

A (in)admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos frente à estrutura de regra da norma constitucional: um olhar sob o punitivismo penal e a falsa ideia de efetividade do sistema jurídico

The (in)admissibility of evidence from illicit means against the constitutional rule structure: a look at criminal punitivism and the false idea of the effectiveness of the legal system

DOI: 10.55905/DIv3n1-005

Recebido: 24/7/2026

Aceito: 18/8/2026

Tamille Fernandes dos Santos¹, Fábio da Silva Santos²

RESUMO

O artigo trata de um breve estudo acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas na processualística penal, uma vez que existem argumentos falaciosos, como a busca pela verdade real e o fomento a impunidade que tentam mitigar tal garantia. Deste modo, o objetivo desta pesquisa é analisar a inadmissibilidade das provas ilícitas frente à estrutura de regra da norma fundamental. Para tanto, a metodologia sustenta-se num paradigma construtivista que orienta a pesquisa qualitativa com caráter descritivo, apoiando-se numa revisão bibliográfica que abrange o processo penal e as peculiaridades do direito à prova, bem como a imperiosa observância do conteúdo essencial dos direitos e garantias fundamentais. Neste contexto, apresentam-se as considerações finais que discorrem sobre a absoluta impossibilidade de admissão de provas ilícitas, salvo em benefício do réu.

Palavras-chave: provas ilícitas, punitivismo penal, norma constitucional.

ABSTRACT

The article deals with a brief study about the inadmissibility of illicit evidence in criminal proceduralism, once there are fallacious arguments, such as the search for real truth and fomenting impunity that try to mitigate such guarantee. Thus, the aim of this research is to support the inadmissibility of illicit evidence against the fundamental norm's rule structure. Therefore, the methodology is based on a constructivist paradigm that guides the qualitative research with a descriptive character, based on a bibliographic review that covers the criminal process and the peculiarities of the right to proof, as well as the imperative observance of the essential content of rights and fundamental guarantees. In this context, it presents the final considerations that discusses about the absolute impossibility of admission of illicit evidence, except for the benefit of the defendant.

Keywords: illicit evidence, criminal punitivism, constitutional norm.

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa (UNIRUY). Advogada.

² Professor Pesquisador (UNIFACS, UNICURITIBA, UFBA). Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestrado e Doutorado pela Universidade Salvador. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Especialista em Direito Público e em Docência do Ensino Superior. Membro do Grupo de Pesquisa em Cidadania, na linha de pesquisa em Análise Econômica do Direito (UFBA), Educação e Desenvolvimento.

1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade ainda persiste críticas sociais ao processo penal brasileiro, especialmente no que tange à suposta morosidade em aplicar punição àqueles que cometem delitos.

Aos olhos leigos da sociedade, o respeito a certas garantias fundamentais àqueles que respondem a um processo penal, – que, de antemão, são vistos como culpados - representa fomento a impunidade de um Estado que vive atualmente um período de instabilidade política e jurídica, e que tem perdido, cada vez mais, sua credibilidade perante o corpo social.

Em verdade, é compreensível a revolta social frente às mazelas dos tempos hodiernos, que apontam, de fato, algumas preocupações que requerem uma atenção especial do Estado, notadamente no que diz respeito ao aumento da violência e criminalidade.

Entretanto, o Direito como ciência não é para leigos e deve servir, na prática, para dirimir os conflitos que surgem no seio da sociedade e não para ludibriar a coletividade, fortificando a concepção de que a punição mais célere denota efetividade do sistema jurídico.

Surge, neste íterim, a espúria percepção de que no processo penal a severidade das normas penais e a inobservância de garantias fundamentais são reflexos de um Estado sério que busca punir os indivíduos que atentam contra a paz social quando, deveras, o processo penal corresponde (ou deveria corresponder) a uma limitação do poder punitivo do Estado, robusto de regras e princípios que garantam a aplicação da sanção mais justa ao indivíduo infrator dentro dos limites estabelecidos na Constituição Federal (CF) (Brasil, 1988), consubstanciando-se como conquista de um Estado Democrático de Direito maduro.

Deste modo, o presente artigo tem como objetivo apresentar uma análise acerca do falseamento da ideia de justiça no momento em que se inflige uma sanção penal em um processo em que não são observadas garantias constitucionais - especificamente a garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos consagrada na

Constituição Federal - sob o pretexto da busca pela verdade real e da efetividade do sistema jurídico. O estudo da temática, justifica-se pelo interesse da autora no aprofundamento dos estudos sobre as garantias constitucionais dentro do processo penal, uma vez que, tal contenda, contribui para a desconstrução, enraizada socialmente, acerca de que a valoração de todo tipo de prova, independentemente de sua origem, representa seriedade de um Estado com um sistema jurídico efetivo. Desta forma, no campo epistemológico, esta pesquisa oportunizará a ampliação do debate sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas na processualística penal, salvo para beneficiar o réu.

Assim, fundamentado em um paradigma construtivista, em que segundo Appolinário (2009), se pondera que a realidade depende do observador não sendo possível o estabelecimento de uma única verdade acerca dos fenômenos sociais, optou-se, neste estudo, pela pesquisa qualitativa com caráter descritivo. Apoiado na revisão bibliográfica, este trabalho apresenta na primeira seção, o que de fato corresponde às garantias constitucionais no processo penal brasileiro, conceituando e definindo sua função frente ao histórico da evolução das penas. Em seguida, na segunda seção, explana sobre o que consiste o direito à prova, desmistificando o dogma da busca pela verdade real. Na terceira seção, elucida as espécies de provas ilegais, a fim de limitar o objeto de discussão da presente pesquisa. Na quarta seção, apresenta as teses existentes acerca da admissibilidade das provas ilícitas, para, na quinta seção, explanar a teoria dos direitos fundamentais e a importância de sua compreensão no que tange ao conteúdo dos direitos e garantias fundamentais. Por fim, sistematiza nas considerações finais, a tese da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, salvo para beneficiar o réu, frente à estrutura de regra da norma fundamental.

2 PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A EFETIVAÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Inicialmente, faz-se mister esclarecer a função das garantias constitucionais no processo penal, tendo em vista que o cerne da discussão que esteia o presente artigo surge, a princípio, do desconhecimento da evolução na aplicação das penas bem como da falsa ideia de justiça fortificada no seio social.

De fato, talvez a tarefa mais difícil até aqui, – até mesmo para aqueles que defendem a interpretação literal do texto constitucional - seja entender que o indivíduo que cometeu o pior dos crimes tenha garantias constitucionais a seu favor antes de cumprir sua pena, o que é claramente compreensível à vista do senso comum, já que o ser humano possui a tendência de se solidarizar com a dor alheia, esperando, de certa forma, que o malfeito não saia desonerado.

Todavia, o instinto natural da personalidade humana tenciona reverter a ideia de justiça em vingança, o que significa dizer que diante da transgressão de um tipo penal por um indivíduo, a coletividade em si deseja que este mesmo indivíduo sofra o mal tão qual cometeu. É como se a justiça somente fosse feita com o sofrimento físico do infrator (Foucault, 2006).

Neste sentido, já aduzia Beccaria (2003) acerca da necessidade de desvencilhar a ideia de justiça a uma força física, sustentando o mencionado autor que a ideia de justiça que se enaltece na sociedade, na verdade é, pura e simplesmente, a perspectiva que os homens trazem das coisas morais relevantes para cada um.

Decerto, tal visão é salutar na compreensão da função das garantias fundamentais, especialmente para aqueles que desconhecem o Direito, vez que, de fato, deve existir dentro do processo penal a busca pela justiça, senão perderíamos como corpo social a sensibilidade de olhar com reprimenda a delinquência, banalizando-a. Porém, essa busca não deve ser aquela falsamente sustentada pelos que acreditam que quem responde a um processo é presumidamente culpado, mas sim daqueles que entendem que mais vale um culpado solto a um inocente preso.

Tais considerações são relevantes, porque se nutre a ilação de que o respeito às garantias constitucionais dentro do processo penal está atrelada a ideia de impunidade, quando, na verdade, a necessidade do processo para aplicação da lei penal requer imperiosamente a observância de garantias que funcionam como limitadoras da força feroz que é o poder punitivo do Estado (Lopes Júnior, 2016).

Sob tal perspectiva, Lopes Júnior (2016) testifica que todo poder tende a ser tirano e, por esta razão, forçosa aplicação de limites, que se revelam nos direitos e garantias constitucionais requisitados dentro da processualística penal. Tais garantias, deste modo, atuam como armas protetoras do abuso estatal.

Ademais, compreender o risco de se vulnerar essas garantias constitucionais, exige trazer à baila também as reflexões de Foucault (2006), que em sua clássica obra *Vigiar e Punir* apresenta um estudo acerca do poder político implícito que subsist(e)ia na aplicação de métodos punitivos, em um sistema eminentemente inquisitorial, sustentando o autor:

Os juristas do século XVIII, ao entrarem em polêmica com os reformadores, darão uma interpretação restritiva e “modernista” da crueldade física das penas: se são necessárias penas severas, é porque o exemplo deve ficar profundamente inscrito no coração dos homens. Na realidade, entretanto, o que até então sustentara essa prática dos suplícios não era a economia do exemplo, no sentido em que isso será entendido na época dos ideólogos (de que a representação da pena é mais importante do que o interesse pelo crime), mas a política do medo: tornar sensível a todos, sobre o corpo do criminoso, a presença encolerizada do soberano. O suplício não restabelecia a justiça; reativava o poder (Foucault, 2006, p.43).

Em verdade, a evolução da pena de prisão e a necessidade da existência do processo penal nasce justamente da análise, no decorrer dos séculos, da arbitrariedade, da violência e do autoritarismo na execução dos suplícios e castigos físicos que sofriam aqueles que supostamente haviam praticado algum crime. A pena consubstanciava-se como uma espécie de espetáculo público, com a única e exclusiva finalidade de funcionar como um cerimonial de amedrontamento para fortalecer a ideia do desmedido poder político do soberano (Foucault, 2006).

Nesta esteira, continua Foucault: “A intervenção do soberano não é portanto uma arbitragem entre dois adversários; é mesmo muito mais que uma ação para fazer respeitar os direitos de cada um; é uma réplica direta àquele que a ofendeu” (Foucault, 2006, p.41).

Ou seja, o que aparentava ser a efetivação da ideia de “justiça”, haja vista aplicação de castigo para aqueles que enxovalhavam a paz social, na prática assumia papel de vingança do Estado soberano, que avistava uma transgressão e liquidava do mesmo modo. Via um sujeito delinquir e revidava com a chancela de sua autoridade como se fosse para recompor a ordem infringida.

Seja dito, a existência do Direito Penal está tipicamente ligada à história da própria humanidade, porquanto o convívio do homem em sociedade sempre gerou conflitos, estando sempre presente a noção de que a punição existia. No entanto, a punição que existia outrora não era a derivada de legislação formal, mas de cânones de costume e cultura que satisfaziam o ideário de justiça do corpo social (Greco, 2015).

Seguindo este norte interpretativo, a partir dos estudos de Durkheim (1995), por exemplo, como o crime é um fato social, sempre existirá em qualquer sociedade e, ainda, dependendo do seu grau de ocorrência, pode até ser considerado benéfico para preservação da coletividade. Deste modo, se a severidade do castigo operasse como aniquilador da criminalidade, desde a época dos suplícios já estaríamos vivendo no paraíso e não haveria que se falar mais em criminalidade.

Posto isso, uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito é justamente limitar esse excessivo poder punitivo do Estado através de direitos e garantias que traduzem o respeito à dignidade humana e efetivam a verdadeira ideia de justiça, vez que aventa um procedimento idôneo, calcado na ampla defesa e contraditório, bem como um juiz equânime, disposto a cominar a sanção mais justa ao indivíduo infrator.

Por este ângulo, Streck (2003) sustenta que o Estado Democrático de Direito faz um apanhado das fases anteriores com a intenção de suprir as lacunas que existiam nas etapas mais antigas, trazendo ideários de modernidade, como justiça social, igualdade e efetivação das garantias e direitos humanos fundamentais.

Deveras, o Estado Democrático de Direito revela uma alteração nas relações de poderes, vez que a justiça que antes era inquirida através de procedimentos de caráter político, desloca-se para procedimentos eminentemente judiciais, de modo que a Constituição assume posto de mais alta importância neste cenário, porque legitimada através do contrato social a impor os necessários limites (Streck, 2003).

Neste sentido, Lopes Júnior (2016) assevera que:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal) (Lopes Júnior, 2016, p. 22)

Para o mencionado autor, diferentemente do processo civil, é o princípio da necessidade que rege o sistema penal, pois só há que se falar em aplicação de uma pena através do devido processo legal. Deste modo, o Ministério Público funciona como órgão

acusador, titular da ação penal, mas o poder de punição é do juiz, clara representação do Estado e, portanto, garantidor dos direitos do réu.

Para Távora e Alencar (2016), a realização da justiça no processo criminal se opera não com a busca incessante da condenação pelo Ministério Público, mas, em congruência com a defesa, pela pretensão do escorreito provimento da aplicação da lei penal. Ou seja, a ideia não pode ser a de condenar desmedidamente, mas de encontrar a sanção mais justa ao réu, que, embora possa ter cometido o pior dos crimes, é um ser humano e deve sim ter sua dignidade respeitada na integralidade.

Por certo, os direitos e garantias fundamentais que devem ser considerados no processo penal atuam como o liame que sustenta a atuação do julgador à devida aplicação da lei penal, uma vez que a inobservância destas torna o juiz mais severo que a lei e, consequentemente, injusto (Beccaria, 2003).

São elucidativas as palavras de Costa (2016) ao sustentar que por ser a processualística penal a expressão mais absoluta do poder estatal, vez que o *jus puniendi* traduz-se como a possibilidade de privação da liberdade do cidadão, o respeito aos limites impostos pela lei devem ser estritamente obedecidos, de modo que a ingerência repressora não se converta em mal maior que a conduta que a provocou.

Destarte, para que o julgador se limite a atender o múnus público que lhe foi conferido sem retroceder à era da exortação aos suplícios, imperiosa a observância das garantias fundamentais norteadoras do processo penal, especificamente a que problematiza este trabalho, qual seja a da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, que será analisada no decorrer desta pesquisa.

Deste modo, para melhor entendimento da problematização aventada, faz-se mister examinar do que se trata o direito constitucional à prova e a finalidade desta na processualística penal, debatida no próximo tópico.

3 O DIREITO À PROVA E A UTÓPICA BUSCA PELA VERDADE REAL NA PROCESSUALÍSTICA PENAL

O direito à prova consagrado na Constituição Federal consubstancia-se como a possibilidade de trazer aos autos elementos aptos a convencer o julgador a respeito de

uma situação de fato (Greco Filho, 2012) que, na seara penal, corresponde necessariamente a um fato criminoso.

Neste ínterim, Greco Filho (2012) afirma que a finalidade da prova é, única e exclusivamente, a persuasão do juiz, vez que a certeza absoluta sobre determinado fato é sempre impossível, buscando a prova, tão somente, a formação da certeza relativa capaz de influenciar na convicção do magistrado.

Todavia, salutar destacar que diferentemente do processo civil, a roupagem da prova é analisada sob um outro viés na processualística penal. Sob essa vertente, Jardim (2018) pontua que no processo civil, por exemplo, o magistrado pode presumir como verídicos os fatos não provados, desde que não impugnados pela parte adversa, o que não ocorre no processo penal, vez que até mesmo a confissão do réu não dispensa a existência de quaisquer outras provas, a teor do que dispõe o art. 197 do Código de Processo Penal (CPP) (Brasil, 1941).

Gize-se, se a solução jurisdicional no âmbito do processo civil dar-se-á pela busca da verdade formal, por outro lado, na seara penal, é o princípio da verdade real que prevalecerá, a que pretende a reconstrução mais verossímil da realidade ocorrida (Jardim, 2018).

Para Pacelli (2018), entretanto, embora sejam diferentes os critérios utilizados no processo civil e penal, a evidenciação dos fatos na via judicial será sempre uma verdade reestruturada, ou seja, subjugada à participação das partes, e até mesmo do juiz, quanto a determinação da sua convicção.

Seguindo esta linha, Nucci (2008) sustenta que a verdade, por ser uma percepção ideológica da realidade, sempre será relativa, distinguindo tão somente a finalidade das provas nos processos civil e penal. Enquanto neste o juiz atua como um participante na produção dos elementos probatórios, naquele, sua atuação é mais de espectador das provas produzidas.

Seguindo um outro norte interpretativo, Lopes Júnior (2016) sustenta a tese de que princípio da verdade real é uma falácia, estritamente ligada ao sistema inquisitorial, usada para justificar os descomedimentos e excessos do Estado na busca da verdade dos fatos a qualquer custo, sob o pretexto de salvaguardar o interesse público, porque o crime, que se tenta reconstruir dentro do processo, é um fato pretérito, que já não existe mais.

É interessante tal discussão, porque, de fato, o crime que supostamente existiu consiste em um imaginário passado. O que se tem, diga-se de passagem, não é a possibilidade, dentro do processo, de se experimentar o fato cometido, porque já inacessível, mas a probabilidade de captar sinais com as consequências geradas (Ferrajoli, 2002).

No modelo acusatório, correspondente ao adotado no processo penal brasileiro, o que se busca é a verdade formal, processual, capaz de influenciar no convencimento do juiz. Conquanto, deve-se intentar a verdade aproximada da realidade numa produção dialética de provas sob o crivo do contraditório e ampla defesa, garantias asseguradas no texto constitucional (Lopes Júnior, 2016).

Mister destacar que a utilização do princípio da verdade real no processo penal ainda gera controvérsias e discussões entre juristas, justamente porque, como bem afirma Pacelli (2018), a graveza das perquirições criminais demanda uma busca mais intensiva da verdade.

Contudo, a imperiosa observância das garantias constitucionais, como já mencionado alhures, confere a limitação necessária ao *jus puniendi* do Estado e o magistrado, como figura representativa do Estado, deve-se afastar completamente da produção probatória na medida em que sua atuação outrora política, torna-se rigorosamente constitucional (Lopes Júnior, 2016).

À vista disto, o direito à prova encontra balizas nas garantias previstas na Constituição Federal justamente porque a busca pela verdade processual não pode e nem deve ser a qualquer custo, pois o contrário seria a clara representação de um Estado opressor (Rangel, 2015).

Há críticas, inclusive, a alguns dispositivos do Código de Processo Penal, especialmente o art. 156, I (Brasil, 1941), que prevê uma atuação mais incisiva do magistrado na produção de provas, ao ordená-las antes do início da ação penal, reputando, alguns autores, pela inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que coloca o juiz como figura de acusador, inquisidor, na medida em que este deveria ser tão somente espectador, responsável por prolatar a decisão fundada no convencimento desenvolvido dentro do contraditório (Lopes Júnior, 2016).

Ou seja, a verdade real é um mito já superado no Estado Democrático de Direito, por ser inatingível, inalcançável, prestando unicamente para legitimar uma atuação

desenfreada do Estado que, utilizando-se do primado de que os “fins justificam os meios”, cometia as piores atrocidades intituladas de justiça (Pacelli, 2018)

3.1 PROVAS ILEGAIS: PROVAS ILÍCITAS X PROVAS ILEGÍTIMAS

O art. 157 do Código de Processo Penal, aduz que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (Brasil, 1941, s/p)

Ao adentrarmos neste tópico, pertinente a diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas, uma vez que a Lei nº 11.690 de 2008 (Brasil, 2008), que alterou o CPP, tornou, pela dicção do supracitado dispositivo, indistinguível tais espécies de provas, tendo em vista que a doutrina pontua a prova ilegal como sendo gênero do qual as ilícitas e ilegítimas são espécie (Pacelli, 2018).

Diz-se isso porque, para a doutrina, no que toca às provas ilícitas, estas dizem respeito às provas obtidas com violação a norma de direito material, que ofenda direta ou indiretamente a Constituição Federal, ao passo em que as provas ilegítimas correspondem às obtidas com violação a norma de caráter processual (Avena, 2018).

Nesta mesma linha corrobora Rangel (2015), complementando, inclusive, que além das provas ilícitas e ilegítimas, há também as provas irregulares, que são aqueles que, embora não sejam vedadas pela norma processual, são obtidas sem observância das devidas formalidades legais.

Todavia, há aqueles que entendem que a reforma processual se afastou do posicionamento doutrinário que distinguia as provas ilícitas das ilegítimas, instituindo como prova ilícita tanto as provas obtidas de modo a violar normas de caráter material quanto as obtidas de modo a violar normas de caráter processual, numa interpretação estritamente literal do art. 157 do CPP (Capez, 2016).

Tal distinção é salutar, haja vista que a discussão que problematiza a presente pesquisa se dedica a tratar da impossibilidade de se admitir na processualística penal as provas obtidas por meios ilícitos, discussão que não se estende às provas ilegítimas, justamente porque como se trata de violação de norma de caráter processual, dependendo do tipo de nulidade, se relativa ou absoluta, como inteligentemente afirma Lopes Júnior (2016), ou o ato será renovado, ou inteiramente rejeitado

Deste modo, em que pese o posicionamento de alguns doutrinadores como Capez (2016), por exemplo, que sustenta o entendimento de que a reforma processual penal trouxe como provas ilícitas tanto as provas ilícitas propriamente ditas quanto as ilegítimas, com a devida vênia, filiamo-nos à corrente que ainda distingue tais espécies de provas, uma vez que a inadmissibilidade das provas ilícitas prevista na norma constitucional diz respeito àquelas em que não é possível repetir o ato porque o vício está estritamente ligado ao momento de obtenção da prova, ao tempo em que, se tratando de uma prova ilegítima, é possível a retificação do vício com a simples repetição do ato, por se tratar de um defeito meramente processual (Lopes Júnior, 2016).

Seguindo este norte interpretativo, importante destacar que o art. 157 do Código Processual Penal (Brasil, 1941), traz também em seu parágrafo primeiro vedação às provas ilícitas por derivação, ratificando no ordenamento jurídico brasileiro a teoria norte-americana do *Fruits of the Poisonous Tree* ou Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Por tal teoria, entende-se que uma prova angariada em decorrência de outra que fora obtida por meio ilícito, torna-se, por efeito, ilícita por derivação. Como o próprio nome sugere metaforicamente, os vícios da árvore se transferem para seus frutos, ou seja, a prova se contamina justamente porque a sua origem advém de outra prova colhida através de meios ilícitos (Rangel, 2017).

Contudo, a aplicabilidade da referida teoria está restrita a algumas regras que o próprio art. 157 do CPP estabelece, como a evidente ausência de nexos causal entre as provas derivadas com as provas obtidas por meio ilícito, ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte estritamente independente das provas obtidas por meio ilícito. Em outro giro verbal, neste último caso, quando as provas derivadas das ilícitas puderem ser descobertas de outra forma que não necessariamente o meio ilícito tenha propiciado (Lopes Júnior, 2016).

Posto isto, no tocante ao nexo causal, seria uma espécie de notória ausência de liame de causa e efeito, razão pela qual inexistiria contaminação, ao passo em que a fonte estritamente independente, equivaleria àquelas em que há nexo causal e, portanto contaminação, porém a prova poderia ser obtida por outro modo, ou sua evidencição seria inevitável. Em vista disto, nestes casos específicos, plenamente cabível a utilização da prova outrora derivada das obtidas por meios ilícitos (Lopes Júnior, 2016).

Feitas essas considerações atinentes a limitar o objeto discutido neste artigo, qual seja a garantia fundamental prevista na Constituição Federal concernente à vedação da prova obtida por meio ilícito, que viola norma de caráter material com ofensa direta ou indireta ao texto constitucional, adentraremos na seção seguinte nas teorias existentes acerca da admissibilidade das provas ilícitas dentro da processualística penal.

4 TEORIAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Há diversos posicionamentos a respeito da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, que vão desde a possibilidade destas provas serem admitidas até a inadmissibilidade absoluta.

Nesta seção, trataremos das três teorias pertinentes, como aquela que entende ser possível a admissão das provas maculadas; a que sustenta a possibilidade, desde que seja observada a proporcionalidade; e por fim, a que compreende apenas possível aplicar a proporcionalidade *pro reo*.

Neste íterim, a corrente - minoritária e não adotada no ordenamento jurídico brasileiro – que entende ser possível a admissão das provas ilícitas, defende que a prova que ofenda direito material pode ser aceita, contanto que não seja impedida pelas normas processuais. Ou seja, o responsável pela prova ilícita pode utilizá-la em um processo, mas será, porventura, responsabilizado em outro, civil ou até mesmo criminalmente (Lopes Júnior, 2016).

Cordero (2000), principal defensor desta tese, assegura que a despeito do que tenha sido descoberto ou fundado ilicitamente, se uma prova não é proibida processualmente, ela pode, e deve, ser admitida.

Perspicazmente, Lopes Júnior (2016) afere que a impropriedade da supramencionada teoria reside no fato de que um mesmo objeto, defronte à ilicitude com que foi colhido, seria apto a absolver um indivíduo em um processo, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, o condenaria em outro, motivo pelo qual tal teoria não encontra guarida na jurisprudência brasileira.

No que tange à corrente que defende a admissibilidade das provas ilícitas em razão do princípio da proporcionalidade, seus seguidores assentem a viabilidade do uso das

provas maculadas diante da pertinência do interesse público a ser tutelado. Para os adeptos desta teoria, noutro giro verbal, a limitação de direitos fundamentais se justificaria quando comprovada a necessidade de preservar outros valores fundamentais (Lopes Júnior, 2016).

Todavia, o conceito de supremacia do interesse público é bastante genérico e indeterminado, razão pela qual é temerário acompanhar esta teoria porque inteiramente manipulável, servindo de sustentáculo para fomentar uma atuação arbitrária do Estado-juiz sob o pretexto da preponderância dos interesses públicos (Lopes Júnior, 2016).

Nesta mesma linha, Streck (2016) pontua a taxatividade do texto constitucional ao inadmitir as provas ilícitas e o perigo do processo penal tornar-se utilitarista ao aceitar as provas ilícitas convalidadas pela boa-fé, sob a justificativa de que os fins justificam os meios.

Diz-se isso, porque o posicionamento do supramencionado jurista acerca da convalidação das provas ilícitas pela boa-fé e a tese da admissão destas provas frente à supremacia do interesse público, em muito se assemelham. Isso porque, por serem conceitos altamente manobráveis (o interesse público e a boa-fé), retiram a limitação imposta pela Constituição Federal ao Estado-juiz, permitindo que este a utilize a seu bel-prazer, o que se revela demasiadamente temerário ao Estado Democrático de Direito.

A terceira teoria é a que admite as provas ilícitas quando em benefício do réu, tratando-se da proporcionalidade *pro reo*. Em verdade, esta corrente baseia-se no primado de que qualquer outro preceito legal deve ser imolado quando o que se está em pauta é a possibilidade de restrição da liberdade de um inocente (Greco Filho, *apud* Lopes Júnior, 2016).

Outro não poderia ser o entendimento, posto que nos casos em que a prova obtida por meio ilícito propiciasse a comprovação da inocência do indivíduo, acobertado estaria ele pelas excludentes de ilicitude do estado de necessidade e legítima defesa, e até mesmo da excludente da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa (Lopes Júnior, 2016).

Nestes casos, então, salutar destacar que a prova ilícita deve estar restrita ao processo criminal que absolve o réu, sendo vedada sua utilização em outro processo criminal para penalizar terceiros, até mesmo porque a prova só estará sendo valorada porquanto se tratar de uma situação excepcional (Lopes Júnior, 2016).

Com efeito, se entende perfeitamente cabível tal interpretação, tendo em vista que, como será tratado minuciosamente mais adiante, a garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas tem estrutura de regra que, quando em confronto com algum princípio, neste caso, o direito à liberdade, deve ser dirimido através da ponderação com o princípio no qual a regra se escora, neste contexto, a legalidade (Silva, 2003), fazendo surgir, portanto, uma nova regra. Ou seja, a absoluta impossibilidade de se admitir provas ilícitas, salvo quando em benefício do réu.

5 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Dirigindo-se à parte final desta pesquisa, como mencionado alhures, não se pode olvidar falar em Estado Democrático de Direito sem sustentar a imperiosa observância dos direitos e garantias fundamentais consagrados no texto constitucional. Isso porque, a noção de Estado Democrático de Direito está indiscutivelmente coadunada à realização dos direitos sociais-fundamentais (Streck, 2003).

Neste ínterim, Streck (2003) assevera que o fato de se precisar discutir a respeito da concretização de direitos sociais-fundamentais, é porque se pressupõe que há uma inefetividade dos preceitos inseridos na Constituição Federal (Brasil, 1988) e uma insuficiência de políticas públicas necessárias para a realização de tais direitos assegurados no texto constitucional.

E de fato, se há uma inefetividade na concretização desses direitos fundamentais, é importante identificar o que vem dando margem ao intérprete da lei quando do momento em que se faz mister aplicar tais normas.

Nesta perspectiva, Silva (2012) certifica a existência de um conteúdo mínimo substancial no que tange aos direitos que subsistem em um ordenamento jurídico. Isso porque, se tais direitos não pudessem garantir um conteúdo mínimo essencial, não haveria por quais razões existirem, perdendo, portanto, a sua valia.

Para o supramencionado jurista, a existência deste conteúdo essencial dos direitos fundamentais implica na verificação daquilo que é tutelado e restringido por estas normas, bem como da fundamentação das proteções e restrições das referidas, partindo de uma necessária distinção acerca da sua estrutura: se se tratam de regras ou princípios jurídicos.

Baseado na teoria dos direitos fundamentais, Silva (2012) pontua que a principal distinção entre regras e princípios está nos direitos que estas normas asseguram. Enquanto as regras garantem direitos definitivos, por outro lado os princípios garantem direitos *prima facie*.

Sendo assim, nos casos em que o direito é assegurado por uma norma regra, esse direito é definitivo e deve ser aplicado em sua totalidade através do método da subsunção, quando o caso concreto discutido se subsume à regra juridicamente aplicável, afastando, por conseguinte, no plano da validade, qualquer outra regra que não compatível ao caso *sob judice* (Silva, 2012).

No que tange aos princípios, entretanto, os direitos *prima facie* garantidos por estes não podem ser realizados em sua integralidade, uma vez que devem ser realizados na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas apresentadas e, quando colididos com outros princípios possivelmente aplicáveis, diferentemente das regras, o método utilizado deve ser o da ponderação, em que mesmo quando não aplicado o princípio colidente, este não tem afetada sua validade, porquanto em momento oportuno possa vir a ser utilizado, permanecendo integralmente no ordenamento jurídico (Silva, 2012).

Ainda seguindo esta linha distintiva, é considerável evidenciar que, no que toca aos princípios, estes podem ser aplicados em diversos níveis, enquanto as regras possuem uma aplicação direta, sem gradações (Silva, 2003).

Todavia, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais tem na teoria dos princípios apenas a mais aparente distinção entre regras e princípios, fazendo-se necessário a adoção de uma teoria externa e de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais para definir o que de fato se trata seu conteúdo (Silva, 2012).

Em linhas gerais, o suporte fático amplo exige que o contexto de proteção dos direitos fundamentais seja interpretado da maneira mais extensa possível, na qual qualquer ação, estado, posição ou fato jurídico possa ser subsumido no contexto disciplinado pelo direito fundamental, e tutelado *prima facie* por ele (Silva, 2012).

Por tal razão, a intervenção estatal na aplicação dos direitos fundamentais também deve ser considerada de forma ampla, razão pela qual toda e qualquer regulamentação, que de certa forma corresponde a uma potencial restrição, impõe um encargo argumentativo àquele que restringe, o que implica dizer que tais direitos não tem um

conteúdo essencial absoluto, nem tampouco preliminarmente delimitado, uma vez que deve ser amplamente considerada qualquer possível situação fática que se enquadre no âmbito de proteção do direito (Silva, 2012).

Diz-se isso porque, se assim fosse, a concepção de que tais direitos já possuem ação, estado, posição ou fato jurídico já absolutamente delimitados, ensejaria a aplicação dos direitos fundamentais aos meros juízos de conveniência política sem demandar qualquer fundamentação constitucional, porque os aplicadores entenderiam que estes direitos já possuem limites imanescentes e isso, por si só, já seria suficiente para restringi-los, deixando tais decisões à livre conveniência do arbítrio estatal (Silva, 2012).

Seguindo a tese defendida por Silva (2012), no tocante à teoria externa, esta corrobora a existência dois objetos distintos: o direito fundamental propriamente dito e suas possíveis restrições, razão pela qual perfeitamente possível a aplicação do método da ponderação e da regra da proporcionalidade para solucionar as colisões entre direitos fundamentais, uma vez que, a partir desta teoria, entende-se que as restrições em nada implicam no conteúdo do direito em si, possibilitando apenas que a situação fática concreta possa restringir seu exercício (Silva, 2012).

Uma interessante questão trazida na tese construída por Silva (2012) ao tratar da eficácia das normas que garantem direitos fundamentais, é a desconstrução das classificações das normas em de eficácia plena, contida e limitada. Inteligentemente, o referido jurista sustenta que, partindo de um modelo de suporte fático amplo, regulamentação e restrição são conceitos mitigados.

Deveras, para a supracitada classificação, enquanto as normas de eficácia plena possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, as normas de eficácia contida podem ter sua aplicabilidade restringida pelo legislador, ao passo em que as normas de eficácia limitada necessitam de regulamentação para produzir efeitos (Moraes, 2018).

Para Silva (2012), entretanto, essas classificações caem por terra, haja vista que se uma norma necessita de regulação, essa regulação inevitavelmente consubstancia-se como uma restrição, uma vez que regular um direito significa excluir desse direito aquilo que a regulação não contemplar. Do mesmo modo em que toda restrição deve ser considerada uma regulamentação, já que restringir o exercício de um direito demanda fundamentação que tem por objetivo justificar a restrição e harmonizar seu exercício.

Ou seja, a tese defendida por Silva (2012) é que toda norma que garante direitos fundamentais tem alguma limitação no que diz respeito à sua eficácia, isso pelo motivo de que definir o que é tutelado pelos direitos fundamentais é apenas o passo inicial, tendo em vista que condutas e circunstâncias contempladas no âmbito de proteção de um direito fundamental dependerão, eventualmente, de um sopesamento no caso concreto para determinar se a proteção é definitiva ou não.

Em verdade, o que se sustenta é a restringibilidade dos direitos fundamentais, porquanto não possuem caráter absoluto. Todavia, essa restringibilidade deve estar calcada na proporcionalidade e na fundamentação das decisões que a aplicam.

Gize-se, se se parte de um suporte fático amplo, toda ação, estado ou posição jurídica que esteja contemplada no âmbito de proteção do direito fundamental e que tenha sofrido intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente, a consequência deve ser a cessação desta intervenção, dado que violadora de direito fundamental e, portanto, inconstitucional (Silva, 2012).

Contudo, é plenamente possível que haja uma intervenção estatal fundamentada, empregando uma restrição permitida, uma vez que, como mencionado alhures, a definição do que é tutelado por tais direitos é apenas o passo inicial, dependendo da situação concreta e da aplicação da proporcionalidade para estabelecer o que é definitivamente protegido (Silva, 2012).

5.1 A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL FRENTE À ESTRUTURA DE REGRA DA NORMA CONSTITUCIONAL

Feitas as breves considerações no tópico anterior acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a definição do âmbito de proteção e as possíveis restrições no exercício destes direitos, pode-se concluir pela desconstrução de que tais normas tutelam direitos de caráter absoluto e que existe a possibilidade de restringir o exercício destes direitos através da fundamentação e da regra da proporcionalidade.

Neste íterim, tratando dos direitos e garantias fundamentais estabelecidas no texto constitucional, especialmente a que esteia o presente trabalho, qual seja a da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, salutar compreender o âmbito de proteção da norma e as possíveis restrições que esta pode vir a sofrer.

Com efeito, o primeiro passo, como aludido na tese defendida por Silva (2012), é identificar a estrutura da norma. Neste sentido, as normas que não possuem gradação deverão ser enquadradas como regras, ao passo em que, a *contrario sensu*, as que possuem, deverão ser enquadradas como princípios.

Streck (2016) assevera veementemente que outra não poderia ser a interpretação do texto constitucional, porquanto a literalidade da norma insculpida no art. 5º, LVI, (Brasil, 1988) *ipsi literis*, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, não abre margens para qualquer outra análise que não seja a de que aquilo que serve para demonstrar, provar algo, não pode ser aceito no processo através de meios que a lei não permita.

Deste modo, seguindo este norte interpretativo, pode-se concluir pela estrutura de regra da norma jurídica, uma vez que possui validade estrita, sendo a situação concreta (provas obtidas por meios ilícitos), subsumível à norma que as veda. Ou seja, por ser regra, obedece ao raciocínio do tudo-ou-nada, hipótese em que, em um primeiro momento, não pode ser objeto de sopesamentos (Silva, 2012).

Contudo, é possível que haja colisão entre uma regra e um princípio, razão pela qual, nestes casos, a solução do conflito deve se dar através da ponderação do princípio colidente com o princípio no qual a regra se alicerça (Silva, 2012).

Essa ponderação, em verdade, trata-se da proporcionalidade, regra responsável por delimitar o direito definitivo frente à situação concreta. Sua aplicação, deste modo, deve obedecer a três sub-regras integrantes do seu próprio conceito: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Neste sentido, com a finalidade de demarcar o conteúdo definitivo tutelado pelo direito fundamental, primeiro se deve analisar se o meio utilizado é adequado, se de fato é necessário, para por fim, ponderá-lo (Silva, 2012).

Sendo assim, quanto às teorias acerca da admissibilidade das provas ilícitas, sustenta-se a possibilidade de tão somente aceita-las quando em benefício do réu, uma vez que a liberdade do indivíduo deve se sobrepor ao princípio da legalidade no qual se baseia a regra em comento, tendo em vista a aplicação da proporcionalidade como forma de controle das restrições a direitos fundamentais.

Importante destacar que o mesmo não se aplica à proporcionalidade em vista do interesse público, porque como já aludido no decorrer desta pesquisa, trata-se de um

conceito genérico e amplamente manipulável, não podendo desta forma, ao aplicar a regra da proporcionalidade, sobrevir à legalidade consagrada pelo texto constitucional nos direitos e garantias fundamentais que funcionam como limitadores da força punitiva de um Estado Democrático de Direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto nesta pesquisa, pode-se concluir pela desconstrução da ideia de que o respeito aos direitos e garantias fundamentais consagrados no texto constitucional representa um Estado em que não há seriedade na aplicação da lei penal, mas, em verdade, emblema um Estado Democrático de Direito sério, que observa os limites impostos por uma Constituição legitimada a delimitar os poderes de um Estado-juiz, que tende a ser tirano, ao aplicar sanção a um indivíduo infrator.

Deste modo, respeitar garantias fundamentais, especialmente a que esteia a problematização do presente artigo, qual seja a da vedação às provas obtidas por meios ilícitos, significa entender que a inobservância deste impedimento não confirma a verdade dos fatos que se pretende evidenciar, porque estes fatos já não existem mais. O que existe, efetivamente, são pistas, consequências deste imaginário passado que se reestruturam dentro da processualística através da dialeticidade das provas legalmente produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Deste modo, a perquirição criminal deve ser feita dentro dos limites estabelecidos na Constituição Federal, que determina expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais a inadmissibilidade das provas que sejam obtidas por meios ilícitos. Norma esta que possui estrutura de regra jurídica, e deve ser subsumida ao fato em sua integralidade, porquanto inviáveis gradações.

Sendo assim, afastada deve estar a ilação de que qualquer prova capaz de demonstrar o que quer que seja deve ser considerada, porque caso assim fosse, estar-se-ia de volta à época dos suplícios, em que tudo valia em nome da (falsa) ideia de justiça, retrocedendo a conquista de um Estado Democrático de Direito para um estado tirano e opressor.

Todavia, sendo em benefício do réu, as provas ilícitas devem ser consideradas aptas a provar sua inocência, uma vez que, quando uma regra jurídica colide com um

princípio, o conflito deve ser solucionado através da ponderação do princípio colidente com o princípio no qual a regra se baseia.

Portanto, nos casos em que a legalidade estiver em entrave com a liberdade, deve este último prevalecer, razão pela qual se defende neste artigo a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, salvo e tão somente, quando for para beneficiar o réu.

REFERÊNCIAS

- APPOLINÁRIO, Fabio. **Metodologia da Ciência**: filosofia e prática da pesquisa. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Editora Martin Claret, 2003.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília: sd. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 nov.2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília: sd. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set.2019.
- BRASIL. **Lei Nº 11.690, de 9 de Junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília: sd. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em: 18 set.2019.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.
- COSTA, Domingos Barroso da. O fetiche punitivista e o colapso do Estado de Direito. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/tribuna-defensoria-fetiche-punitivista-colapso-estado-direito>. Acesso em 12out.2019.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. Disponível em <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em 13out.2019.
- FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2006.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. **O princípio da verdade real no processo penal: uma explicação necessária**, 2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-principio-da-verdade-real-no-processo-penal-uma-explicacao-necessaria>. Acesso em 12out.2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: [https://mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/caop_crim/BIBLIOT ECA/Direito_Processual_Penal_2016_-_Aury_Lopes_JÚNIORpdf](https://mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/caop_crim/BIBLIOT_ECA/Direito_Processual_Penal_2016_-_Aury_Lopes_JÚNIORpdf). Acesso em: 12 set.2019.

MENDONÇA, Ana Cristina; DUPRET, Cristiane. **Vade Mecum Penal**. JusPodium, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev. atual. ampl.3. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 2ª Tir. Malheiros: São Paulo, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Prova ilícita validada por boa-fé: lá se vai a criança com a água suja**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-08/prova-ilicita-validada-boafela-bebe-agua-suja?imprimir=1>. Acesso em: 05nov.2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. JusPodium, 2016. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/4032/184-Curso-de-Direito-Processual-Penal-Nestor-Tvora-e-Rosmar-Rodrigues-Alencar-2016>. Acesso em 23 set.2019.