

# **VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CONSTITUIÇÃO IV**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

#### **Secretarias**

##### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

##### **Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

##### **Educação Jurídica**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

##### **Eventos:**

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

##### **Comissão Especial**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direito penal, processo penal e constituição IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carolina Angelo Montoli; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-169-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO IV**

---

#### **Apresentação**

Em uma tarde de Sábado, no início do inverno brasileiro, o Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição IV reuniu-se com o escopo de debater temas modernos e interdisciplinares das Ciências Penais, que resultou na confirmação de que o Conpedi é, há algum tempo, uma associação que contempla grandes profissionais, docentes e acadêmicos do direito. Com grande capacidade crítica, os estudiosos de ecléticos temas do universo do direito e do processo penal, corroboraram o sucesso dos eventos remotos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Diversas Instituições, de norte a sul do país, estiveram representadas nos debates, culminando com um livro, de consulta imprescindível, que é composto dos seguintes artigos/capítulos, ora apresentados por título, autoria e síntese:

No primeiro artigo, intitulado “METAVERSO E CRIMINALIDADE: FRONTEIRAS DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL NO ESPAÇO DIGITAL”, os autores Cristian Kiefer Da Silva e Rafaela Cristina Alves Lisboa investigam as complexas fronteiras da responsabilização penal no contexto do metaverso, ambiente virtual imersivo que inaugura novas formas de interação social, econômica e comportamental. A pesquisa explora as dificuldades na persecução penal, incluindo a tipificação de condutas, a coleta de provas digitais e a determinação de jurisdição em espaços virtualizados. Além disso, examina os impactos desses crimes na proteção de direitos fundamentais, como privacidade, liberdade de expressão e propriedade. Destaca-se que a natureza peculiar do Metaverso requer uma adaptação profunda dos instrumentos penais, de modo a estabelecer um sistema sancionador proporcional que, sem abdicar da necessária eficácia repressiva, assegure plenamente o respeito aos direitos e garantias fundamentais, delineando, assim, os contornos de uma

ambientais. O estudo destaca que a impunidade, definida como a falta de investigação, acusação, julgamento e condenação dos responsáveis por violações dos direitos protegidos, fomenta a reincidência e a desproteção das vítimas e seus familiares. Destaca-se, como objetivo, a urgência de combater a impunidade e fortalecer a proteção ambiental na Amazônia Legal, através de uma abordagem integrada que envolva a responsabilização dos criminosos, o fortalecimento das instituições e o desenvolvimento sustentável das comunidades locais.

O terceiro trabalho que compõe o livro é intitulado “A ATUAÇÃO JURISDICIONAL E PROCESSUAL DO PODER PÚBLICO NA GARANTIA DOS DIREITOS DA MULHER PRESIDÁRIA” e tem como autores Tammara Drummond Mendes, Roberto Apolinário de Castro e Renata Apolinário de Castro Lima. A pesquisa explora a análise das situações prisionais e estatísticas com base de dados em relação ao encarceramento de mulheres no Brasil. Também é abordada a situação de mulheres na situação especial de prisão em tempos de gravidez e a violação de seus direitos enquanto pessoa do sexo feminino. Explora-se formas de garantir o cumprimento dos direitos e interesses das detentas reclusas no sistema prisional brasileiro em conformidade com a Lei de Execuções Penais, buscando-se medidas eficazes de ressocialização das mesmas e a não violação ou o mínimo cerceamento possível de seus direitos fundamentais.

No trabalho intitulado “A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA”, o autor Jônatas Peixoto Lopes analisa a problemática da admissibilidade excepcional de provas ilícitas no processo penal brasileiro, com enfoque na aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de ponderação entre direitos fundamentais conflitantes. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVI, estabelece expressamente a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Contudo, a interpretação sistemática do texto constitucional e o reconhecimento de que nenhum direito fundamental é absoluto têm fomentado intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre

O trabalho seguinte, intitulado “TEORIA DA LATITUDE E LONGITUDE DO DIREITO PENAL”, tem como autor Liciomar Fernandes da Silva, o mesmo que introduz e desenvolve a teoria a partir de uma análise crítica das práticas policiais, especialmente no contexto do Brasil. A teoria aborda a realidade de agentes de segurança pública no que se refere à alteração de locais e horários dos fatos para simular realidades distintas daquelas efetivamente ocorridas, impactando diretamente na persecução penal e na formação da verdade processual. Com base em revisão doutrinária e análise empírica, evidencia-se que tais práticas violam direitos fundamentais e comprometem o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. O trabalho destaca a necessidade da utilização obrigatória de tecnologias como o GPS e câmeras corporais para garantir maior transparência e controle da atividade policial. A teoria se distingue de conceitos como o flagrante preparado e os frutos da árvore envenenada, enfocando a alteração espacial e temporal como elemento central da fraude processual. O trabalho revela que a falta de controle e a cultura punitivista institucionalizada favorecem a perpetuação de práticas ilícitas e o enfraquecimento do Estado de Direito. Propõe-se uma reorientação institucional em favor da legalidade, da proteção dos direitos fundamentais e da reconstrução da confiança pública nas instituições jurídicas.

O sexto artigo, intitulado “TEORIA DA PROVA: PROVAS ILÍCITAS”, da autora Ana Luzia Barbosa Fernandes Braúna, revela que a teoria da prova, para além de fomentar o debate sobre a busca da verdade com o fim de realização da justiça, e a forma como a prova afeta as decisões judiciais em processos criminais, revela também uma opção de política criminal ao estabelecer fatores necessários que limitam e condicionam a busca da verdade. Os limites impostos à produção e apreciação da prova são salvaguarda de direitos fundamentais, e sua violação implica na obtenção de provas proibidas, ou provas ilícitas, imprestáveis à instrução processual. A teoria das provas ilícitas, entretanto, comporta flexibilizações com fundamento na teoria da ponderação. Estabelece-se, então, um debate acerca dos institutos jurídico-penais, a partir da compreensão e distinção do modelo acusatório, para avaliação da eficiência, eficácia e efetividade dos postulados que constituem a Teoria a prova, perquirindo-se se há conformação institucional das soluções jurídicas

trabalho problematiza se o Conselho de Sentença é efetivamente representativo quanto à realidade socioeconômico-cultural do Brasil, e tem como objetivo geral analisar se o processo de seleção e composição do corpo de jurados brasileiro é representativo e se a implementação de elementos do júri estadunidense pode aprimorar o sistema brasileiro. A pesquisa, ao ser concluída, demonstrou que o Conselho de Sentença brasileiro não reflete a diversidade socioeconômico-cultural do país e que a implementação dos elementos estadunidenses venire e voir dire, pode contribuir para a representatividade do corpo de jurados brasileiro.

O oitavo artigo, intitulado “O SEQUESTRO DA DIGNIDADE E O HUMANISMO DE RESISTÊNCIA: A BASE NORMATIVA PARA O CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM CONDIÇÕES ULTRAJANTES”, dos autores Maicke Oliveira Santos, Tatiany Nascimento Chagas e Carlos Augusto Alcântara Machado, tem como objetivo analisar se o cômputo em dobro da pena privativa de liberdade em condições degradantes possui base normativa ou principiológica que consubstancie sua aplicabilidade como resposta possível frente ao Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no sistema prisional brasileiro, o qual, em 2015, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347. Ou seja, parte do problema se a ausência de lei formal tratando sobre a temática é fundamento válido para obstar a medida compensatória no país. Ademais, almeja verificar se a decisão que declarou o ECI é uma resposta da Corte Constitucional Brasileira a um Estado sem compromisso com o respeito à dignidade, resistindo, humanamente, contra os excessos cometidos no sistema carcerário, correlacionando, assim, as nomenclaturas “sequestro da dignidade” e “humanismo de resistência”.

O nono artigo, que tem por título “A INTEGRIDADE DA VERDADE POR TRÁS DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ: A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA NO ANO DE 2023”, dos autores João Vitor Jahjah e Bruna Azevedo de Castro, externa que o processo penal, para além de instrumento

pesquisa analisa a integridade das provas que consubstanciam as decisões do Tribunal de Justiça do Paraná pela fundamentação sobre a cadeia de custódia, buscando aferir a fiabilidade dos vestígios pelos quais se reconstrói o fato imputado ao réu.

O texto “PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA”, escrito por Lucas Pereira Carvalho De Brito Mello e Elisa Girotti Celmer, analisa a presunção de inocência no contexto do Processo Administrativo Disciplinar (PAD) no âmbito da Lei de Execução Penal (LEP). A presunção de inocência é princípio expresso no texto da Constituição Federal de 1988 e enfrenta desafios particulares quando aplicada aos processos administrativos disciplinares no sistema prisional. A distinção clássica entre esferas administrativa e penal se mostra distorcida e insuficiente, na medida em que as sanções impostas no âmbito disciplinar afetam diretamente o status libertatis do apenado. Neste trabalho, busca-se compreender a interseção entre a presunção de inocência e o Processo Administrativo Disciplinar (PAD), explorando suas nuances, desafios e implicações no contexto da execução penal. A lógica de “pune-se agora, revê-se depois” em caso de absolvição no processo penal superveniente compromete o ideal de justiça e o próprio propósito do processo penal como instrumento de contenção do arbítrio estatal.

Em “O PAPEL DOS CARTÓRIOS NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO”, a autora Elina Magnan Barbosa revela que, para o combate e prevenção à lavagem de dinheiro, em virtude da alta complexidade do delito, foi necessária, além das recomendações de Convenções internacionais voltadas aos seus países-signatários, a criação de uma força tarefa internacional – FATF-GAFI. Esta, por sua vez, vislumbrou a necessidade da implementação de recomendações voltadas não só a atividades financeiras, mas, também, a empresas e profissões não financeiras designadas, dentre elas a dos tabeliães/notários e registradores. Concluiu-se que, apesar do relevante papel dos cartórios no combate ao branqueamento de divisas, existe ainda certa relutância quanto ao envio de comunicações referentes a atividades suspeitas à Unidade de Inteligência Financeira, em razão do princípio da confiança e do

com transtornos mentais. A problemática se refere à regulação da Política Antimanicomial pelo Conselho Nacional de Justiça. A regulação se faz necessária para cumprimento da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, bem como pela necessidade de redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental. Os resultados esperados são referentes à necessidade de regulação pelo Estado Brasileiro das cláusulas da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e decorrentes da Lei n. 10.216/200, visando modificar, alterando ou revogando normas que constituam discriminação contra pessoas com deficiência.

Na pesquisa intitulada “ENTRE O GUETO E A CELA: A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA”, Eneida Orbage De Britto Taquary, Aimeê Giovana Heffel e Maria Luisa Monteiro de Paula Melo analisam como a desigualdade socioeconômica, em sua forma de pobreza, e a marginalização histórica influenciam diretamente o aumento da criminalidade, fazendo um paralelo entre os criminalistas Roxin, Zaffaroni, Vera Malaguti e Gunther Jakobs. O artigo critica a seletividade penal, frequentemente com enfoque punitivo na pobreza, e sua contribuição para a perpetuação dos ciclos de criminalidade, além de defender uma atuação estatal assertiva e com políticas públicas de inclusão e reinserção do agente na sociedade. O problema se refere a seletividade sistêmica utilizada como critério para a punir a pobreza, mais do que o ato criminoso propriamente dito, e como esta se estrutura como critério determinante para a existência de uma sociedade com um exacerbado número carcerário. A hipótese decorre das estratégias estatais para se combater a criminalidade, não apenas punindo o indivíduo, mas compreendendo suas raízes sociais e oferecendo-lhes oportunidades para sair da marginalidade. Como resultado esperado, busca-se compreender que a criminalidade não é um fenômeno isolado, mas sim um reflexo do sistema e da marginalização de determinados grupos sociais. Evidenciando ainda que o aspecto punitivo apenas como resposta estatal é ineficaz, devendo se estabelecer uma resposta mais assertiva e voltada para políticas públicas.

Em “CONTROVÉRSIAS SOBRE A COMPROVAÇÃO DO CRIME DE EMBRIAGUEZ

necessidade de lavratura do Termo de Constatação de Embriaguez para comprovar o crime previsto no art. 306, do Código de Trânsito Nacional, pelos agentes públicos; a distinção entre a prova produzida pela lavratura do Termo de Constatação de Embriaguez e a prova testemunhal e ainda a aceitabilidade do Termo de Constatação de Embriaguez pelos Tribunais Brasileiros como prova cabal do crime. O resultado esperado se restringe a verificar que o Termo de Constatação de Embriaguez é suficiente para comprovar o crime previsto no art. 306, do Código de Trânsito Nacional.

Na pesquisa denominada “OS IMPACTOS DA DECISÃO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI’S 6298, 6299, 6300 E 6305) PARA A IMPARCIALIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS”, Laura Massud Machado, Rafaella Santana Dias Simões e Diego Fajardo Maranhão Leão De Souza revelam que a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADI’s 6298, 6299, 6300 e 6305 trouxe modificações significativas para o juiz de garantias. O objetivo do estudo foi analisar os impactos dessa decisão para a imparcialidade do instituto, uma vez mudada a redação legal do artigo 3º-C do Código de Processo Penal, por meio de alteração na Lei 13.964/19, que substituiu a palavra “recebimento” por “oferecimento”, estabelecendo a partir dela que a competência do juiz de garantias cessa com o oferecimento da denúncia. O trabalho avalia os efeitos causados na imparcialidade processual por conta dessa decisão, conceituando o juiz de garantias, trazendo análises da sua aplicação tanto no âmbito nacional quanto internacional e os reflexos jurídicos da atuação Plenária em matéria legislativa, a fim de questionar se a imparcialidade processual do juiz de garantias foi afetada negativamente. Ao final, conclui-se ter sido prejudicada a eficácia do objetivo de imparcialidade do instituto do Juiz de Garantias, por conta do cenário de insegurança jurídica gerado a partir da intervenção judicial.

Por fim, em “DECRETO 11.491/2023, RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIMES CIBERNÉTICOS E COMPLIANCE”, os autores Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni e Glaucio Antônio Pereira Filho expõem que o estudo tem como foco o Decreto 11.491/2023, que promulgou a Convenção de Budapeste no

identificação da matriz de risco específico da seara cibernética. Ao fim, propõe-se formas concretas de aprimoramento dos programas de integridade empresarial, à luz do aludido marco normativo internacional.

Observa-se, portanto, que se tratam de trabalhos ecléticos e atuais e que, por certo, se lidos e compreendidos, oferecerão uma grande contribuição para o avanço das práticas e políticas necessárias para o aperfeiçoamento das ciências criminais no Brasil.

Por fim, nós, organizadores do livro, convidamos todos para uma leitura aprazível e crítica de todos os textos.

Inverno de 2024.

Professora Doutora Carolina Angelo Montoli, Fundação João Pinheiro – Escola de Governo.  
Email: carolinamontoli@gmail.com

Professor Doutor Matheus Felipe De Castro, Universidade Federal de Santa Catarina. Email:  
matheusfelipedecastro@gmail.com

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Centro Universitário Dom Helder. Email:  
lgribeirobh@gmail.com

**TEORIA DA PROVA: PROVAS ILÍCITAS**  
**THEORY OF EVIDENCE: ILLEGAL EVIDENCE**

**Ana Luzia Barbosa Fernandes Braúna <sup>1</sup>**

**Resumo**

A teoria da prova, para além de fomentar o debate sobre a busca da verdade com o fim de realização da justiça, e a forma como a prova afeta as decisões judiciais em processos criminais, revela também uma opção de política criminal ao estabelecer fatores necessários que limitam e condicionam a busca da verdade. Os limites impostos à produção e apreciação da prova são salvaguarda de direitos fundamentais, e sua violação implica na obtenção de provas proibidas, ou provas ilícitas, imprestáveis à instrução processual. A teoria das provas ilícitas, entretanto, comporta flexibilizações com fundamento na teoria da ponderação. Estabelece-se, então, um debate acerca dos institutos jurídico-penais, a partir da compreensão e distinção do modelo acusatório, para avaliação da eficiência, eficácia e efetividade dos postulados que constituem a Teoria da prova, perquirindo-se se há conformação institucional das soluções jurídicas afeitas à Teoria da prova frente a estrutura do sistema de justiça criminal brasileiro e as garantias processuais ali incorporadas. Ao final, resta saber se o Brasil admite a teoria da ponderação, ou se rejeita peremptoriamente a prova maculada por vícios intransponíveis?

**Palavras-chave:** Prova, Limites, Flexibilização, Ilicitude, Nulidades

**Abstract/Resumen/Résumé**

The theory of evidence, in addition to fostering debate on the search for truth in order to achieve justice, and the way in which evidence affects judicial decisions in criminal cases, also reveals a criminal policy option by establishing necessary factors that limit and condition the search for truth. The limits imposed on the production and assessment of evidence are a safeguard of fundamental rights, and their violation implies the obtaining of prohibited evidence, or illicit evidence, which is unfit for procedural investigation. The theory of

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Evidence, Limits, Flexibility, Illegality, Nullities

## **1. INTRODUÇÃO**

Este trabalho volta o seu olhar especificamente para a problematização da teoria da prova penal e seus aspectos de produção, validação, valoração e exclusão das provas ilícitas para verificar como se dá a conformação institucional das soluções jurídicas admitidas na estrutura do sistema de justiça criminal brasileiro. Assim, o trabalho inicia retomando os conceitos sobre a finalidade e a valoração da prova, sua correlação com a busca da verdade e com preocupações éticas na construção do discurso e a contextualização da narrativa dos fatos pelas partes e questionamentos sobre a possibilidade de flexibilização da licitude da prova.

Abordam-se também aspectos condizentes com a formação escolar dos juízes para a apreciação da prova, e o debate acerca da necessária imparcialidade, cotejada com a possibilidade de o juiz produzir provas.

Reconhece-se a necessidade de previsão de limites e condicionantes à produção da prova e a sua valoração, e a criação de standards probatórios, os quais demonstram que deve haver um limite intransponível em busca da verdade em processo penal, e esse limite são os direitos e garantias fundamentais.

A violação dos limites à produção da prova conduz à teoria da ilicitude da prova abordando qual o seu conceito, o regime, a sua abrangência, as flexibilizações, a sua matriz na forma de Estado com clara expressão ideológica própria de um Estado de Direito assentado no princípio da legalidade; e que expõe o dilema de saber se, para a obtenção de uma sentença “justa”, vale tudo, ou se existem limites que não se podem transpor no exercício da função jurisdicional.

O primado da liberdade do indivíduo frente a atuação do Estado e a legitimação das ações estatais punitivas mediante a estrita obediência da lei e dos protocolos para a produção da prova também é analisado na hipótese do tratamento de crimes mais graves, comportando flexibilização da teoria da prova proibida, para acolher a prova no conjunto probatório.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

O estudo da prova e de sua valoração em processos judiciais traz ínsitos os questionamentos acerca da finalidade do processo e em que medida a busca da verdade se aproxima da finalidade do processo ou se afasta dela (Lourenço, 2018). Afinal, para que serve a prova no âmbito judicial e mais especificamente em processos criminais? Como a prova pode determinar o desfecho de um processo? Concebe-se uma teoria da prova sem a problematização do seu contexto?

Se admitida a hipótese de que a prova penal se presta ao esclarecimento de fatos,

buscando revelar a verdade de modo a se verificar a subsunção destes às previsões legais de tipicidade penal com vistas à responsabilização penal do autor do fato, mediante uma decisão justa; esta reflexão nos remete a outras ainda mais complexas, acerca da própria concepção da justiça e da verdade.

Para alcançar respostas às perguntas formuladas, Lourenço apresenta da prova como teorias da coerência, como correspondência ou as teorias pragmáticas. A primeira trata a prova como instrumento do conhecimento, e que tem por finalidade proporcionar ao juiz a certeza de afirmar como verdadeiro determinado enunciado se os fatos forem comprovados; ou afirmar como falso se a prova assim o indicar.

Já a segunda teoria apresentada pela autora, denominada teoria da prova como instrumento de persuasão, anuncia que “a finalidade das provas não está relacionada com o conhecimento dos fatos, não se pretendendo esclarecer a verdade ou falsidade dos enunciados, sendo o seu único desígnio o convencimento do juiz acerca da plausibilidade do enunciado que apresenta” (Lourenço, 2018).

Questão delicada a ser enfrentada nesta seara diz respeito a saber se a prova como instrumento de persuasão é indiferente ao conhecimento da verdade. Essa percepção propõe o debate sobre a ética na atuação das partes no processo e na construção do discurso. Afinal, “a finalidade das provas fica reduzida ao convencimento do juiz, vencendo o processo quem tiver a melhor capacidade de argumentação, sem que a decisão possa ou deva refletir qualquer outro tipo de preocupações” (Lourenço, 2018)?

Ao lado das questões ético-filosóficas sobre o que seja a verdade e o comprometimento pessoal das partes com esta, há ainda questões pragmáticas e técnicas como quão relevantes sejam a produção da prova, a sua valoração, a aferição de sua legalidade, tudo de modo a refletir a perseguida verdade, a fim de embasar uma correta e justa decisão judicial seja sob a perspectiva ética, seja sob a perspectiva pragmática.

As diferentes concepções ideológicas e filosóficas sobre a finalidade do processo e da verdade estão sujeitas a fatores que limitam e ao mesmo tempo condicionam a produção probatória, comprometendo, assim, o seu alcance. Como exemplo têm-se razões de ordem prática como a falibilidade da memória humana, no que tange às testemunhas; por razões técnico-jurídicas como os limites de legalidade impostos para a produção da prova; ou ainda em razão da subjetividade inerente a produção ou interpretação e apreciação da prova.

A reconstrução da verdade é tarefa desafiadora para os atores processuais que encontram diversas dificuldades na busca da lógica narrativa do processo. A reconstituição dos fatos, o subjetivismo da narrativa, o jogo de interesses entre as partes são interferências

inevitáveis (Lourenço, 2018).

De todo o modo, pode-se dizer que há consenso no sentido de se reconhecer que a finalidade última da prova é informar o processo judicial em busca da realização da justiça, seja ela pautada por aspectos pragmáticos ou axiológicos. A verdade se exterioriza em um processo judicial por meio da prova produzida e reconhecida como legal e legítima; apta a fundamentar a decisão judicial. A busca da verdade é ter em mente um processo “justo, legal, não arbitrário”. É aceitar que “não haverá decisão justa se assentar em juízos errôneos” (Lourenço, 2018).

A prova produzida em um processo criminal permite que se chegue a uma conclusão bem próxima àquela ocorrida de fato, e que algum nível de divergência está mais ligado às exigências e limitações da prova do que propriamente pela narrativa das partes<sup>7</sup>. Esta assertiva demonstra os reflexos da relevância de rigor em protocolos procedimentais, revestindo-os de legalidade e formalização dos atos de colheita de prova, que em muitos casos a forma se sobrepõe ao conteúdo da prova. Diz-se, por isso, que a produção da prova remete a uma verdade relativa, aproximada, contextual, histórica, sempre em função da extensão e qualidade das provas produzidas.

Ao se tratar do tema de exigências e limitações da prova, merecem destaque os estudos de Nieva Fenoll, que se ocupam em saber quais são as melhores condições para que a valoração da prova tenha lugar (Nieva Fenoll, 2018). Neste contexto o autor dá um passo atrás, e se preocupa, primeiramente, em saber acerca da formação dos juízes, e conclui que o estudo probatório é meramente procedimental, e que a preparação em matéria probatória é insuficiente e inadequada, pois pouco se investe na formação dos magistrados sobre como apreciar as provas que lhes forem produzidas.

Nieva Fenoll critica o ensino da verificação da prova e apresenta proposição de ementa para a disciplina dedicada ao estudo da averiguação dos fatos e credibilidade da prova. O autor também analisa a necessidade de conservação da imparcialidade diante das provas produzidas, apesar de reconhecer que a natureza humana compromete a imparcialidade<sup>10</sup>. Para preservar a imparcialidade, Nieva Fenoll discorre sobre a correta compilação da prova, sob as perspectivas do papel do juiz na colheita da prova, da objetividade na produção das provas, da participação ativa do juiz na produção de provas e saber aspecto muitíssimo relevante: se esta atuação judicial rompe com a garantia da imparcialidade (Nieva Fenoll, 2018).

A conservação da imparcialidade do juiz é fundamental pois de outro modo pode-se considerar que a parcialidade condicionará a avaliação do juiz com relação a todas as provas. O autor faz um alerta porque um juiz parcial já sabe de antemão qual será sua decisão e somente ajusta a motivação para que pareça mais ou menos digna com o julgamento. Assim, ao observar

a necessidade de fundamentação, e estando ele livre para expressar o seu convencimento, o juiz parcial consegue revestir uma decisão moralmente maculada pela parcialidade em uma decisão que, ao menos sob o ponto de vista formal, encontra-se revestida de legalidade e legitimidade, e, portanto, consegue se sustentar.

Nieva fenol também enfrenta o tema da prova ilícita, destacando que o limite da livre valoração da prova é a proibição de considerar materiais que foram obtidos mediante a violação de direitos fundamentais ou outras irregularidades. Sobre provas proibidas, o tema será analisado tomando-se como referência os estudos de Manoel da Costa Andrade.

Questiona-se, portanto, se a iniciativa instrutória do juiz compromete a imprescindível imparcialidade. Nesta linha, destaque-se o estudo de Lorena Winter que investigou se a garantia da imparcialidade do juiz se harmoniza com atuação ativa do juiz na produção probatória característica dos sistemas processuais inquisitórios, ou se a prática viola o princípio da imparcialidade. Em resposta, a autora considera a valoração da prova, e a finalidade do processo, reconhecendo que o momento que mais sofre com a parcialidade é o momento da valoração da prova (Winter, 2018).

O caminho percorrido pela autora em sua pesquisa inicia com o princípio da imparcialidade, e como esta garantia se relaciona com o conceito de justiça. Importante advertência ao registrar que não se trata de se fazer um juízo moral do juiz, mas antes, trata-se de constatar se não há presente qualquer causa que induza à suspeição do julgador.

Winter questiona ainda se a participação do juiz na produção da prova interfere no princípio do contraditório, com a preservação da objetividade, neutralidade, parcialidade, independência. Invoca John Rawls para tratar a imparcialidade como equidade, afastando distinções arbitrárias o que invoca a igualdade (Winter, 2018). A autora também relaciona o princípio da imparcialidade com a independência judicial e com o princípio da legalidade.

A imparcialidade “exclui a existência de uma previa disposição de ânimo do juiz que lhe faça inclinar-se a favorecer ou prejudicar uma das partes”. Nesta hipótese, de parcialidade portanto, a autora identifica presentes dois elementos que são a subjetividade decorrente de um animo interno do juiz e o tratamento desigual entre as partes. O julgador deve ser visto no processo como um terceiro, e nunca como parte porque como tal, não lhe seria possível o atributo da imparcialidade (Winter, 2018).

Winter defende que o juiz deve conferir às partes tratamento igualitário tanto no sentido formal como também materialmente. Deve o juiz, ainda, manter uma atitude objetiva. Estas características fazem com que a autora defenda que uma postura ativa do juiz durante a instrução processual não comprometa a sua imparcialidade. Somente assim, alcançará a busca

da verdade de forma neutra e de modo equidistante. Ao final, a autora traz ao debate o papel do legislador na preservação da imparcialidade, pois compete a este outorgar ao juiz mais ou menos poder (Winter, 2018).

Estreitamente relacionado com o tema da imparcialidade na apreciação da prova, é a análise do contexto da tomada de decisões sobre a prova em processos judiciais (Ferrer Beltrán, 2007), é dizer, sob quais condições podemos considerar racionalmente que uma hipótese sobre determinados fatos está provada?

Ferrer Beltran analisa as regras de relevância e admissibilidade da prova, as teorias aplicadas, a metodologia para corroborar hipóteses e, como ponto de destaque, o problema da formulação de um standard de prova que permita controle sobre a sua correta aplicação.

Surge então o necessário debate sobre o estabelecimento de standards probatórios, os quais consistem na definição de técnicas para o controle da atuação judicial quanto à valoração da prova e dos fatos trazidos a juízo.

Admite-se como standard probatório o quanto de prova é necessário para condenar uma pessoa. Exemplos de standards: prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); prova mais provável que sua negação (*more probable than not*); preponderância da prova (*preponderance of the evidence*); e prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*) (Ferrer Beltrán, 2007).

No Brasil, não há regras definidoras explícitas de standard probatório no campo legal ou jurisprudencial. Não obstante, é possível identificar critérios previstos em nossa legislação que orientam juízes na sua atividade, funcionando como verdadeiros parâmetros. Citem-se como exemplos a presunção de inocência e o dever de motivação e fundamentação das decisões judiciais e o corolário *in dubio pro reo*.

Os standards probatórios, as regras sobre a legalidade na produção da prova, e também sobre a sua valoração exercem a função de limitar e condicionar a prova. Inicia-se, então, a discussão sobre as proibições de prova em processo penal, e apresenta-se como paradigma para o estudo do tema o autor Manuel da Costa Andrade (Andrade, 1992).

O autor, Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Presidente do Tribunal Constitucional Português, expõe sua inquietação frente à problemática da prova, ao precisar julgar, em demandas urgentes, a questão da proibição da prova, sem que tenha havido o aprofundamento doutrinário e filosófico, que confrontasse o tema com as conexões de política criminal, aspectos valorativos e teleológicos (Andrade, 1992).

Diante deste desconforto, o autor se propõe a compreender o conceito e o regime das

proibições de prova, aspecto que se reflete fortemente no âmbito ideológico e também se relaciona com a forma de Estado, para saber qual é o limite para a descoberta da verdade, contribuindo assim para uma reflexão detida sobre o tema. O ponto crucial do debate é saber se a prova que viola direitos fundamentais pode, ou não, ser considerada em virtude da luta contra a criminalidade, especialmente aquela que se reveste de maior gravidade.

Andrade apresenta o sistema processo penal português e especialmente das proibições de prova neste sistema, consagradas expressamente no Código de Processo Penal que normatiza o tema e apresenta rol de proibições de prova, como por exemplo depoimento indireto (*hearsay*), proibição de valoração de provas, escutas telefônicas e também em consequência de exercício hermenêutico (Andrade, 1992).

Ao lado do sistema Português, Andrade também explora a doutrina e jurisprudência alemãs, para fortalecer o pensamento de que existe um limite para a descoberta da verdade, e este limite há de ser observado por todos, inclusive pelo próprio Estado seja no papel da persecução penal, seja na função jurisdicional, sob pena de comprometer a legitimação da pena aplicada “se para impor o direito, tiver de recorrer ele próprio ao ilícito penal” (Andrade, 1992). Andrade apresenta um posicionamento muito claro e firme ao defender que vigora a regra de que toda atividade probatória implique uma intervenção mais ou menos relevante dos direitos individuais postula a necessária legitimação legal.

Andrade destaca que “é a liberdade do cidadão, e não a liberdade dos órgãos de perseguição penal, que detém o primado. O princípio da legalidade limita a atuação dos órgãos estatais” (Andrade, 1992). Daí a relevância do estudo do tema da limitação da produção e da valoração da prova, pois revela características determinantes da forma de organização e estrutura do Estado. E ainda “esses direitos fundamentais não tutelam apenas a pessoa do cidadão, mas também o interesse da comunidade de que o processo penal decorra segundo as regras do Estado de Direito” (Andrade, 1992).

Trilhando este caminho, os tribunais português e alemão revelam as teorias para a resposta aos problemas dogmáticos das proibições de prova. Tem-se a teoria da esfera jurídica, a teoria dos três graus, a doutrina da ponderação de interesses, a doutrina do fim de proteção da norma, as quais oferecem horizonte normativo e dogmático de equacionamento e superação dos problemas fundamentais das proibições de prova.

A teoria da esfera jurídica preconiza que o réu somente poderá interpor recursos em casos em que a sua esfera jurídica é atingida de modo essencial, e não a de quaisquer outros interesses, e diz respeito, portanto, à legitimidade para impugnação das nulidades. Só pode pretender a anulação da prova proibida se um direito próprio for atingido pela proibição

(Andrade, 1992).

A teoria dos três graus segundo a qual devem-se distinguir-se três áreas ou esferas da vida privada de acordo com a proximidade com o círculo da intimidade. Essas esferas serão correlacionadas ao caráter absoluto ou não da tutela esfera jurídica. Por essa teoria, temos em primeiro lugar a esfera da intimidade como área nuclear e intangível da vida privada e que virá a ser protegida de maneira absoluta e afastada de qualquer juízo de ponderação dos interesses na consideração da proibição da prova ilícita. O autor aborda a dificuldade de se estabelecer balizas, a exemplo de quando uma gravação oculta contende com a área inviolável da conformação da vida privada ou atinge apenas área da vida privada exposta, o que poderá acarretar a possibilidade de sua valoração. Para ele, essa é uma questão que acaba por ser decidida caso a caso, atendendo-se a circunstâncias particulares.

A teoria da ponderação propõe a realização efetiva da justiça penal em transcendente interesse do estado de direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrifício. Segundo esta teoria, a existência de garantias sem limites induz a paralização da realização da justiça. Deste modo, deve-se admitir a flexibilização, com o estabelecimento de um regime diferenciado para a criminalidade grave. Assim como os direitos fundamentais, a realização da justiça penal também representa um valor nuclear do Estado de Direito suscetível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais.

A teoria da ponderação busca sim a tutela da personalidade, mas também uma justiça funcionalmente capaz, sem a qual não se pode contribuir para a manifestação e atualização da justiça. Diz-se que “a eficácia funcional da justiça penal constitui um bem jurídico de dignidade constitucional, que terá a sua matriz nos próprios princípios do estado de direito” (Andrade, 1992). Esta compreensão destina-se ao tratamento da criminalidade mais grave que exigem a admissibilidade de produção e valoração do meio de prova.

A teoria da ponderação sofre duras críticas acerca da colisão da flexibilidade derivada do princípio da ponderação de interesses com os princípios basilares da organização e funcionamento do Estado de direito: “para além de colidir com princípios basilares da organização e funcionamento do Estado de Direito, só seria possível em nome duma compreensão do direito extremamente orientado para as consequências e, por isso, indiferente à legitimação material e à margem de todo o lastro ético-axiológico” (Andrade, 1992).

Embora Andrade discorra sobre as teorias de flexibilização, e inclusive conheça como se desenvolveu a sua construção jurisprudencial, ideologicamente ele se mantém fiel à impossibilidade de flexibilização, e invoca os críticos alemães para fazerem coro ao seu

posicionamento, citando-os textualmente (Andrade, 1992):

Grünwald – [...] a dissolução de princípios jurídico-constitucionais num sistema móvel de valores a ponderar entre si [...] que estes princípios não comportam uma relativização sem perderam a sua função (Andrade, 1992. p. 35).

Hassemer – denuncia a ponderação de bens como figura dogmática que já não reporta os direitos a fronteiras iminentes ou explícitas, isto é, as regras consolidadas de preferência [...] antes procura – numa perspectiva estratégica-situada e através sobretudo da formulação de critérios e valores flexíveis - operar com um campo de interesses só limitadamente generalizáveis (Andrade, 1992. p. 37).

Wolter – em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem um processo penal vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais. Pois nas situações de criminalidade mais grave uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais. E ainda a procura da verdade material e de uma decisão justa, os esforços pela punição e reparação dos danos não são apenas relativizados pela garantia da dignidade humana, mas por ela inteiramente bloqueados (Andrade, 1992. p. 38).

Artz – uma lamentável sobrevalorização do interesse público do Estado na perseguição penal e reflexamente como uma subvalorização do interesse público numa investigação que respeite os direitos da personalidade do arguido (Andrade, 1992. p. 40).

Amelung – O legislador tomou sobre si o ônus da ponderação quanto a saber em que medida há de outorgar-se o primado ao interesse no domínio da informação ou ao interesse na perseguição penal. Uma decisão a que os demais órgãos do estado estão vinculados. O legislador só reconhece o direito subjetivo do domínio da informação àquele

espaço que, de antemão, se lhe afigura adequado no contexto de uma ponderação entre os interesses da liberdade e os interesses da perseguição penal. E ainda o estado apoia a pretensão punitiva num crime que foi cometido precisamente com o fim de submeter a vítima a uma condenação penal (Andrade, 1992. p. 40).

Otto – o aproveitamento de um meio de prova, obtido à custa da dignidade humana do arguido, para a sua condenação, contraria a ideia de direito a cuja realização o processo penal está preordenado (Andrade, 1992. p. 46).

Peters – (o ordenamento jurídico é) preordenado à tutela de valores, o processo penal traz também consigo o perigo da destruição de eminentes valores comunitários e pessoais (Andrade, 1992. p. 74).

Robustamente defendida a impossibilidade de flexibilização dos princípios e valores que violem direitos e garantias fundamentais, Andrade enfatiza que o sistema processual penal português vigente reconhece as proibições de prova como sistema normativo autônomo e orientado por uma lógica autorreferente, racional e teleologicamente orientado para a valoração (Andrade, 1992).

Andrade discute as assimetrias legais, especialmente entre a legislação de direito material x direito processual, e critica o primado do direito material sobre o direito processual, evidenciando a dissonância entre os juízo e valorações dos dois ordenamentos.

Põe-se a questão: se a proibição de produção de prova acarreta a sanção da proibição de valoração, cotejando este questionamento com o princípio da proporcionalidade especialmente em face da criminalidade mais grave. Neste ponto, conclui que a proibição de produção de prova arrasta consigo a sanção da proibição de valoração. Busca-se prevenir que sentenças condenatórias se fundamentem na valoração de meios proibidos de prova.

Outro problema relativo à produção da prova proibida e a extensão da impossibilidade de sua apreciação diz respeito a sua inserção no julgamento e posterior declaração de nulidade. Isso porque, “não raro, a simples produção da prova seja, só por si, bastante para prejudicar de forma invencível a convicção do julgador. Por, na expressiva formulação de Eb. Schmidt, “ser de todo em todo inviável aquele golpe de acrobacia psicológica de apagamento puro e simples do conhecimento induzido. Casos em que a necessária compensação prospectiva dos erros poderá reclamar o tempestivo recurso à figura das recusas e escusas previstas na lei” (citado por

Andrade, 1992).

Daí a análise do nexo de causalidade entre o vício e a sentença. Isto não tem que ser provado. Na maior parte dos casos de violação das leis processuais não é possível determinar se influenciaram negativamente a sentença. À causalidade deve, por isso, equiparar-se a possibilidade da causalidade.

Em oposição às críticas levantadas, há a tese da admissibilidade dos meios de prova que configuram ilícito penal, a qual reclama o restabelecimento da paz jurídica através da perseguição dos crimes de todos os agentes.

Ultrapassada esta etapa, o autor passa a distinção entre as proibições de prova das regras de produção da prova, que são ordenações do processo que devem possibilitar e assegurar a realização da prova, de modo a obter a prova sem a excluir, e cita como exemplo o direito do réu de permanecer calado diante de uma acusação e o direito à informação de que esta opção é uma alternativa legítima, que não poderá lhe acarretar qualquer prejuízo.

As restrições à produção e valoração da prova se projetam não apenas no campo normativo, mas também no campo das políticas criminais. Andrade estabelece correlações entre a proibição de prova e a existência de limites intransponíveis a prossecução da verdade em processo penal (Andrade, 1992). Trata-se de valores irrenunciáveis, exprimem princípios fundamentais consagrados que privilegiam a pessoa em detrimento do sistema.

Nesta ordem de serem assegurados direitos aos acusados, há o princípio *nemo tenetur se ipsum*, segundo o qual ninguém é obrigado a autoincriminação (privilege against self-incrimination). Mas não apenas isso, é assegurado, também, o direito ao esclarecimento e advertência dos direitos dos arguídos. O direito ao esclarecimento tornou-se conhecido como *Miranda Warnings* (Andrade, 1992). A inobservância do direito ao esclarecimento conduz à anulação das declarações prestadas pelo acusado.

No Brasil, o tratamento conferido ao tema se assemelha ao sistema português, sem que haja, contudo, uma clara e explícita enumeração legal dos standards probatórios. Não obstante isto, a doutrina e a jurisprudência nacionais consolidam o entendimento de que em se tratando do embate entre a prova questionada e a violação a direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados, deve-se dar primazia a estes.

A fundamentação da tese admitida no Brasil foi exposta pelo Min. Celso de Mello no julgamento do *Habeas Corpus* 129.646 São Paulo<sup>1</sup>, tendo sido o relator. Do voto condutor, extraem-se os seguintes trechos, que explicitam de forma enfática o entendimento de que as

---

<sup>1</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC129646decisaoMCM.pdf>. Acesso em 14/04/2025.

provas ilícitas devem ser rechaçadas.

O processo penal – não constitui demasia lembrar – figura como exigência constitucional (“*nulla poena sine iudicio*”) destinada a limitar e a impor contenção à vontade do Estado, cuja atuação sofre, necessariamente, os condicionamentos que o ordenamento jurídico impõe aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

É por essa razão que o processo penal condenatório não constitui nem pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Não exagero ao ressaltar a decisiva importância do processo penal no contexto das liberdades públicas, pois – insista-se – o Estado, ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal um instrumento destinado a inibir a opressão judicial e a neutralizar o abuso de poder perpetrado por agentes e autoridades estatais.

Essa é a razão básica que me permite insistir na afirmação de que a persecução penal – cuja instauração é justificada pela prática de ato supostamente criminoso – não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a “*persecutio criminis*” sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, mesmo porque – ninguém o ignora – o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, tal como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE

SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS – A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘jus libertatis’ titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula ‘nulla poena sine iudicio’ exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.” (HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A norma inscrita no art. 5º, inciso LVI, da vigente Lei Fundamental consagrou entre nós o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre.

Tenho sempre acentuado que a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. A prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo

ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.

Da leitura do voto cujos trechos foram transcritos acima, vê-se o firme posicionamento, no sentido de a teoria da prova no Brasil ser consentânea com a teoria que impõe uma limitação ao poder do Estado como forma de coibirem-se práticas arbitrárias e proteger os direitos e garantias fundamentais.

Também na Europa e nos Estados Unidos o debate em matéria de prova em processo penal se trava sob circunstâncias de um mundo extremamente dinâmico, em desenvolvimento global alimentado por fontes de informação diversificadas, o que conduz a conceitos e configurações varáveis do que seja a prova ilícita.

Armenta Deu apresenta as diferentes perspectivas e enfoques da prova ilícita para então classifica-las. A análise das provas colacionadas em decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e também dos tribunais dos Estados Unidos se deu sob a perspectiva de que o direito penal se realiza a partir do processo é o ponto de partida para análise da prova ilícita, perfazendo a distinção entre os países de tradição jurídica continental, fundamentado sobre o princípio da legalidade; e o direito anglo-saxão, orientado pelos costumes (Armenta Deu, 2014)..

Em relação às fontes, a ilicitude se classifica não apenas segundo quem obteve a prova, ou como, mas também deriva do conflito entre a tutela de bens essenciais da sociedade e por outro lado, a liberdade e os direitos dos cidadãos, como por exemplo, o direito à presunção de inocência.

Outras perspectivas são a análise da ilicitude da prova a partir de quem se beneficia com a ilicitude da prova e o critério de proibição probatória que conduz a casos de norma legal expressa de caráter proibitivo. Este é um aspecto interessante se analisado sob a dimensão de espaços de poder, e que o direito penal e processual penal são, em realidade, um vértice da política ao se revelarem como política criminal.

Armenta Deu destaca que na Argentina e no Chile, a qualificação da prova como ilícita correlaciona-se com a afetação a garantias constitucionais. A autora questiona se a prova ilícita pode ser declarada inadmissível excluindo-a radicalmente do processo. A isto abre-se um leque de respostas possíveis: proibir se houver violação a direitos fundamentais, permitir a prova caso não haja violação a direitos fundamentais, violação de normas processuais. Outras possibilidades: apreciada a ilicitude e dependendo de sua gravidade, o juiz julgador pode corrigir o erro, incluir uma declaração de ilicitude sem maiores consequências, reduzir a

condenação, excluir o meio de prova ou arquivar o processo (Armenta Deu, 2014).

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das regras de exclusão de provas ilícitas correlaciona-se de modo muito sensível com a discussão político-criminal do processo penal quanto à funcionalidade do processo penal que transita entre a proteção e garantia intransponível dos direitos fundamentais, *versus* o legítimo interesse na persecução penal, na apuração dos delitos e no exercício do *ius puniendi*.

O tratamento da prova ilícita remete à noção de proteção dos direitos fundamentais da pessoa sujeita à persecução penal do Estado, é dizer, direitos fundamentais como limite ao poder de intervenção do Estado, mesmo na investigação de fatos delitivos. No entanto, um olhar mais atento revela que este tema remete ainda mais além, para a própria legitimação do Estado Democrático, ao sujeitar-se também o Estado às regras de proteção e defesa de liberdades individuais.

Nesse contexto é que surgem os standards probatórios e as proibições probatórias: métodos proibidos, meios de prova proibidos, objetos de investigações proibidos.

Questão importante neste tema, é a do caráter absoluto ou relativo dos direitos fundamentais, entendendo os diferentes ordenamentos jurídicos que, dentro de determinados pressupostos e limites, pode sim haver restrição aos direitos fundamentais (fins constitucionalmente legítimos, previsão normativa, motivação, proporcionalidade, jurisdicionalidade, etc).

Conclui-se, por fim, que as regras de exclusão podem servir a vários propósitos, incluindo a salvaguarda dos direitos individuais, a integridade dos procedimentos, a obtenção de informações confiáveis e a prevenção do abuso policial. É necessário, pois, que se faça uso das regras da exclusão para assegurar a hígida produção de prova e a robustez do contexto probatório.

A circunstância da produção probatória, sua avaliação e validação ou anulação e rejeição foi objeto de intensos debates no cenário jurídico e político no Brasil nos últimos anos, tanto por ocasião do julgamento do Presidente Lula, como também, mais recentemente, em razão do recebimento da denúncia contra o ex-Presidente Jair Bolsonaro pelo Supremo Tribunal Federal.

Ambos os casos tiveram, por óbvio, grande repercussão nas esferas nacional e internacional, e a discussão sobre a integridade das provas produzidas e sua admissibilidade ou inadmissibilidade foi e é enfrentada sob a perspectiva dogmática, embora não se possa dizer

que não tenha havido (no caso do Lula) ou que haja (no presente, no caso Bolsonaro) interferências externas, como as conjecturas políticas, notadamente se assumido, como dito acima, que regras de direito penal e processo penal constituem política criminal.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora 1992.

ARMENTA DEU, Teresa. A prova ilícita: um estudo comparado. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 129.646/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 07 nov. 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC129646decisaoMCM.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2025.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

LOURENÇO, Maria João Bogas Ermida. Convencimento e verdade nos processos judiciais. *Revista de Direito*, v. 10, n. 2, 2018.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. *Revista de Direito*, v. 10, n. 2, 2018.

WINTER, Lorena Bachmaier. Editorial dossiê “Sistemas processuais penais e imparcialidade judicial”: Imparcialidade e prova no processo penal – reflexos sobre a iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, 2018.