinski/publication/266073201_Regras_e_Principios_uma_distincao_basica/links/550ecdd10cf2ac2905acb096/Regras-e-Principios-uma-distincao-basica.pdf).

As regras, segundo Alexy (1993), são normas que se aplicam de forma definitiva e excludente, definida por Dworkin como estrutura lógica do tipo “tudo ou nada” (*all-or-nothing*)<sup>22</sup>. Isso significa que, quando se verifica a situação fática prevista pela regra e esta é válida, ela deve ser aplicada integralmente, sem gradação ou ponderação de sua eficácia. A aplicação de uma regra, portanto, depende apenas da constatação de que seus pressupostos fáticos se realizaram. Sua eficácia é direta, automática e determinada.

Um exemplo de uma regra, de caráter cogente e eficácia direta e determinada corresponde à inadmissibilidade das provas ilícitas, conforme regra disposta no artigo 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

O artigo expressa uma regra, classificada como de cunho proibitivo, vedando, sem mencionar quaisquer exceções, a admissibilidade de provas obtidas por meio ilícitos. Para cumprimento da regra a conclusão é objetiva, descartar as provas obtidas ilicitamente do âmbito processual, inexistindo meio-termo ou cumprimento parcial.

Por conseguinte, a colisão entre regras não pode ser resolvida por meio de ponderação, mas apenas mediante critérios formais como hierarquia normativa (*lex superior*), especialidade (*lex specialis*) ou temporalidade (*lex posterior*). Se duas regras colidem, uma delas necessariamente deve ser afastada, porquanto ambas não podem ser simultaneamente aplicadas sem gerar contradição lógica.

Nesse sentido, Dworkin (2010, p. 43) afirma que “se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”. Trata-se de um modelo binário de normatividade, em que as regras funcionam como comandos rígidos, conferindo previsibilidade ao sistema jurídico.

Por outro lado, os princípios constituem normas de natureza diferente. Ao contrário das regras, eles não determinam comandos definitivos, mas sim mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, levando em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

O conteúdo normativo de um princípio não se realiza de forma binária, mas sim em graus. Isso significa que princípios são dotados de dimensão de peso ou valorados a partir do grau de importância e exigem, para sua aplicação, um exercício de ponderação racional (Dworkin, 2010).

---

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Harvard University Press, Cambridge, 1977.



Esse critério é definido pela importância ou pelo peso relativo que um princípio tem em relação a outro princípio quando os dois colidem em um caso concreto. A partir desse conflito normativo, a decisão é tomada em virtude de um princípio (P1) ter, diante das circunstâncias concretas, uma importância ou um peso relativo menor do que o do outro princípio em análise (P2).

A principal implicação dessa concepção é que, ao contrário do que ocorre com as regras, os princípios não se excluem mutuamente em caso de colisão, mas sim se contrapõem em uma relação de tensão que deve ser resolvida por meio de juízos ponderados. No caso concreto, um princípio cede em detrimento do outro.

Para Alexy (1993), mesmo quando uma regra for elaborada com uma redação vaga, a partir do uso de adjetivos como ilícito, negligente, razoável, proporcional, ainda assim não haveria modificação na forma interpretativa do “tudo ou nada”.

Não seria possível a ocorrência do fenômeno da principialização, conversão de uma regra em princípio, já que mesmo com a redação vaga, a regra ainda assim restringe a incidência normativa pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o ‘tipo’ de princípios e políticas dos quais pode depender a regra (Dworkin, 2010).

## 2.2. A DUPLA DIMENSÃO E OS EFEITOS AUTÔNOMOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL

O caráter duplo dos direitos fundamentais é teorizado por diversos autores, que identificam a dimensão subjetiva, na qual os direitos fundamentais são percebidos como uma garantia individual do sujeito, e a dimensão objetiva, que relaciona as garantias fundamentais ao Estado, como normas programáticas e vinculam a atuação estatal e da coletividade como um interesse público.

Na obra de Canotilho (2003, p. 1256) é fornecida uma fundamentação sobre a dupla-face objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, em que é esclarecido que o lado subjetivo ocorre quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo”, e a fundamentação enquanto norma objetiva ocorre “quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária”.

Sarlet (2015, p. 149) discorre na sua obra que a fundamentação objetiva do direito fundamental, tomando como base o viés nacional brasileiro, vincula não somente o interesse coletivo a partir de um conceito jurídico indeterminado, mas também deve guiar a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A partir de uma análise das normas fundamentais principiológicas, com uma densidade valorativa acentuada, os direitos fundamentais representam valores da comunidade que devem ser observados e realizados. (Campos, 2015).

Com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não analisando a norma de forma individual mas sim objetiva, pode ser percebido o dever do Estado de fomentar, promover e respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos e estrangeiros daquele território, perpassando as experiências individuais e possuindo uma “mais-valia jurídica” (Andrade, 2012), que significa que os direitos fundamentais possuem efeitos autônomos.

A obra de Sarlet (2015, p. 153) dedica uma farta análise sobre a função autônoma dos direitos fundamentais, com foco na perspectiva objetiva que é subdividida em quatro vertentes. O primeiro desdobramento percebe no direito fundamental uma força irradiante, como elementos norteadores à formulação, aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, sempre à luz das normativas constitucionais pertinentes, “significando uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, semelhante à técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição”.

O segundo desdobramento, fruto do receio gerado nos teóricos constitucionalistas acerca dos deslindes dos regimes totalitários, guarda relação com a proteção de certas instituições centrais do Estado, que não poderiam ser modificadas pela ação do legislativo, o que no Brasil é entendido como cláusulas pétreas, dispostas no artigo 60, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>23</sup>.

Já o terceiro desdobramento está na percepção de que o Estado constitui um ente que detém o monopólio de uso e aplicação da força, em clara disparidade para com o particular, razão pela qual deve assegurar proteções em relação ao próprio Estado quanto a agressões advindas de particulares ou de outros Estados.

O quarto desdobramento, por fim, é analisado muito além do conteúdo da própria garantia, como parâmetro para criação e constituição de organizações ou instituições e os procedimentos a serem seguidos por elas.

Desse modo, os direitos fundamentais são percebidos, a partir da dimensão objetiva, como uma vinculação dos poderes públicos acerca da necessidade de atenção aos direitos fundamentais na atuação estatal.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 60, §3º § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

No âmbito penal, a necessidade de vinculação advinda da disparidade de poder na relação entre Estado e particular, teorizada por Sarlet no terceiro desdobramento, é ainda mais necessária. Como detentor do monopólio do uso da força, do dever repressivo e preventivo de combater a ocorrência de infrações penais, o Estado adentra a relação penal com indivíduo em notável contexto de disparidade, razão pela qual a atenção aos direitos fundamentais, enquanto ferramentas que vinculam o poder já desbalanceado desse Estado vigilante e repressivo é imprescindível.

Especificamente no debate processual penal brasileiro, as garantias fundamentais atuam como verdadeiros limites, a partir de um modelo acusatório constitucionalmente orientado.

Essa eficácia objetiva significa que os direitos fundamentais não se limitam a atuar como barreiras defensivas no plano individual, mas se projetam estruturalmente sobre a configuração do próprio sistema processual penal, estabelecendo critérios normativos que não podem ser afastados, sob pena de nulidade ou de inconstitucionalidade dos atos praticados.

### 2.3. A RAZOABILIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O direito processual penal, enquanto ramo instrumental, desempenha uma função complementar na estrutura do Estado de Direito. De um lado, busca assegurar a efetividade da jurisdição penal, possibilitando ao Estado o exercício do *ius puniendi* de forma legítima. De outro, atua como verdadeiro limite ao poder estatal, impondo freios rigorosos para que a persecução penal não se transforme em instrumento de opressão, violação de direitos ou arbítrio.

É justamente na tensão permanente entre esses dois vetores - a efetividade da resposta penal e a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais - que emergem os princípios da ponderação e da proporcionalidade como instrumentos normativos, hermenêuticos e decisórios de indiscutível relevância (Peruchin, 2015).

Com o surgimento do Estado de Direito, a partir da ótica do respeito aos direitos fundamentais como centro gravitacional da ordem jurídica, houve a adoção de princípios coligados para fins de aplicação do direito material: razoabilidade e proporcionalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro não há explícita menção à razoabilidade e à proporcionalidade enquanto princípios constitucionais, razão pela qual alguns autores defendem que tais normativas teriam arrimo no § 2º do art. 5º da Constituição da República

Federativa do Brasil. Contudo, observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertencem à natureza e essência do Estado de Direito.

Sobre o tema, Bonavides (1993. p. 315)<sup>24</sup>:

[...] trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.

No mesmo sentido, Mendes (1998, p. 39)<sup>25</sup>: “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o fim a ser atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).”.

No campo do direito penal, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ganham ainda mais densidade valorativa quando analisados sob a ótica de que, com a incidência desse princípio garantias fundamentais podem ser relativizadas, dando azo à possibilidade de o Estado Juiz retirar a liberdade do acusado. Nesse campo, toda a persecução penal, seja durante a instrução processual, produção de provas ou no ato decisório, deve ser sopesada a partir do exercício constante de se estaria ocorrendo excessos entre os meios utilizados e os fins perseguidos.

A doutrina alemã destaca que o princípio da proporcionalidade deve ser analisado com base na decomposição em 3 subprincípios: a adequação ou pertinência, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

Neves (2010) define bem o conceito desse sistema trifásico. A pertinência muitas vezes é confundida com vedação ao arbítrio, com base no nexo de causalidade (meio) e o fim almejado (resultado). A necessidade é destacada com a necessidade de sopesar os meios utilizados para alcançar aquele determinado fim: “Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais”.

Já a proporcionalidade em sentido estrito recai sobre a análise holística do contexto, levando em consideração “o conjunto de interesses em jogo”, a partir da máxima de que “Um meio é proporcional se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.”.

Importante destacar também a discussão acerca de qual seria o “fim perseguido” pelo processo penal. No sistema processual penal o interesse em jogo é dúplice. De um lado

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 315.

<sup>25</sup> "Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade", São Paulo: 1998, Celso Bastos Editor. p. 39

está a conduta penalmente relevante realizada em desfavor de um bem juridicamente tutelado pelo direito penal e de outro está a possibilidade de o Estado restringir a liberdade do agente, motivo pelo qual a razoabilidade e a proporcionalidade estão sempre presentes como imperativos de análise do caso concreto para fins de atingir a melhor resposta.

A adoção desses princípios determina que o fim a ser alcançado no caso concreto não é a verdade real, conforme já pontuado, mas sim a verdade possível, nos meios legais definidos pela legislação penal, sem a possibilidade de ocorrência de arbítrio e no formato menos oneroso para os interesses sopesados.

Ao analisar todo o processo sob a ótica da disparidade de meios e prerrogativas entre as partes, quando a persecução ao fato penalmente relevante é realizado pelo Ministério Público, detentor das prerrogativas do Estado Juiz, a restrição a direitos fundamentais tendo como base a argumentação em que é citado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade pode levar a um caminho oposto ao que alçou tais normativas à função de baliza da interpretação constitucional.

Peruchin (2015) afirma que a noção de limites dos direitos fundamentais não pode soar estranha, razão pela qual a própria Constituição admite a limitação a um direito fundamental realizado pelo legislador, como forma também de permitir outras limitações - legislativas - que tenham como pressuposto a análise da proteção adequada aos bens constitucionalmente relevantes.

Contudo, destaca também que há um risco nessa argumentação, visto que tem o condão de gerar a “pura ponderação entre valores ou princípios opostos, baseada em critérios verdadeiramente decisionistas”<sup>26</sup>. Conjuntura que pode ser percebida no processo penal enquanto baliza decisória para relativização, no caso concreto, de garantias constitucionais sem que haja necessariamente uma fundamentação apta a gerar a restrição do direito fundamental analisado, restrição que deveria ser guiada com base em premissas previamente estabelecidas, sob pena de chegar a arbitrariedade, vedada mutuamente tanto pelo princípio da proporcionalidade quanto pelo princípio da razoabilidade.

Para certos doutrinadores, sobretudo no âmbito da jurisprudência alemã, com forte reverberação da jurisprudência brasileira, a efetiva satisfação da tutela penal, com sentido de punir o ente desviante, seria motivo suficiente para justificar os sacrifícios de direitos e garantias fundamentais, motivo pelo qual entender-se-ia legítima a não observância de

---

<sup>26</sup> PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. O princípio da proporcionalidade como ferramenta eficaz para a aferição da ilegitimidade da indevida restrição a direitos fundamentais, no âmbito do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 227.

normas relativas à produção de provas no âmbito da instrução processual penal. Tudo isso seria ditado “pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade”<sup>27</sup>.

Antonio Magalhães destaca que esse procedimento de separação entre a incidência de direitos fundamentais apenas em delitos “menos graves” ou “mais graves” faria com que nas situações de criminalidade mais grave houvesse sempre uma verdadeira banalização dos direitos fundamentais<sup>28</sup>, criando distinção de tratamento não previsto na Constituição.

Ademais, a dúvida persistiria ainda sobre o método de aferir o *quantum* da gravidade de delito apta a afastar a incidência dos direitos fundamentais no caso, tudo com base na argumentação da razoabilidade e da proporcionalidade desconectada do cerne desses conjuntos normativos.

A mesma argumentação foi trazida pelo ministro Sepúlveda Pertence ao analisar a admissibilidade de provas obtidas ilicitamente no âmbito do c, conforme trecho do voto transcrito abaixo:

2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF/1988 (LGL\1988\3), art. 5.º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação." Destaca-se ainda do voto do eminente relator: "De resto, graduar a vedação da admissibilidade e valoração da prova ilícita, segundo a gravidade da imputação, constituiria instituir a sistemática violação de outra garantia constitucional - a presunção de inocência - em relação a quantos fossem acusados ou meramente suspeitos da prática de determinados crimes."<sup>29</sup>

No mesmo sentido, argumentação constante do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, como relator do RHC n. 90.376-RJ:

Cabe ter presente, também, por necessário, que o princípio da proporcionalidade, em sendo alegado pelo Poder Público, não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado nem aplicado indiscriminadamente pelos órgãos do Estado, ainda mais quando se

<sup>27</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal, Coimbra, Coimbra Ed., 1992, p. 28-34.

<sup>28</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 85, p. 401, jul./ago. 2010.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 80.949-9/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. Julgado em: 20 set. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 197, 17 out. 2011. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 23 jul. 2025.

acharem expostos, a uma nítida situação de risco, como sucedeu na espécie, direitos fundamentais assegurados pela Constituição.<sup>30</sup>

No caso fica claro que o princípio da proporcionalidade, no âmbito processual penal ganha outro significado, verdadeiramente deturpado da própria razão de ser do sistema processual penal, enquanto instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

Conforme Marina Gáscon bem pontua, a sociedade, com forte apelo ao riscos gerados à segurança pública com a crescente na criminalidade, fenômeno presente em quase todo o mundo, adotou fortemente ao fenômeno do “law & order”, que propõe a resolução de crimes a qualquer custo, com o claro intuito de gerar na população o suposto “cumprimento da lei”, em detrimento dos agentes desviantes<sup>31</sup>.

Ocorre que o fenômeno, em verdade, efetivamente gera o descumprimento da lei ao ignorar, por diversos momentos, as garantias fundamentais do acusado no âmbito processual. Seja pelo descumprimento de prazos, pela relativização da presunção de inocência ou pela admissão de provas ilícitas, o princípio da proporcionalidade atua como um mandado de otimização do sistema penal, otimização que deve ser lida como uma forma de gerar a sanção penal, ao final.

Nesse sentido, sem que realmente haja uma modificação da legislação e das garantias constitucionalmente previstas, o que, inclusive, pode gerar discordância em virtude do status de cláusula pétrea constitucional dessas garantias, a jurisprudência adotam a proporcionalidade na fundamentação das decisões que violam os direitos fundamentais, colocando em debate e em verdadeiro confronto os direitos do acusado frente a uma criação metajurídica no processo penal que seriam os direitos da sociedade.

É, portanto, indispensável que o uso da razoabilidade e da proporcionalidade se submeta a parâmetros rigorosos, previamente definidos, e jamais autorize a subversão dos fundamentos constitucionais, sob pena de legitimar práticas incompatíveis com um processo penal regido pelo devido processo legal, para que seja endossado o esvaziamento de garantias constitucionalmente reconhecidas e sem possibilidade de interpretação aberta ao arbítrio.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 90.376/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgado em: 02 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 161, 22 ago. 2011. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 23 jul. 2025.

<sup>31</sup> MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (Coord.). Os fatos no processo penal. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. Além da Verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas, p. 143.

### **3. DA REGRA DE EXCLUSÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS E O GARANTISMO PENAL**

#### **3.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS DA PROVA ENQUANTO GÊNERO E A PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO**

Ao ter notícia da ocorrência de um fato ilícito, direcionado ao bem juridicamente relevante e tutelado pelo direito penal, é inaugurada a persecução penal, seja pela autoridade policial, seja pelo próprio Ministério Público ou por iniciativa da vítima, enquanto titular do direito de queixa que dá ciência do ilícito penal ao Estado.

Todos esses modelos de persecução penal redundam na mesma necessidade: o de provar a ocorrência do delito, o dano gerado ao bem tutelado pelo direito penal, enquanto institutos da materialidade, o nexo de causalidade entre eles e o autor que praticou o dano, para fins de responsabilização penal.

O estabelecimento de todos esses requisitos para a resposta penal do Estado Juiz está estritamente ligado à ideia de que é necessário seguir um rito pré estabelecido, um procedimento próprio de formação dessa prova, que será utilizada como instrumento apto à condenação ou à absolvição. O procedimento penal.

Távora (2017, p. 618) explica que existem três sentidos para o termo “prova”: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos) demonstrando a verdade de um fato.

Para fins de aferição da ilicitude da prova, o sentido eleito é o de prova enquanto “meio”, apto a demonstrar a verdade de um fato ou a relação desse fato com uma argumentação trazida ao caso.

Nesse sentido, afirma Avena (2018, p. 537-538):

Prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias.[...] No processo penal, a produção da prova objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo. Não se destina, portanto, às partes que a produzem ou requerem, mas ao magistrado, possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal.

Uma vez que é impossível realizar a reprodução exata do fato que enseja no caso concreto a aplicação da lei penal, o meio de prova surge como uma forma de, na busca da verdade possível, levar ao conhecimento do Juízo competente o modo com que o fato ocorreu



para que seja formado o convencimento que subsidiará a decisão posterior, sancionatória ou não.

Para que seja perfeito esse procedimento de formação da prova, a busca por essa reprodução dos fatos tem o condão de violar direitos fundamentais, uma vez que a instrução penal precisa demonstrar a materialidade do dano e a sua autoria para além de toda dúvida razoável, quando a condenação é o resultado alcançado.

Conceituada a prova enquanto gênero, faz-se necessário definir a prova obtida ilicitamente. O artigo 157 do Código de Processo Penal define a prova ilícita, sendo aquelas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”.

No mesmo sentido, Fernando Capez (2005, p. 263) preleciona que:

Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de prova ilícita. Desse modo, serão todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aqueles que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, uma confissão obtida sob tortura (lei n.9.455/97), uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (CP, art.150), a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica (Lei n.9.296/96, art.10) e assim por diante.

Caso haja desrespeito às normas materiais, definidas como aquelas que estabelecem direitos, deveres e proibições substanciais no âmbito das relações jurídicas, tem-se comprometido o conteúdo essencial do direito, com o reconhecimento da ilicitude da prova.

Já as provas ilegítimas, espécie do gênero das provas obtidas por meios ilícitos, são obtidas com desrespeito às normas processuais atinentes ao caso concreto. Como no caso em que uma medida de busca e apreensão tenha sido realizada de madrugada, em desrespeito ao art. 22, III da lei 13.869/19, em que o legislador, ao tipificar como crime de abuso de autoridade, definiu como crime o cumprimento de busca domiciliar entre 21h e 5h. Logo, a ilegalidade restaria configurada na realização da cautelar durante esse período.

Nesse sentido, a prova obtida por meios ilícitos é definida objetivamente, a partir da análise do procedimento que gerou a reprodução daquele fato no âmbito da instrução processual.

No âmbito penal a instrução processual é marcada pela necessidade de analisar esferas privativas da vida pessoal daquele agente que figura como réu, tais como a intimidade, a privacidade, o domicílio, os sigilos bancários, telemáticos, telefônicos, dentre outros. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (Brasil, 1988),

instituindo, assim, a regra da inadmissibilidade da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse ponto, cabe informar que a redação da regra desconsiderou classificação doutrinária que diferenciava provas ilícitas e ilegítimas, razão pela qual é entendida como gênero a prova “obtida por meio ilícito”.

Referendando tal conclusão, Aury (2021, p. 174): “Para o legislador, não há distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas, na medida em que o art. 157 consagra as duas espécies sob um mesmo conceito, o de prova ilícita.”.

A redação ampla e abrangente do texto constitucional optou por unificar ambas as categorias sob a designação geral de “provas obtidas por meios ilícitos”, o que sinaliza uma intenção deliberada do constituinte de adotar um critério objetivo e inclusivo de exclusão, capaz de abranger toda forma de obtenção probatória que se afaste dos parâmetros legais e constitucionais.

Sendo esse o posicionamento conceitual utilizado no presente trabalho.

### 3.2. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA: PERMISSÃO LEGISLATIVA PARA RELATIVIZAÇÃO.

Como uma forma de dar a robustez à vedação às provas obtidas por meios ilícitos, o legislador infraconstitucional positivou no ordenamento jurídico brasileiro a vedação à prova ilícita por derivação, conceituada na doutrina americana “fruits of the poisonous tree”, teoria dos frutos da árvore envenenada.

A teoria afirma que caso uma prova obtida ilicitamente seja utilizada como fundamentação para o deferimento de obtenção de uma nova prova, de forma lícita, haveria a necessidade que essa nova prova lícita também fosse desentranhada dos autos, uma vez que, se a prova ilícita não tivesse aportado aos autos, aquela, lícita, não teria sido produzida.

Motivo pelo qual ela se torna um fruto “envenenado”, um resultado de uma prova que não deveria, sequer, ter sido apta para contato do Juízo.

Avena (2014) afirma sobre essa teoria:

Trata-se, enfim, da aplicação da teoria norteamericana dos Frutos da Árvore Envenenada (fruits of the poisonous tree), segundo a qual o defeito existente no tronco contamina os frutos. Consagrada esta teoria, há vários anos, pela jurisprudência brasileira, usava-se como fundamento legal para sua aplicação a regra do art. 573, § 1.º, do CPP, dispondo que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequências”. Transpondo-se essa disposição para o tema de provas, resultava que a ilicitude de uma prova, uma vez reconhecida, causará a ilicitude das provas que dela diretamente decorram.

Nesse sentido, conforme o Código de Processo Penal (1941), em seu artigo 157 § 1º “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

A normativa vem para determinar que, existindo uma mácula no processo penal, todas as outras provas que derivam dessa mácula não podem ser entendidas como lícitas, uma vez que a fundamentação da inclusão ou da produção daquela prova nova, mesmo que angariada mediante respeito de todo o conjunto normativo pertinente, é contaminada.

Portanto, o comando normativo do 1º parágrafo do artigo 157 do CPP vem no intuito de dar efetividade ao comando constitucional, visto que não é coerente permitir que provas originadas de uma atividade ilegal permaneçam no bojo do processo.

Já o segundo parágrafo do mesmo artigo disciplina exceções, tão somente, à normativa trazida em relação às provas ilícitas por derivação. Ao afirmar que tais provas são inadmissíveis “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”.

Nesse ponto, importante frisar que a exceção incide, tão somente, na normativa acerca da prova ilícita por derivação, associada à teoria dos frutos da árvore envenenada. Tal constatação deve-se à literalidade da norma que, ao relacionar “umas e outras”, faz comparação entre uma norma ilícita e uma lícita, razão pela qual a normativa constante do caput, que regulamenta o comando constitucional não foi excepcionada.

Outro fator que corrobora com a visão aqui apresentada é que o comando constitucional do art. 5º, LVI, que trata das provas “originárias”, obtidas por meio ilícitos, não destaca quaisquer exceções passíveis de relativização.

Em síntese, a norma não necessita de qualquer complementação material para que possa ser compreendida e aplicada, visto que é uma norma de aplicabilidade imediata, segundo a classificação de José Afonso da Silva. O que, diferentemente, ocorre em outros incisos do mesmo artigo como no caso da impossibilidade do civilmente identificado ser submetido a identificação criminal. O inciso LVIII do artigo 5º da CRFB, que dispõe sobre essa prerrogativa fundamental, em sua parte final, destaca que tal identificação criminal é vedada, “salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Ao não reproduzir a mesma forma de exceção, própria de outros incisos do mesmo artigo, o legislador constituinte não previu quaisquer exceções ao comando que veda, explicitamente, a admissão das provas obtidas de forma ilícita, tópico que será abordado de forma mais aprofundada posteriormente.

Outro fato que aponta para a mesma conclusão é a incidência do princípio da interpretação conforme à Constituição, que impõe ao intérprete o dever de compatibilizar as normas infraconstitucionais com o texto constitucional, sem que seja realizada qualquer tipo de subversão que modifique a hierarquia normativa.

Diante disso, não se pode interpretar leis infraconstitucionais de forma a flexibilizar uma vedação constitucional absoluta, sob pena de se esvaziar a força normativa da Constituição e comprometer a coerência e a estabilidade do ordenamento jurídico.

A exceção constante na legislação infraconstitucional não teria o condão de modificar a Constituição Federal para prever hipótese excepcionadora quando não prevista a possibilidade de regulamentação por parte da lei, motivado pela presença, também, de hierarquia entre as espécies normativas.

Tal conclusão é imprescindível para o presente estudo. Ao constatar que há a possibilidade de admissão legal apenas de provas lícitas derivadas de ilícitas, fica claro que quaisquer teoria permissivas, quando empregadas em sentido de admitir provas originariamente ilícitas no processo penal, utilizando o comando normativo do artigo 157, §2ª, estão claramente sendo utilizadas de forma desarrazoada.

As teorias permissivas mais empregadas, como a teoria do encontro fortuito de provas, teoria da descoberta independente ou do nexo causal mitigado partem do sentido de existência de relação de uma prova com outra, razão pela qual a prova prévia preexistente é necessária, ou não haveria relação a ser realizada que embasasse a admissão da prova.

O fenômeno de relativização do comando constitucional, portanto, fica ainda mais deturpado em virtude da mácula conceitual em aplicar teorias permissivas que admitem provas derivadas de outras para admitir provas originárias, vedado expressamente pela norma constitucional.

### 3.3. O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI E A REGRA DE EXCLUSÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

Ferrajoli (1997), a partir da criação da matriz teórica do garantismo penal, deu outro sentido à ideia de observância de critérios constitucionais no âmbito do processo penal. No livro intitulado ‘Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal’, o autor defende a submissão do procedimento para responsabilização penal aos comandos e preceitos no texto constitucional ao qual o ordenamento é vinculado.

A teoria não discorre somente do direito penal, possuindo três sentidos esmiuçados pelo autor: sistema normativo de direito, teoria crítica do direito e filosofia do direito. Freitas,

Mandarino e Rosa (2017, p. 144) resumem o sistema garantista em suas mencionadas concepções, confirmando que elas se adequam a um Estado que pretenda o status de democrático:

Na primeira concepção, o garantismo é um modelo normativo legítimo do Estado de Direito e implicaria uma limitação estatal punitiva pelos comandos constitucionais. Na segunda concepção, teoria jurídica da validade e da efetividade, a qual se expressa como uma técnica de aproximação entre a existência formal da norma jurídica com a sua efetiva concretização. Na terceira concepção, o garantismo se apresenta como uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

Os autores afirmam que o modelo garantista do jurista italiano é um modelo a ser utilizado não para fins de reprodução exata, mas como um conjunto valorativo a ser perseguido apta a gerar a adequação do sistema ao conceito de “Estado de direito” e todas as suas acepções.

A partir da análise da teoria com base, tão somente, na primeira concepção, Ferrajoli destaca dez axiomas referentes à aplicação da pena, são eles:

*A1 - Nulla poena sine crimine*: também, pode ser denominado como o Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;

*A2- Nullum crimen sine lege*: princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;

*A3-Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do direito penal;

*A4- Nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade ou ofensividade do fato;

*A5- Nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;

*A6- Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;

*A7- Nulla culpa sine iudicio*: princípio da jurisdicionalidade;

*A8- Nulla iudicium sine accustone*: princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação;

*A9- Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação;

*A10- Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade.

Os axiomas, que possuem uma centena de desdobramentos no ordenamento jurídico do país que adote o garantismo penal, atuam como limitadores do poder estatal. São

estabelecidas as regras do jogo - direitos fundamentais - que caso desrespeitados maculam todo o processo penal, pela não observância de “regras gerais de conduta” que seriam esperadas de um ordenamento que se pretenda ao ideal democrático, baseado em comandos normativos como, por exemplo, presunção de inocência e devido processo legal.

Nesse sentido, Carvalho e Carvalho (2002, p. 26) afirmam:

“Tais princípios correspondem às “regras do jogo” do direito penal no interior dos Estados democráticos de direito e, dado o fato de sua gradual incorporação constitucional, conformam vínculos formais e materiais de validade jurídica das normas penais e processuais penais.”.

Ao analisar a prova sob um viés garantista, Lopes Júnior (2006, p. 274) disciplina que a prova e sua produção devem respeitar limites previamente impostos e com disciplina acerca da existência de exceções ou possibilidade de relativização desses limites.

Quando há o desrespeito aos comandos pré estabelecidos, e constitucionalmente orientados, ocorrem o que Ferrajoli (2002, p. 168) chama de custo do processo de responsabilização penal: “ao custo da justiça, que depende das escolhas do legislador – as proibições dos comportamentos por ele tidos como delituosos, as penas e os procedimentos contra os seus transgressores soma-se um altíssimo custo de injustiças”.

O contexto ganha novo contorno quando considera-se que a teoria Ferrajoliana foi a baliza teórica que deu início ao instituto que ficou conhecido no Brasil como “Juiz das garantias”, que seria o Juízo responsável por acompanhar o inquérito policial ou demais meios de apuração de uma prática penal, anterior à inauguração do processo penal perante o Juízo competente para julgar a exordial acusatória proposta pelo Ministério Público ou pelo particular.

O autor já conceitua a necessidade de que garantias fundamentais durante essa fase pré processual, já com apuração da infração penal por parte do Estado, fossem acompanhadas por um “juiz garante”, que deveria evitar a ocorrência de transgressões às garantias fundamentais, com vistas à não permitir a admissibilidade de provas ilícitas no processo.

A vedação à prova ilícita, portanto, é um corolário necessário do garantismo penal. Ao sustentar os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da imparcialidade judicial, o modelo garantista rejeita a lógica utilitarista segundo a qual os fins (responsabilização do sujeito desviante) justificariam os meios (admissão de provas ilícitas).

Essa perspectiva é reforçada pelo fato de que, para o garantismo, o processo penal é um sistema de vínculos normativos rigorosos, onde a validade da decisão está diretamente relacionada à regularidade dos meios que a sustentam. A introdução de provas obtidas de

forma ilícita compromete não apenas a legalidade, mas a própria racionalidade e moralidade do sistema punitivo, transformando o processo em um simulacro de justiça.

Não há espaço, nesse modelo, para “balanços” que autorizem a violação de direitos fundamentais em nome da eficácia penal. O processo penal, para Ferrajoli, deve ser estruturado sobre a legalidade estrita, e não sobre juízos morais subjetivos ou conveniências pragmáticas.

Feita a opção legislativa do ordenamento brasileiro ao garantismo penal, o respeito às garantias fundamentais como a vedação à prova obtida por meio ilícito, não é um obstáculo à justiça penal, mas a sua única via legítima em um Estado de Direito.

Assim, o que há no ordenamento jurídico brasileiro é a vedação total à produção de provas ilícitas no Brasil e, como consequência, a vedação é estendida à sua introdução no processo e sua valoração para fins de condenação. Especificamente na seara penal, com a leitura da norma posta, essa inadmissibilidade absoluta não é passível de ponderação, conforme se demonstrará em tópico apartado. Contudo, a doutrina garantista passou a considerar admissível a prova ilícita quando tivesse por finalidade a demonstração da inocência do réu.

Moreira (1996, p. 147) defendia a hipótese sob o argumento de que: “o direito de provar a inocência deve prevalecer sobre o interesse de proteção que inspira a norma proibitiva, não pode interessar ao Estado a condenação de um inocente, a qual implicará talvez a impunidade do verdadeiro culpado”<sup>32</sup>. O autor também criticava a redação da norma, e, conseqüentemente, a adesão da Constituição à vertente teórica que não excepciona qualquer caso relativo à prova ilícita. Entretanto, reconhecia também que a norma é peremptória.

Para Moreira (1996), a adoção dessa corrente de pensamento decorreu do processo histórico, social e político que havia sido vivenciado pelo Brasil, em que foram utilizados diversos contextos apartados da legalidade para angariar provas aptas a referendar o interesse dos detentores do poder naquele regime antidemocrático.

A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução – ao menos à primeira vista – radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização de provas ilícitas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do juiz de, mediante autorização, legitimar a obtenção de provas que sem ela ficam sujeitas a veto literalmente categórico. Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas.

---

<sup>32</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: Revista de Processo, n. 84, Ano 21, Outubro – Dezembro de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 147.

A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguiu-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominou o país, e sob o qual eram frequentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao “grampeamento” de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação.

No mesmo sentido, Barroso (1998, p. 159) destaca que “qualquer discussão doutrinária acerca do tema perde relevância em face da peremptória vedação contida no texto constitucional”, acrescentando, em resposta aos pensamentos insurgentes, que “a Constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita”<sup>33</sup>.

A adoção de critérios como a proporcionalidade ou a ponderação de interesses, especialmente quando utilizados para relativizar garantias como a inadmissibilidade da prova ilícita, representa uma ruptura com a lógica garantista, uma vez que a opção por uma vedação absoluta decorreu de uma resposta institucional consciente aos abusos praticados durante o regime autoritário, refletindo um compromisso político com a ruptura definitiva de práticas processuais arbitrárias, que transformavam o processo penal em um mecanismo funcionalista de produção de culpabilidade a qualquer custo.

---

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. In: Revista de Direito Administrativo, nº 213, Jul-Set 1998. Rio de Janeiro, p. 159. Disponível em [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47206/45406](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47206/45406).



#### 4. PROCESSO DE PRINCIPALIZAÇÃO DA REGRA DE EXCLUSÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

##### 4.1. A RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE EXCLUSÃO: JUÍZO DE PONDERAÇÃO UTILIZANDO ARGUMENTAÇÃO BASEADA NOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.

A partir da taxatividade da norma constitucional, duas correntes doutrinárias passaram a questionar o texto que trata da inadmissibilidade da prova ilícita. Os juristas procuram alternativas para resolver o impasse entre um modelo no qual as provas ilicitamente obtidas são proibidas e, de outro lado, a escolha de um sistema onde tais provas poderiam ser aceitas.

Como alternativa aos extremos, uma terceira linha de raciocínio surgiu, entendendo cabível a deliberação acerca da admissibilidade ou não da prova obtida por meios ilícitos por parte do Poder Judiciário, pelo fato de ser a parte destinatária da prova, conforme discorre a teoria do livre convencimento motivado.

Para tanto, o diálogo centrou-se na possibilidade de utilizar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na análise da admissibilidade das provas ilícitas. Com fulcro na jurisprudência dos tribunais constitucionais alemão, criou-se o sentido de que poderia sim haver choque entre regras e princípios, disputa que seria solucionada pela incidência do princípio da proporcionalidade no caso, à luz da razoabilidade, nesse juízo de ponderação, que teria como base o sopesamento entre qual garantia fundamental deveria prevalecer.

Contudo, importante destacar que tal lógica argumentativa desvirtua, em muito, a sistemática construída por Robert Alexy (1993) e Dworkin (2010), que, de forma taxativa, estabeleceram diferenças na forma de interpretação de regras e princípios.

As regras, a partir da estrutura lógica do tipo “tudo ou nada” (*all-or-nothing*)<sup>34</sup>, não admitem a utilização de ponderação, sob pena de dano à validade da norma, conforme já explicitado.

Não há falar, no caso de disputa entre as normativas de vedação à provas ilícitas e a proporcionalidade, no conflito entre dois princípios, uma vez que a inadmissibilidade às provas obtidas por meios ilícitos constitui regra no texto constitucional, explicitamente positivada, de força mandamental e cogente.

---

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge, 1977.

A despeito da taxatividade da norma, diversos juristas passaram a defender a análise casuística da regra constitucional. Nesse ponto, Silva (2005, p. 24)<sup>35</sup>:

O direito à segurança, à liberdade, à propriedade e à saúde são também normas constitucionais. Assim, todos esses mandamentos são oriundos do mesmo poder constituinte originário. Perguntamos, o que é mais importante, a vida ou a intimidade? A segurança ou a intimidade? A saúde ou o devido processo legal? Ora, como todas essas normas são oriundas da Constituição, qual delas deve preponderar?

Caso abracemos o princípio da proporcionalidade, comparando todos os valores, poderíamos optar, por exemplo, pela utilização, ou não, de uma interceptação telefônica ilicitamente obtida em desfavor de uma pessoa acusada de um crime gravíssimo, como a extorsão mediante sequestro, ocasião na qual está em risco tanto a vida, a saúde, a segurança e o patrimônio de alguém. O que seria mais importante nessa ocasião, a privacidade ou os demais direitos e garantias individuais? [...] Seria razoável não condenar pessoas perigosas e perniciosas à sociedade em atenção à proibição de utilização da prova ilicitamente obtida? Ora, se simplesmente formos interpretar aquela norma proibitiva de maneira totalmente garantista para os sequestradores, eles teriam de ser soltos e a sociedade estaria à mercê de indivíduos que certamente iriam praticar outros sequestros, pondo em risco valores constitucionais tão ou mais importantes que o direito à intimidade.

A partir desse debate foi privilegiada técnica da ponderação de valores e foi entendido como possível o uso do princípio da proporcionalidade para verificar, casuisticamente, a admissibilidade ou não de uma prova obtida por meios ilícitos no processo penal.

Explicando a ideia da aplicabilidade da técnica da ponderação no tratamento das provas ilícitas, Avolio (1999, p. 64) ensina que:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto

O cerne da questão cinge-se da desarrazoada dicotomia entre interesse público *versus* interesse privado, com base na perspectiva de que o interesse a um processo justo e constitucionalmente orientado seria afeto somente a ao réu, como se interesse particular fosse.

À luz dessa argumentação, Prado (2006, p. 150)<sup>36</sup>:

<sup>35</sup> SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 24.

<sup>36</sup> PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 170.

Como visto, no processo penal, o interesse que, predominantemente, contrapõe-se aos direitos fundamentais da pessoa, em especial do acusado, é o poder punitivo estatal. A segurança, seja ela “social”, “pública”, “cidadã” ou “urbana” é mero argumento ideológico invocado para conferir racionalidade ao exercício daquele poder. Isso conduz à conclusão de que, estando o direito fundamental do acusado ou de terceiro em conflito, exclusivamente, com o interesse de punir do Estado, não haverá uma colisão real, a ser solucionada por uma ponderação de interesses.

Prado tenta deslegitimar o discurso que coloca em patamar de igualdade o direito da vítima e da sociedade, de um lado, de ver sancionada a prática delituosa e as garantias do réu a um direito penal garantista de outro.

Invariavelmente fica claro que não há igualdade nessa relação, visto que o direito penal vem, sobretudo, como uma forma de frear a arbitrariedade estatal na tomada de decisões e na aplicação de sanções que atentem contra a liberdade da pessoa cuja conduta gerou dano a bem tutelado pelo direito penal. Contexto exprimido na expressão de Von Liszt (1905), que definiu o Direito Penal como a Magna Carta do Delinquente<sup>37</sup>.

Além disso, a criação da ideia de que haveria no processo penal dois pólos: a sociedade e a vítima em desfavor do acusado, verdadeiramente não se coaduna com o processo penal.

Soares (2022, p. 80), ao analisar qual seria o bem jurídico tutelado no caso concreto levantou pontos a serem considerados na análise do “interesse em jogo”<sup>38</sup>:

O terceiro impasse é um desdobramento do primeiro e consiste no subjetivismo intrínseco à teoria, uma vez que não há definição, a não ser num plano categoricamente abstrato e genérico, de quais são os elementos essenciais, os interesses e valores em jogo. De fato, qual seria o direito contraposto ao do réu? A busca da verdade? A segurança pública ou até mesmo os direitos da vítima, cujo bem jurídico foi violado com a execução do crime, como sustentando na doutrina acima transcrita? O interesse coletivo, como apontado na jurisprudência colacionada? O livre convencimento do magistrado, como será demonstrado adiante?

De fato não há clareza em qual seria o interesse contraposto ao do réu no processo penal. Entretanto, existe clara definição de que os interesses do réu não são particulares, sobretudo em um ordenamento jurídico que adotou a metodologia da consagração dos precedentes judiciais como uma forma passível de gerar a “segurança jurídica” (Polichuk, 2011, p. 135). Inclusive, com casos em que há a criação de entendimentos sumulados e precedentes de observância obrigatória. Nesse sentido, a adoção de conclusões casuísticas em

<sup>37</sup> A expressão atribuída a Franz von Liszt num parecer para a Associação Internacional de Direito Penal em *Strafrechtliche Vortraege und Aufsaeetze*, 1905.

<sup>38</sup> SOARES, Rafael Santos. *As provas obtidas por meios ilícitos e seu juízo de inadmissibilidade no processo penal brasileiro*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022, p. 80.

procedimentos particulares, relativizando garantias fundamentais e contrapondo os interesses do réu em desfavor do poder punitivo estatal gera precedentes que podem ser utilizados em outros momentos e em casos que, verdadeiramente, não poderiam ser admitidos.

Conforme a doutrina de Aury Lopes Jr:

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público x interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da “prevalência” do interesse público. (grifamos)

Reduzir o debate a uma seara entre interesses privados e interesses públicos é, de fato, reducionista e abre margem para que a teoria seja utilizada ao prazer do titular da prerrogativa de decidir, no momento, quais casos haveria abertura da norma ou não.

A argumentação que dá mais permissividade à norma, para que a adoção da prova ilícita deva ser relativizada também para fins condenatórios foi esmiuçada por José Roberto Bedaque<sup>39</sup>:

Não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas [...] [porquanto] a repulsa de tal prova, como regra genérica, em nada beneficia o ordenamento jurídico, já violado pelo ato ilegal daquele que a obteve [...]. E, com a rejeição de uma prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa.

Essa posição afirma que o uso do princípio da proporcionalidade também deve atuar em prol da sociedade, razão pela qual seria possível o uso de provas ilícitas na persecução penal de crimes com alto grau de reprovabilidade, com intuito de salvaguardar a sociedade enquanto um conjunto.

Todavia, ainda que exista tal entendimento na doutrina, a leitura da norma, o sistema acusatório e a própria construção que baliza o dever do Estado de punir não autorizam tal conclusão.

Brocardos genéricos como “defesa social” e o “direito de punir” não são direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, à medida que sequer é reconhecido o “direito de punir” do Estado, mas sim o seu dever<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 103-105.

<sup>40</sup> Sobre a historiografia da legitimação do castigo, cfr. Rivera Beiras (2003), Garland (1999).

Sobre o tema, Soares (2022, p. 82)<sup>41</sup>:

Com isso não se quer dizer que a segurança individual não o seja, mas apenas que o Estado não possui um direito fundamental, porquanto é um ente moral, enquanto os titulares daquelas garantias, elencadas no art. 5º da Constituição, são apenas pessoas físicas, indivíduos. Assim, não haveria, no caso concreto, dois valores de mesma hierarquia em contraposição.

Enquanto o direito de punir e a defesa social são valores abstratos e atribuições do Estado que decorrem do arcabouço normativo por uma interpretação sistemática, o direito individual a não processado com uso de provas ilícitas é direito humano, princípio concreto expressamente assegurado no texto constitucional.

O direito de punir, ou *ius puniendi*, e a proteção da ordem pública são valores derivados da própria organização do Estado Democrático de Direito, e encontram respaldo em normas infraconstitucionais e em uma leitura sistemática da Constituição. No entanto, tais valores são funcionalmente atribuídos ao Estado enquanto responsável pela implementação de políticas públicas e pelo exercício do monopólio da força legítima. Eles não se confundem com direitos fundamentais no sentido estrito, máxime no âmbito processual penal.

Não há qualquer defesa da impunidade ou negativa da existência de um dever social do Estado de garantir a segurança pública e responder, de forma legalmente satisfatória aos interesses da vítima. Ao contrário, entende-se que a tentativa do Estado de, repressivamente, combater a criminalidade não pode ensejar a ação de práticas ilícitas ou desvirtuadas do texto legal que, verdadeiramente, não define dois valores contrapostos e maniqueístas.

A partir desse contexto, em virtude da impossibilidade de justificar a admissibilidade das provas ilícitas sem que haja expressa violação da norma constitucional, ocorre o fenômeno da principalização da regra, retirando seu caráter mandamental, cogente e de aplicabilidade imediata e abrindo espaço para uma análise ponderativa, à luz do princípio da proporcionalidade, da incidência ou não do novo “princípio de inadmissibilidade das provas ilícitas” no caso concreto. Nesse ponto, estar-se-ia diante de uma inovação à Constituição Federal, ao realizar a modificação do *status* da norma em detrimento daquilo posto pelo Poder Constituinte Originário.

Esse é o ponto em que reside o cerne da discussão, ao transmutar a regra de vedação à provas obtidas de forma ilícitas em princípio, parte da doutrina e jurisprudência entendem como cabíveis que seja aplicado o princípio da proporcionalidade para sopesar a vedação constitucional.

---

<sup>41</sup> SOARES, Rafael Santos. *As provas obtidas por meios ilícitos e seu juízo de inadmissibilidade no processo penal brasileiro*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022, p. 82.

Portanto, a metodologia utilizada seria aquela disposta por Alexy no modo de proceder quando há colisão entre princípios: a decisão é tomada em virtude de um princípio (P1) ter, diante das circunstâncias concretas, uma importância ou um peso relativo menor do que o do outro princípio em análise (P2). Contexto que abriria margem para que diversos métodos excepcionais fossem utilizados, para excepcionar a vedação à prova ilícita com base na subjetividade de qual seria o crime mais grave apto a justificar a manutenção da prova ilícita em prol da sociedade (*pro societate*).

Diversas são as argumentações, excepcionando em virtude de criminalidade organizada, crimes hediondos, crimes dolosos contra a vida, dentre outros. Nesse ponto, a relação, mesmo que amplamente difundida, não merece guarida, pelo fato de que, conforme já mencionado, tais teorias tratam da prova ilícita por derivação, em que a prova obtida inicialmente (originária) é lícita e, em decorrência desta, é obtida uma outra prova de forma lícita.

A vedação contida no art. 5º, LVI não trata apenas dessa modalidade de prova, obtida em decorrência de outra, mas também daquela originariamente ilícita, razão pela qual as teorias permissivas, quando utilizadas para validação dessa primeira prova ilícita, perdem o sentido.

Para Gascón (2014), o fenômeno de “principalização das regras”, ou seja, a substituição de regras rígidas por princípios vagos e ponderáveis, abre espaço para juízos discricionários travestidos de técnica jurídica, autorizando o juiz a relativizar direitos fundamentais com base em critérios pouco controláveis, como o “interesse da sociedade”, a “gravidade do crime” ou a “eficiência da persecução penal”.

Esse modo interpretativo da norma constitucional torna-se ainda mais questionável quando analisado sob a ótica do princípio da legalidade, estruturante tanto do direito penal quanto do processo penal. A legalidade não se limita à exigência de lei prévia, escrita e estrita para incriminação e punição, mas se projeta também sobre o modo de obtenção e valoração das provas, assegurando que o processo seja conduzido com base em normas previamente estabelecidas, e não segundo a vontade ou conveniência do julgador.

Para Ferrajoli (2010, p. 348), o princípio da estrita legalidade, por sua vez, funciona

como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados verdadeiros dos fatos processualmente comprovados.

Quando o juiz é autorizado a aplicar “exceções implícitas” ou “ponderações” a regras como a inadmissibilidade de provas ilícitas, sem que a própria norma legal as estabeleça de forma expressa, o que se observa é a violação da reserva legal e a reintrodução do poder discricionário na esfera da liberdade individual, justamente o que o princípio da legalidade busca evitar.

Essa prática compromete duplamente a legalidade: primeiro, porque substitui uma regra clara por um juízo discricionário que não tem base legal expressa; segundo, porque permite que o julgador decida caso a caso quais direitos fundamentais podem ser afastados em nome de valores genéricos, reintroduzindo um modelo inquisitório de gestão da prova e maculando a segurança jurídica.

O ex-ministro Eros Roberto Grau já destacava no julgamento do HC n. 95.009-4/SP, em 2008, preocupação com tal argumentação:

Tenho criticado aqui – e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) – a “banalização dos ‘princípios’ (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido com um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que a proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito”. No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. **Diante do inquisidor não temos qualquer direito.** Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acurdir-nos.

**Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado”, a “supremacia do interesse público sobre o individual”. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo [...] não tem lugar em matéria penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie”.**  
(grifou-se)<sup>42</sup>

<sup>42</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Trecho do voto do Min. Relator Eros Grau, no HC nº 95.009-4/SP, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008.

Esse fenômeno é particularmente preocupante quando se percebe que ele não decorre de mudança legislativa, mas de uma reinterpretação judicial dos limites do processo penal, em clara desconformidade com a redação expressa da norma.

Em vez de aplicar normas legais com base nos seus enunciados normativos, o juiz passa a decidir com base em valorações subjetivas, contextuais e muitas vezes ideologicamente orientadas, abrindo mão da imparcialidade que deveria reger sua atuação.

#### 4.2. O EQUILÍBRIO ENTRE A BUSCA DA VERDADE REAL E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: JURISPRUDÊNCIA SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DISPOSTA NO COMANDO CONSTITUCIONAL

O fenômeno da principalização no caso específico das provas ilícitas é tratado por Gascón (2014) como uma derivação ao protagonismo da busca pela verdade real no processo penal. Segundo ela, o processo penal não deve ser estruturado apenas para encontrar a verdade, mas sim para proteger direitos fundamentais diante do poder punitivo do Estado. A autora sustenta que há limites epistêmicos e éticos para a obtenção da verdade, e esses limites são definidos pelas garantias constitucionais, como o respeito à legalidade, à intimidade e ao devido processo legal.

Afinal, se o resultado puder ser aproveitado, ainda que ilegalmente obtido, o custo da ilegalidade desaparece, e o agente estatal se vê estimulado a ignorar os limites legais. Isso esvazia a força normativa da Constituição e a transforma em mera referência simbólica, sem efetividade prática.

A autora continua afirmando que todo esse contexto “aparece intimamente ligado a à adoção do efeito dissuasório<sup>43</sup> como justificação da regra de exclusão em substituição à integridade do Estado e/ou ao devido processo”<sup>44</sup>.

Ao contrário dessa argumentação, Gascón faz um giro e coloca como protagonista da mudança de entendimento a própria população lesada pela prática delituosa, e não o autor do delito. Nesse ponto, a rígida aplicação da regra geraria um efeito nocivo para a visão da população acerca do processo penal e do Estado, a ver diversos criminosos (pessoas julgadas como criminosos antes da realização do devido processo legal), saírem impunes pela

---

<sup>43</sup> O efeito dissuasório refere-se à capacidade de uma ação, política ou medida reduzir a probabilidade de que um comportamento indesejado ocorra. No contexto da segurança pública, por exemplo, o aumento da pena para certos crimes pode ser visto como um meio de dissuadir potenciais criminosos, com base na ideia de que eles avaliarão os riscos e benefícios antes de agir.

<sup>44</sup> MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (Coord.). Os fatos no processo penal. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. Além da Verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas, p. 145



ocorrência de “pequenos deslizes” dos investigadores ou pequenos abusos que macularam as provas do processo, em uma espécie de bonificação dada aos “delinquentes” ante a “permissividade” demasiada da norma.

Essa relativização da norma, portanto, tem como meta arrefecer o ímpeto incriminador da população, que diuturnamente clama para que seja colocada em pauta no Poder Legislativo a redução das garantias constitucionais penais, já que essas garantias estariam prejudicando a segurança pública.

Diversas problemáticas poderiam ser levantadas acerca da construção dessa opinião pública antigarantista e incriminadora, com foco nos programas de televisão policiais, a corrupção do sistema carcerário e penal que também possuem parcela de responsabilização no atual estado das coisas e todos os outros fatores que ignoram as causas estruturais da criminalidade (como desigualdade, racismo estrutural, falhas educacionais e exclusão social), preferindo focar em respostas imediatas e punitivas, como o endurecimento das penas e o enfraquecimento das garantias processuais.

Longe do questionamento da origem do problema, o resultado dessa agenda é extremamente devastador, visto que o atual cenário, nas palavras de Gascón (2014), caminha para um “vale tudo para punir o crime e manter a ordem social”<sup>45</sup>.

O processo penal estaria sendo utilizado para atender expectativas sociais punitivistas, em detrimento do seu papel de contenção do poder estatal. Dessa forma, o Judiciário, pressionado por essa visão social retributiva e pelo discurso da segurança pública, passa a reinterpretar regras protetivas como “princípios ponderáveis”, buscando equilibrar as expectativas sociais com os limites legais. Isso leva a um processo de enfraquecimento normativo, em que garantias são diluídas para evitar a “revolta” do público diante da absolvição de acusados com base em nulidades processuais, uma busca de evitar o desgaste político de aplicar corretamente a Constituição.

O Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela uniformização na interpretação da legislação infraconstitucional, que recebeu a alcunha de “Tribunal da Cidadania”, de forma contraditória, não é avesso a essa “principalização”. Em vários casos a ponderação e relativização da norma é levada a cabo em diferentes momentos, especialmente em contextos de “alta gravidade”, como aqueles que envolvem a “segurança nacional” ou crimes de “extrema periculosidade” (sem indicação dos critérios para definição desse ou daquele crime apto a ensejar a relativização da norma).

---

<sup>45</sup> MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (Coord.). Os fatos no processo penal. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. Além da Verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas, p. 145-146.

Ao realizar buscas no sistema de jurisprudência do tribunal, encontra-se o emblemático caso, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento da APn 856 / DF pela Corte Especial do Tribunal.

No caso, foi oferecida denúncia pelo MPF pela suposta prática dos crimes de corrupção passiva circunstanciada (art. 317, § 1º, do CP), por 17 (dezessete vezes), e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98). Como comprovação, a denúncia baseia-se em documentos encaminhados pelas autoridades suíças.

Ocorre que, posteriormente, o Tribunal Federal suíço reconheceu a ilicitude da documentação, em decisão que transitou em julgado após o envio das transmissões espontâneas para as autoridades brasileiras, e declarou a posterior inutilização de todo o material adquirido, porquanto obtidas pela intervenção irregular de agentes infiltrados.

A argumentação trazida pelo Recorrente para as cortes brasileiras foi a de que *“as provas que envolvem o nome do peticionário são diretamente derivadas das provas lá declaradas ilícitas e o seu envio ao Brasil só foi autorizado porque a legislação suíça, ao contrário da brasileira, permite a utilização de provas declaradas ilícitas, após um 'juízo de ponderação'”*<sup>46</sup>.

Estritamente no tocante à inadmissibilidade das provas ilícitas, a relatora entendeu pela incidência da “teoria do nexa causal atenuado ou da mancha purgada”, nos seguintes termos:

Segundo essa teoria, que afasta a caracterização da prova ilícita por derivação, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária, entre outros elementos: **i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; iii) a menor relevância da ilegalidade; ou iv) a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal.**

De fato, esses fatores, quando verificados no caso concreto, diluem o vício inicialmente verificado na obtenção da prova primária, quebrando a cadeia lógica consequencial entre a prova primária e a aquisição da prova secundária. Assim, afastam a inadmissibilidade da prova secundária e a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

[...]

Ademais, embora o ordenamento nacional não preveja a utilização de juízo de ponderação para a admissão, em desfavor do réu, de provas obtidas por meio ilegais, as provas secundárias obtidas na investigação conduzida na Suíça não podem, de

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 856 - DF (2010/0184720-0). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, julgado em 04 out. 2017. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 06 fev. 2018. p. 08. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 17 jul. 2025.

acordo com o parâmetro da ordem jurídica brasileira, ser consideradas como derivadas das ilícitas.<sup>47</sup>

No caso, chama atenção o fato de que para admitir a prova declarada ilícita pelo Tribunal Federal Suíço a Ministra relatora tenha utilizado a teoria que tem como fundamentos elementos que, de forma alguma, possuem o condão de modificar a vedação constitucional à prova ilícita.

A teoria da mancha purgada é alicerçada em 4 fundamentos, conforme exposto no voto: i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; iii) a menor relevância da ilegalidade; ou iv) a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal. De origem jurisprudencial norte-americana, foi construída em sistema jurídico dotado de estrutura e cultura jurídica adversariais, onde o critério de admissibilidade da prova possui fundamentos distintos.

Sob esse prisma, os elementos indicados como necessários para “purgar” a ilicitude não resistem à crítica dogmática. Primeiro, o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária não pode justificar, sob qualquer argumento, a validade da prova ilícita. O decurso do tempo não transmuta um ato ilícito em lícito, tampouco pode apagar a contaminação originária.

Quanto à menor relevância da ilegalidade originária, trata-se de critério nitidamente subjetivo e arbitrário, que relativiza o conteúdo normativo da Constituição ao atribuir peso menor a garantias fundamentais com base em critérios extrajurídicos de conveniência investigativa. Permitir que a gravidade da violação determine a admissibilidade da prova significaria instaurar um perigoso gradualismo da legalidade, incompatível com a rigidez dos direitos fundamentais.

E, por fim, a colaboração do agente também não pode ser utilizada como baliza para que sejam valoradas provas ilícitas. Ora, caso o agente não contribua este poderia ser sancionado com o uso de provas ilícitas no processo? Tal argumentação não prospera ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro.

A ideia de que a mancha da ilegalidade poder-se-ia retirada do caso concreto para que fosse possível admitir a prova ilícita, com base em fundamentos subjetivos e de aferição casuística não coadunam com o processo penal brasileiro, sobretudo quando destacado que tribunal de origem das provas teria declarado a ilicitude do material, decisão que não vincula

---

<sup>47</sup> idem

o Poder Judiciário brasileiro, mas atua como forte argumento em prol da defesa e do julgamento orientado pelo sistema garantista.

Outro caso diz respeito a julgamento no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais da apelação criminal n. 1.0417.17.000111-5/001. Nos autos a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a prova colhida com desobediência às formalidades do art. 226 do Código de Processo Penal não é ilícita, uma vez que as normas dos incisos do aludido dispositivo “não são imprescindíveis ao procedimento de reconhecimento do agente infrator, tratando-se de mera recomendação realizada pela lei processual penal, não implicando, por isso, nulidade das provas”<sup>48</sup>.

No caso concreto o réu foi identificado através de fotografias constantes no banco de dados da polícia local, que foram apresentadas à vítima. Ocorre que, nos termos da investigação criminal, o delito teria sido cometido à noite e o suposto autor utilizava capacete no momento.

O processo de reconhecimento foi capitaneado pelas autoridades policiais, que colocaram à disposição da vítima fotografias de pessoas que, segundo consta no relatório do IPL, eram conhecidos no meio local pela reiteração na prática de condutas delitivas.

Ao analisar os autos percebe-se claramente que todo o processo foi realizado em contradição ao disposto no artigo 226 do CPP, uma vez que as autoridades policiais, de forma enviesada, levaram à vítima a realizar o reconhecimento de pessoas que eles entendiam como sendo os possíveis autores dos delitos pela existência de uma reiteração delitiva ou uma fama local pela prática de ilícitos.

Ao julgar o recurso que pugnava pela declaração de ilicitude das provas, o TJMG decidiu o seguinte:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E USO DE ARMA DE FOGO - ABSOLVIÇÃO - DESCABIMENTO - RECONHECIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM O ARTIGO 226 DO CPP - IRRELEVÂNCIA - MERA RECOMENDAÇÃO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO E COERENTE - PALAVRA SEGURA E FIRME DAS VÍTIMAS E DOS POLICIAIS MILITARES - CREDIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - DECOTE DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO - IMPOSSIBILIDADE - EMPREGO DE ARMA DE FOGO DEVIDAMENTE COMPROVADO - DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA - RECURSO NÃO PROVIDO. - O reconhecimento informal por parte da vítima não precisa se revestir das formalidades previstas no art. 226, IV do CPP, devendo ser tratado como prova meramente testemunhal, a ser

<sup>48</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). *Apelação Criminal* nº 1.0417.17.000111-5/001. Relator(a): Desembargador(a) Doorgal Borges de Andrada. 4ª Câmara Criminal, julgado em 13 nov. 2019. Publicação da súmula em 20 nov. 2019.

avaliada conforme o livre convencimento motivado do magistrado. - **Mostra-se totalmente desnecessário o reconhecimento do acusado nos moldes do art. 226 do CPP se a inobservância do procedimento não causou qualquer prejuízo ao mesmo, não influenciou a apuração da verdade real, nem na decisão da causa. De fato, a doutrina e jurisprudência há muito já amenizaram o rigorismo do artigo 226 do Código de Processo Penal.** - Se as provas produzidas formam um conjunto probatório harmônico e desfavorável ao apelante, autorizando um juízo de certeza para o decreto condenatório pelo crime de roubo majorado, não há como acolher o pedido de absolvição. [...] - É prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. - Recurso não provido. <sup>49</sup>(grifou-se)

Para os julgadores, portanto, a legislação atua tão somente como um viés de recomendação, que, em caso de descumprimento, não afetaria a busca pela verdade real no caso concreto, razão pela qual o reconhecimento da ilicitude não configura medida cabível.

Mais uma vez há a relativização da legalidade estrita a partir de um conceito subjetivo de mácula ou dano aos direitos do acusado, com fundamento na busca pela verdade real, galgada no entendimento de que o descumprimento de garantias fundamentais não gera prejuízo, um verdadeiro paradoxo.

Por fim, destaca-se o mais ilegal dos precedentes, também de ordem do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 1996, após a Constituição da República Federativa do Brasil, pelo então ministro Adhemar Maciel, que na relatoria do HC n. 3.982/RJ, proferiu o voto condutor do caso que restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFONICA COM ORDEM JUDICIAL. REU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIARIA, **NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5. DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE 'SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO', NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA 'ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA.** A JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). *Apelação Criminal* nº 1.0417.17.000111-5/001. Relator(a): Desembargador(a) Doorgal Borges de Andrada. 4ª Câmara Criminal, julgado em 13 nov. 2019. Publicação da súmula em 20 nov. 2019.

'RAZOABILIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS' (EXCLUSIONARY RULE) TAMBEM LA PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA.<sup>50</sup> (grifou-se)

A primeira e mais chocante premissa adotada pela decisão é a de que um réu condenado, encontrando-se já encarcerado por outro delito, não poderia invocar direitos fundamentais “próprios do homem livre” para buscar o trancamento de uma nova ação penal fundada em prova ilícita. Essa lógica de exclusão, mais próxima do direito penal do inimigo do que do Estado de Direito, demonstra claramente a argumentação aqui trazida que brocados e institutos genéricos como “bem comum” ou “valores maiores na construção da sociedade” que residem, tão somente, na mente do julgador da hora.

É especialmente preocupante que a decisão recorra a categorias do direito estrangeiro, como a jurisprudência norte-americana sobre a *exclusionary rule* para sustentar a necessidade de “temperamentos” à regra da inadmissibilidade. Tal comparação é juridicamente imprópria, pois ignora que, nos Estados Unidos, a exclusão de provas ilícitas se desenvolveu na ausência de previsão constitucional expressa, ao passo que, no Brasil, a própria Constituição veda de forma categórica o uso de tais provas, conforme já destacado.

Em todos os casos, percebe-se que há uma clara tentativa de colocar em um campo distintos a busca pela verdade real, somada a primazia do processo, e noutro os direitos e garantias do acusado perante o sistema punitivo. Conforme já explicitado acima, tal dicotomia evidentemente não se sustenta, dada a ausência de disparidade entre os interesses entendidos como particulares (quando verdadeiramente não são) e a busca pela verdade real.

O processo penal democrático não separa verdade e garantia; ao contrário, compreende que a única verdade processualmente válida é aquela construída sob o crivo das garantias, sem que seja necessário reativar uma racionalidade inquisitorial, visto que os interesses tutelados no âmbito processual penal são notoriamente públicos e passíveis de utilização por qualquer pessoa da sociedade, inclusive as que pugnam pelo retrocesso destes.

---

<sup>50</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 3.982/RJ, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/1995, DJ 26/02/1996.

#### 4.3. ANÁLISE DAS PROVAS OBTIDAS “ILICITAMENTE” UTILIZADAS EM BENEFÍCIO DO RÉU E DA DEFESA - “EXCEÇÃO” CONSTITUCIONALMENTE ORIENTADA.

Conforme destacado à exaustão no presente trabalho, o fenômeno da principalização tem como pano de fundo a relativização de um regramento notadamente avesso à admissão de provas ilícitas no âmbito processual.

A taxatividade da norma decorre, a partir de uma análise histórica, do processo ditatorial vivenciado pelo Brasil, em que as prerrogativas dos agentes públicos estatais eram utilizadas com base em um modelo não de presunção de inocência, mas sim da culpabilidade do acusado.

Superado tal contexto, a Constituição vigente adotou o modelo de presunção de inocência, com a persecução penal de titularidade do Estado, que deveria comprovar, a partir de provas obtidas lícitamente, a ocorrência de um fato típico, ilícito e culpável, atribuindo a autoria a agente determinado e passível de responsabilização penal.

Tal modelo acusatório e adversarial<sup>51</sup> tem como premissa a paridade entre acusação e defesa e a noção de que apenas haveria a necessidade de formulação de provas por parte da acusação, uma vez que, para o acusado, não há razão para instrução probatória dada a presunção de sua inocência até o surgimento de prova em contrário.

É esse o ponto em que nasce o regramento constitucional que veda, de forma taxativa, a obtenção de provas ilícitas, com um notável viés garantista, que tem como intuito impedir a responsabilização por uma conduta que a sua comprovação foi gerada em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Contudo, importante destacar que o mito da paridade entre a acusação e defesa no ordenamento jurídico brasileiro, há muito, vem sendo contestado, posto que “não obstante os ares (e o discurso) democráticos trazidos pela CF/1988, a atuação judicial persiste em práticas e concepções forjadas em períodos autoritários” e “a supressão de direitos e garantias fundamentais revela-se estratégia para garantir a eficácia do sistema penal.”<sup>52</sup>.

No processo penal brasileiro, em muitas oportunidades, o Juízo se confunde com a acusação, e a sociedade possui forte inclinação aos anseios da responsabilidade do acusado

---

<sup>51</sup> DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 49, p. 89-99, jul./set. 2013. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br>. Acesso em: 17 jul. 2025.

<sup>52</sup> CASARA, Rubens Roberto Rebello. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: . Acesso em: 23 ago. 2018.

acima de qualquer garantia constitucional, razão pela qual a paridade de armas, mesmo que legalmente reconhecida, configura garantia utópica e simbólica<sup>53</sup>.

Por esse motivo, grande parte da doutrina passa a considerar a possibilidade de, dada a relativização de outra garantia - presunção de inocência - passe a ser possível a realização de investigação defensiva, na qual a defesa buscaria, mesmo que de forma, inicialmente, desnecessária, comprovar a inocência do acusado.

A partir desse contexto surge o questionamento: Na realização da investigação defensiva, caso uma prova fosse obtida ilicitamente, essa poderia ser utilizada no processo ou precisaria ser desentranhada, nos mesmos moldes daquela obtida ilicitamente pela acusação?

Ávila (2010, p. 109) trata desse assunto:

Em ao menos uma situação não pairam dúvidas quanto à possibilidade de utilização de uma prova ilícita em juízo: a sua utilização para comprovar a inocência do acusado. Sendo a ampla defesa também um princípio constitucional, no embate entre a eficiência do processo para descobrir a verdade e inocentar um réu injustamente acusado e a garantia fundamental da inadmissibilidade, a absolvição do inocente tem um peso muito maior. A política criminal no Estado de Direito, que se sustenta no valor metajurídico da dignidade da pessoa humana, não pode se contentar com a condenação de um inocente. Uma situação dessa contraria a política criminal do Estado Democrático de Direito, que não pode admitir como fim de pacificação social a condenação de quem não é culpado. Essa posição de admissão da denominada prova ilícita pro reo tem recebido o posicionamento amplamente favorável da doutrina nacional e estrangeira.<sup>54</sup>

Continua:

A garantia da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito é uma garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado, visando resguardar o sistema de direitos fundamentais pelo efeito dissuasório. Entre a proteção a um direito como a intimidade, privacidade, sigilos epistolar, telefônico etc, e a ampla defesa, representada no processo penal como resguardo à vida e à liberdade, estes últimos possuem valoração muito mais cara. Na ordem de valores para estabelecer a preferência condicionada, sem dúvida a dignidade da pessoa humana desponta como o epicentro da ordem jurídica, revelando-se o Estado e o ordenamento jurídico como meios para a promoção desse valor humano mais elevado. No caso da utilização da prova pro reo, o valor em ponderação é diretamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito, com o risco de pagar com sua liberdade, perdendo alguns anos de sua vida, pela má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional. Em favor da admissão da prova ilícita pro reo coloca-se em ponderação a garantia constitucional da ampla defesa e a consideração da situação do estado de necessidade do acusado.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci, 2011, p. 102.

<sup>54</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

<sup>55</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (p. 203).



A argumentação despendida é a de que, a norma máxima utilizada pela Constituição da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, reconhecida nacional e internacionalmente como um direito humano e que deve balizar a interpretação e formulação de todas as outras normas.

Em face da possibilidade de que uma pessoa inocente, considerada como tal em virtude da existência de uma prova que comprove o seu status de inocente, seja sancionada pelo direito penal e tenha sua liberdade maculada, a dignidade da pessoa humana surge não como uma regra, mas como uma normativa preponderante que não pode ser relativizada.

A proposta trazida por este trabalho é a de que a prova ilícita *pro reo* não é vedada pela regra constante no artigo 5º, LVI. Explica-se.

No âmbito processual penal constitui garantia indisponível do réu a prerrogativa de comprovar a sua inocência, a partir da efetividade do direito de defesa (CRFB, art. 5º, LV). A partir do confronto com o dever de punir do Estado, fica claro qual dessas garantias deve preponderar em um cenário de ausência de provas lícitas ou na presença de provas “ilícitas” que comprovem a inocência do acusado.

Nesse sentido, é imperioso reconhecer que, dada a disparidade existente entre acusação e defesa, a realização de investigação defensiva por parte do acusado que, porventura, acabe por produzir uma prova por um meio ilícito, redundaria na exclusão da ilicitude, seja pelo estado de necessidade de garantir o seu direito fundamental à liberdade, seja pela legítima defesa em face de um opositor no processo que possui diversas prerrogativas que a defesa não possui.

A partir desse ponto, reconhecendo a exclusão da ilicitude da conduta, pela legítima defesa de direitos fundamentais do acusado, afastam a incidência do inciso LVI da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que a prova não mais teria sido produzida ilicitamente.

Em outras palavras, a utilização da prova ilícita em benefício do réu representa uma exceção constitucionalmente orientada, fundada na prevalência da dignidade da pessoa humana e no direito à ampla defesa. Quando a prova obtida irregularmente serve para demonstrar a inocência do acusado, não há afronta ao art. 5º, LVI, da Constituição, pois o que se tutela, nesse caso, é o valor supremo da liberdade e da justiça material. Assim, a conduta da defesa, ainda que formalmente ilícita, encontra amparo no estado de necessidade ou na legítima defesa de direitos fundamentais, afastando a ilicitude e legitimando o uso da prova *pro reo* como instrumento de efetivação do devido processo legal e da proteção da inocência.

Como forma de ilustrar a ideia, tem-se o caso em que um acusado por um crime de estelionato, sem autorização, realiza gravação ambiental daquela pessoa que a acusou, confessando que o acusado não seria o autor do crime, mas sim um terceiro.

Este caso, já julgado pela Suprema Corte do Brasil teve como desfecho o seguinte entendimento:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678 , DJ de 15-8- 97 e HC 75.261 , sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma. (RE 212081 / RO - Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI - Julgamento: 05/12/1997)

- Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus indeferido."<sup>56</sup>

Nesse ponto, as provas não mais seriam admitidas enquanto provas ilícitas, razão pela qual poder-se-ia defender um ordenamento jurídico em que a vedação à prova ilícita não fosse passível de qualquer relativização, ainda assim admitindo a possibilidade de prova “ilícita” em prol da defesa.

É esdrúxulo pensar que uma pessoa pudesse ser condenada sob o argumento de que a prova que efetivamente afasta a ocorrência da materialidade ou afasta a sua autoria teria sido produzida por meios ilícitos<sup>57</sup>.

Nas palavras de Almeida (2016, p. 117)<sup>58</sup>:

Entre aceitar uma prova proibida, apresentada como único meio de comprovar a inocência do acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, sofra a restrição injusta de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais acertada com nosso Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana

Mendonça (2009, p. 128) se manifesta quanto à aceitação da prova ilícita pro reo:

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 74.678/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 20 out. 1997. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1278856>. Acesso em: 22 jul. 2025.

<sup>57</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES-FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 128

<sup>58</sup> ALMEIDA, Malena Cordeiro de et al. Provas ilícitas e sua utilização no processo penal com base no princípio da proporcionalidade. Revista Extensão em Foco, Caçador, v. 4, n. 1, p. 117, 2016.

Ora, se o Estado protege o indivíduo vedando que as penas passem da pessoa do condenado (artigo 5º, XLV), se garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV), e ainda, se ordena que ninguém possa ser condenado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, LVII), naturalmente se extrairá destes dispositivos o objetivo fundamental da República fundado na Justiça e na Liberdade, não podendo o Estado se insurgir contra esses valores supremos e condenar alguém que seja reputado inocente, apenas porque o meio de admissão das provas foi considerado ilícito.” MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

Nesse sentido, os interesses do acusado, enquanto normas de ordem pública estariam sendo privilegiados em detrimento do dever de punir do Estado, motivo pelo qual o ordenamento jurídico brasileiro, embora reitere de maneira categórica a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, conforme dispõe o art. 5º, inciso LVI da Constituição da República, admite, sob determinadas circunstâncias excepcionais, o reconhecimento da licitude de provas produzidas, inicialmente à margem de formalidades legais, quando demonstrado que a conduta foi motivada pela legítima defesa de direitos fundamentais do acusado.

O que se propõe, portanto, não é uma nova teoria que excepcionaria a vedação à prova ilícita apenas em favor da defesa, o que geraria óbices à própria legalidade estrita perseguida pelo presente trabalho. Pelo contrário, trata-se do reconhecimento da ausência de ilicitude na produção de provas em prol do direito de defesa do acusado, garantia já reconhecida pelo próprio texto positivado quanto pela jurisprudência brasileira.

## 5. CONCLUSÃO

Fica claro, portanto, que há expressiva variedade doutrinária para criação de teorias permissivas à admissibilidade de provas ilícitas. Teorias que, geradas em países que verdadeiramente admitem a valoração da prova ilícita em seus ordenamentos jurídicos, são importadas para o ordenamento brasileiro que fez a opção taxativa pela inadmissibilidade das provas originariamente ilícita, sem abertura para o surgimento de exceção, sobretudo em desfavor do acusado.

A principalização e o juízo de ponderação, portanto, passam a largo da legalidade do direito processual e penal e das garantias fundamentais, tendo como pano de fundo a aferição de elementos alheios ao devido processo legal. O sistema jurídico pátrio, especialmente o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu de forma inequívoca a vedação de provas obtidas por meios ilícitos, configurando uma regra constitucional de aplicação absoluta para as provas ilícitas em sua origem. Embora o Código de Processo Penal preveja mitigações para as provas ilícitas por derivação, essas exceções não se estendem às provas que nascem viciadas, reafirmando a opção brasileira pela inadmissibilidade, sem ressalvas, em prejuízo do réu.

Qualquer tentativa de flexibilizar essa proibição em desfavor do acusado, sob o pretexto de uma suposta busca pela "verdade real" a qualquer custo ou por meio de juízos de ponderação que desconsiderem a natureza absoluta da vedação em desfavor do réu, configura um retrocesso que ameaça as bases do processo justo e a efetividade das garantias fundamentais conquistadas. A primazia da legalidade e o respeito aos direitos individuais devem sempre prevalecer sobre interesses utilitaristas de punição.

A criação do “princípio de vedação às provas ilícitas” tem como pano de fundo um processo muito maior que gera a perda de eficácia da regra de vedação às provas obtidas por meios ilícitos, qual seria a principalização desse conceito, que configura um perigoso caminho que erode as garantias fundamentais e compromete a própria essência de um processo penal justo e democrático.

No âmbito processual penal a "verdade" alcançada deve ser a verdade possível, aportada ao processo apenas por meios lícitos e constitucionais, sem que seja realizada qualquer relativização ou distinção da norma, sob pena abertura de precedentes para futuros entendimentos capitaneados pelas mais diversas razões.

Por fim, é proposto o entendimento relativo às provas ilícitas pro reo de que não há uma ilicitude propriamente dita quando a produção da prova visa exclusivamente a assegurar

o exercício da autodefesa do acusado diante de uma imputação penal injusta. Nessas hipóteses, não se trata de relativizar a vedação constitucional do art. 5º, inciso LVI, mas de reconhecer que a conduta do réu, ao produzir prova por meios considerados à margem da legalidade formal, encontra-se amparada por excludentes de ilicitude, como a legítima defesa ou o estado de necessidade.

O objetivo, portanto, não é admitir uma exceção ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, mas afirmar que, sob determinadas circunstâncias, a prova que serve à defesa não configura ilícito sendo, pois, plenamente admissível no processo penal. Essa interpretação, além de estar em consonância com precedentes da Suprema Corte, resguarda o núcleo essencial das garantias fundamentais do acusado, assegurando que a liberdade e a inocência não possam ser sacrificadas em nome de formalismos que, se aplicados cegamente, acabam por servir à injustiça.

Trata-se, assim, de reafirmar o compromisso do Estado com a dignidade da pessoa humana e com a efetividade do devido processo legal, reconhecendo que, em um sistema acusatório equilibrado, as garantias da defesa têm valor público, impassível de relativização e ponderação, ante a natureza indisponível de tais prerrogativas.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **La teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Malena Cordeiro de et al. **Provas ilícitas e sua utilização no processo penal com base no princípio da proporcionalidade**. Revista Extensão em Foco, Caçador, v. 4, n. 1, p. 117, 2016.

ANDRADE, Geraldo; TORRES, Tiago. **Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Clube de Autores, 2018, p. 18.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal, Coimbra**. Coimbra Ed., 1992, p. 28-34.

AVENA, Norberto. **Processo Penal. 6. Ed. Rev. atual. e ampl.** São Paulo: Método, 2014.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. 2006. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**, 2.ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 38.

BARROSO, Luís Roberto. **A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas**. In: Revista de Direito Administrativo, nº 213, Jul-Set 1998. Rio de Janeiro, p. 159. Disponível em [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47206/45406](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47206/45406).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 103-105.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 315.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 60, §3º § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, LVI: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

**BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

**BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Art. 157 - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ação Penal nº 856/DF (2010/0184720-0).** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, julgado em 4 out. 2017. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), public. 6 fev. 2018, p. 8. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaldp/Inicio>. Acesso em: 17 jul. 2025.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus nº 95.009-4/SP.** Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 6 nov. 2008. Diário da Justiça Eletrônico (DJe), divulg. 18 dez. 2008, publ. 19 dez. 2008.

**BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Apelação Criminal nº 1.0417.17.000111-5/001.** Relator(a): Desembargador(a) Doorgal Borges de Andrada. 4ª Câmara Criminal, julgado em 13 nov. 2019. Publicação da súmula em 20 nov. 2019.

CAMPOS, Luciana Oliveira de. **A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais e o Papel das Agências Reguladoras Independentes**. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 55–72, dez. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José J. Gomes. **"Estado de direito"**. 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.  
Disponível em: . Acesso em: 23 ago. 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas: Millenium, 2008, p. 93.

DIDIER JUNIOR., Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 49, p. 89-99, jul./set. 2013.  
Disponível em: <https://www.mprj.mp.br>. Acesso em: 17 jul. 2025.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press, Cambridge, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. **Teoria Del garantismo penale**. 4. ed. Roma: Laterza, 1997, p. 17-18.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; MANDARINO, Renan Posella; ROSA, Larissa. **Garantismo penal para quem? O discurso penal liberal frente à sua desconstrução pela criminologia**. In: Revista Sequência, Florianópolis, n. 75, p. 129-156, abr. 2017.

GÁSCON, Abellán Marina (Coord.) **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p.24 e ss.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 85, p. 401, jul./ago. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. RBCCrim 27. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1999, p. 78.



LISZT, Franz von. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**. Berlin, 1905.

MALTAESTA, Nicola Framarino dei, **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**, Vol. 2, Saraiva, 1960.

Manuel da Costa Andrade, **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra, Coimbra Ed., 1992, p. 28-34.

MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (Coord.). **Os fatos no processo penal. Rio de Janeiro**: Marcial Pons, 2023. Além da Verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas, p. 142.

MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (Coord.). **Os fatos no processo penal. Rio de Janeiro**: Marcial Pons, 2023. Além da Verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas, p. 143.

MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (Coord.). **Os fatos no processo penal. Rio de Janeiro**: Marcial Pons, 2023. Além da Verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas, p. 145-146.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 39.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Provas Ilícitas: **Limites à Licitudo Probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. In: Revista de Processo, n. 84, Ano 21, Outubro – Dezembro de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 147.

PERUCHIN, M. C. G. (2015). **O princípio da proporcionalidade como ferramenta eficaz para a aferição da ilegitimidade da indevida restrição a direitos fundamentais, no âmbito do processo penal**. Revista Brasileira De Direito Processual Penal, 1(1). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.11>

POGREBINSCHI, Thamy. **Regras e princípios: uma distinção básica**. [S.l.]: [s.n.], [s.d.], p. 01. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Thamy-Pogrebinschi/publication/266073201\\_Regras\\_e](https://www.researchgate.net/profile/Thamy-Pogrebinschi/publication/266073201_Regras_e)

[Principios\\_uma\\_distincao\\_basica/links/550ecdd10cf2ac2905acb096/Regras-e-Principios-uma-distincao-basica.pdf](https://www.repositorio.ufpr.br/bitstream/handle/2011-6/100000/Principios_uma_distincao_basica/links/550ecdd10cf2ac2905acb096/Regras-e-Principios-uma-distincao-basica.pdf).

POLICHUK, Renata. **Segurança jurídica dos atos jurisdicionais**. 2011. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 170.

PRIETO, Luis Sanchis. **Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica**. In: GÁSCON, Abellán Marina (Coord.) *Argumentación Jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p.24 e ss.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Historia e legitimación del castigo. Hacia dónde vamos?** In: BERGALLI, Roberto. **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 83-137

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 24.

SOARES, Rafael Santos. **As provas obtidas por meios ilícitos e seu juízo de inadmissibilidade no processo penal brasileiro**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022, p. 80.

SOARES, Rafael Santos. **As provas obtidas por meios ilícitos e seu juízo de inadmissibilidade no processo penal brasileiro**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022, p. 82.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.