

**A INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY |  
THE INADMISSIBILITY OF UNLAWFUL EVIDENCE IN THE BRAZILIAN  
CRIMINAL PROCESS: AN ANALYSIS UNDER ROBERT ALEXY**

FABIANO AUGUSTO PETEAN  
BRUNO CARDENAL CASTILHO

**RESUMO** | A doutrina de um modo preponderante tem aceitado a tese de que a garantia fundamental constante no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, referente à inadmissibilidade de provas ilícitas, pode ser relativizada em face dos argumentos da aplicação do “princípio da proporcionalidade”, quando tal vedação se chocar com outros valores constitucionalmente consagrados\*. Para justificar juridicamente tal colocação, utiliza-se a ideia de resolução de conflitos entre princípios constitucionais, desenvolvida por Robert Alexy. O problema de tal posicionamento é que ele tem se assentado em uma recepção inadequada da teoria dos Direitos Fundamentais do autor alemão, não sendo dado o devido cuidado a suas considerações metodológicas. Portanto, com este trabalho, busca-se desenvolver uma argumentação que parta da premissa de que o dispositivo que se analisa não pode ser enquadrado como um princípio constitucional, mas sim uma regra constitucional, analisando-se posicionamentos substanciais que respaldem a conclusão e acarretem inexoravelmente na impossibilidade de utilização de provas obtidas ilicitamente no processo brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE** | Direito constitucional. Princípios. Regras. Processo penal. Provas ilícitas. Proporcionalidade.

**ABSTRACT** | *Doctrine has predominantly accepted the thesis that the fundamental guarantee in art. 5.º, item LVI of the Brazilian Federal Constitution, referring to the inadmissibility of unlawful evidence, can be relativized in view of the arguments of the application of the “principle of proportionality,” when such prohibition clashes with other constitutionally established values. In order to justify this perspective legally, the idea of conflict resolution between constitutional principles developed by Robert Alexy is used. The problem with this perspective is that it has been based on an inadequate understanding of the German author’s theory of Fundamental Rights, and due care has not been taken of his methodological considerations. Therefore, this paper seeks to develop an argument based on the premise that the device under analysis cannot be classified as a constitutional principle, but as a constitutional rule, analyzing substantial perspectives that support conclusion and inexorably entail the impossibility of using illegally obtained evidence in the Brazilian process.*

**KEYWORDS** | *Constitutional right. Principles. Rules. Criminal proceedings. Illicit evidence. Proportionality.*

## 1. INTRODUÇÃO

A jurisdição moderna, em especial a constitucional, passou por um longo processo de adaptação. Com o surgimento do Estado de Direito sustentado por premissas liberais, após a Revolução Francesa, o ordenamento jurídico passou por uma modificação, de forma que o parâmetro anterior sofreu uma mudança de perspectiva e, em vez de considerar o Estado com predominância de imposição jurídica, passa a entender o indivíduo como ponto de vista necessário na relação jurídica entre o Estado e a pessoa (MENDES, BRANCO, 2016, p. 134).

Tal modificação fática se deve preponderantemente ao processo de limitação do poder estatal como garantia fundamental (MIRANDA, 2015, p. 170-171) e o deslocamento da noção de soberania do Estado para a Nação ou povo, conforme defendida por Siyès (FERREIRA FILHO, 2007, p. 82).

Com as premissas da Revolução Francesa, nascem o que a doutrina chama majoritariamente de direitos fundamentais de primeira dimensão (MENDES, BRANCO, 2016, p. 135), que tutelam os direitos e garantias individuais. Tais direitos possuem como escopo fornecer aos cidadãos medidas eficazes em face dos arbítrios e do autoritarismo do Estado, na relação jurídica desproporcional existente. Após a passagem do que se denomina Estado liberal, ocorreu um graduado avanço da doutrina dos Direitos Fundamentais, incorporando-se a noção de direitos de segunda e terceira dimensão<sup>1</sup>, os sociais e difusos respectivamente, em uma relação de complementaridade, possibilitando a coexistência de diversas garantias (MENDES, BRANCO, 2016, p. 135-136).

No entanto, esse desenvolvimento pluralístico da ideia de Direitos Fundamentais acabou por ensejar uma série de problemas de ordem prática. Uma vez que diversos grupos com interesses contrapostos passaram a possuir

<sup>1</sup> A expressão “dimensões de direitos fundamentais” será empregada em homenagem ao professor Paulo Bonavides, de maneira a realçar a complementaridade e cumulatividade histórica de todas as gerações definidas pela doutrina.

direitos potencialmente colidentes entre si, tornou-se necessário criar mecanismos para a resolução de tais conflitos.

Dentro desse contexto de primazia pela proteção dos Direitos Fundamentais em sociedades eminentemente plurais e com o poder político limitado, surgem os trabalhos de um jurista alemão que viria a trazer uma série de consequências acadêmicas para toda a estruturação da hermenêutica das garantias fundamentais.

A teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy nasceu como um trabalho de construção analítica e dogmática dos Direitos Fundamentais. A despeito de seu foco ser a constituição alemã (ALEXY, 2017, p. 31), a teoria de Alexy proporcionou, em especial para os países de tradição romano-germânica, um substrato muito forte para a resolução de causas relativas a tensões entre disposições fundamentais.

## **2. ASPECTOS DE RELEVÂNCIA DE ROBERT ALEXY**

As normas jurídicas podem assumir diversos contornos de princípios, de regras e de normas propriamente ditas sob as quais, diante da divergência de sistematização e de sedimentação, não há como tomar como ponto de referência para o objeto estudado. Contudo a doutrina e a prática jurídica demonstram alguns pontos de estabilização do assunto no sentido de que as normas podem ser divididas em regras e princípios, ambos com normatividade própria (FARIA, ROSENVALD, 2014, p. 79).

Para Alexy:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (2017, p. 90).

Assim, os princípios têm sua incidência limitada por critérios reais e por critérios jurídicos, aqui entendidos pelas regras e princípios colidentes (Id., 2017, p. 90). Em contrapartida, as regras são *mandamentos de definição* (FARIA, ROSENVALD, 2014 p. 81) que devem ser satisfeitos na exata medida em que a norma lhe denota, se verificada a sua validade (ALEXY, 2017, p. 91).

Aliás, explicando o tema, Rafael Giorgio Dalla Barba dispõe:

Em outras palavras, Alexy expõe que o ponto decisivo na distinção é que as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas: se uma regra vale e incide sob uma hipótese fática, então deve ser realizado exatamente aquilo que ela exige, sem maiores elucubrações argumentativas (2018, p. 65).

Além disso, importante apontar que não existe um critério de hierarquia entre as normas de Direitos Fundamentais, sejam elas regras ou princípios. O que ocorre efetivamente é que o caráter *prima facie* dos princípios e das regras são distintos, servindo a propósitos diferentes (ALEXY, 2017, p. 103-106).

Enquanto os princípios cumprem um papel de oxigenação do ordenamento constitucional por sua condição de serem realizados em diferentes graus, as regras dispõem de condutas prévias que buscam resolver conflitos estabelecidos. Com isso, não é demais afirmar que as regras são mais do que uma prévia ponderação de diversos princípios pelo legislador competente, que decide para o caso concreto qual deverá ser a conduta realizada, devendo ela ser subsumida ao caso real, se válida, e podendo ser afastada apenas com a inclusão de uma cláusula de exceção.

Posta a pequena introdução sobre as questões gerais abordadas por Alexy, é necessário se perguntar: qual a consequência prática de se estabelecer a diferenciação ora adotada em relação à estrutura normativa das regras e dos princípios?

Para se responder tal pergunta é necessário entender os fundamentos que o autor propõe para que ocorra a resolução de conflitos entre os dois tipos de normas.

## 2.1 Conflitos entre normas-regra

Os conflitos entre regras são resolvidos no plano da validade, uma vez que, determinada a antinomia entre duas regras, há inserção de uma cláusula de exceção ou de declaração de invalidade de uma das normas (ALEXY, 2017, p. 92). Para se declarar tal invalidade é necessário recorrer às regras fundamentais para solução de antinomias (BOBBIO, 2014, p. 94) ou introduzir uma cláusula de exceção (BARBA, 2018, p. 66), devendo ao final uma das regras ser expurgada do sistema jurídico como condição de manutenção da coesão do ordenamento em sua totalidade.

A respeito da resolução de conflitos entre regras, Alexy pondera:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida [...]

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali* [...] (2017, p. 92-93).

Com isso, nota-se que as regras devem ser realizadas na exata medida em que o texto normativo exige, salvo a possibilidade de se estabelecer uma exceção em relação às regras antagônicas.

## 2.2 Conflitos entre normas-princípio

Ao contrário das regras, que possuem seus conflitos resolvidos pela inserção de exceções ou pela declaração de invalidade de uma regra em face da outra, os princípios possuem natureza conflitante diversa.

Por conta de sua natureza de mandamentos de otimização, que podem ser graduados e implementados aos poucos, os princípios possuem uma

característica curiosa que torna seus impasses *sui generis*. Uma vez que um princípio pode ser utilizado em uma escala gradativa em face das condições fáticas (mundo real) e das condições jurídicas (mundo ideal do dever-ser), quando dois princípios entram em rota de colisão, não se vislumbra a invalidação de um em face do outro (ALEXY, 2017, p. 93).

Quando uma conduta determinada é permitida em face de um princípio, e ao mesmo tempo é proibida com base em um princípio diverso, é necessário o estabelecimento daquilo que Alexy chama de condições de precedência, ou seja, uma vez que os princípios sejam declarados colidentes, será necessário se valer de uma técnica hermenêutica específica chamada de lei da ponderação (ALEXY, 2017, p. 94-97), sendo então deduzidas situações em que determinado princípio terá prevalência sobre o contraposto.

Destarte, nota-se que em Alexy a ponderação não se realiza diretamente entre as normas-princípio do ordenamento, mas entre condições de prevalência deduzidas dos princípios analisado. Corroborando com a “imponderabilidade direta” entre princípios e criticando a aplicação da técnica em terras brasileiras, Lenio Streck escreve:

Na medida em que, nas práticas dos tribunais (assim como na doutrina) de *terrae brasilis* as “colisões de princípios” são “solucionadas” a partir de uma ponderação “direta”, confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, está-se, na verdade, muito mais próximo da velha *Jurisprudência dos Interesses*, com fortes pitadas de *Wertungsjurisprudenz* (*jurisprudência dos valores*) (2016, p. 134).

Contudo, há necessidade de análise de uma pergunta: qual seria o critério para se definir as condições de prevalência entre princípios antagônicos?

Conforme já afirmado, os princípios são mandamentos de otimização que comportam seu cumprimento em graus variados. Essa variação ocorre por situações fáticas ou jurídicas. Diante do raciocínio, insere-se a máxima da proporcionalidade, que será o instrumento que irá estabelecer os liames fáticos e jurídicos dos princípios antagônicos. A máxima da proporcionalidade se

subdivide em três máximas parciais: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da proporcionalidade se faz instrumento hermenêutico pelo qual é possível deduzir quais são as restrições fáticas a um determinado direito fundamental (necessidade e adequação) e quais são as restrições jurídicas em relação a tal princípio (proporcionalidade em sentido estrito) que resultaram na necessidade de sopesamento entre estes, aplicando a lei da ponderação (ALEXY, 2017, p. 116-120).

A respeito da máxima da proporcionalidade, Alexy disserta:

Afirmar que a natureza dos princípios implica em máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais de adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (2017, p. 116-117).

É necessário fazer a ressalva de que a máxima de proporcionalidade em Alexy, e principalmente suas máximas parciais, possuem características de regras (2017, p. 117), e não de princípios.

Uma vez realizado o processo de ponderação, com o auxílio da proporcionalidade, as condições de prevalência deverão ser deduzidas e aplicadas ao caso concreto, possibilitando se atingir uma resposta adequada a respeito de qual princípio deverá prevalecer ao caso concreto em mãos do tribunal.

### **3. A INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO BRASILEIRO: PARÂMETROS GERAIS**

Em termos iniciais e gerais, temos o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que dispõe que “são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. Tal premissa, que está inserida no título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, pode ser considerada como norma de direito

fundamental conforme um critério formal.

Tal garantia tem o intuito de providenciar ao cidadão um direito em face ao Estado, ou seja, a norma em questão possui uma exigência de abstenção do Estado, que não pode violar a lei material ou processual como medida de instrução processual, assim como em face de terceiros, estabelecendo de tal forma ao indivíduo, uma posição jurídica com status negativo, conforme célebre definição de Jellineck (MENDES, BRANCO, 2016, p. 155).

Provas ilícitas são conceituadas e com redação respaldada pelo art. 157 do Código de Processo Penal, como:

[...] inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Esse mandamento, extraído o direito anglo-saxão da exclusionary rule, visa desestimular o Estado na produção de provas obtidas com a violação das previsões legais” (BRITO, FABRETTI E LIMA, 2015, p. 29).

A vedação à prova ilícita no processo tem o intuito de potencializar uma norma-princípio, qual seja, o devido processo legal<sup>2</sup>, bem como proteger previamente de arbitrariedades estatais ou de terceiros que coloquem em risco a privacidade de uma das partes. Pode-se dizer que, tanto os fundamentos do art. 5º, inciso LIV (devido processo legal), quanto os fundamentos do art. 5º, inciso X (privacidade), são razões que levaram a Constituição a estabelecer uma norma que impeça a produção de provas ilícitas em processos. Quando se levam em consideração as questões pertinentes ao processo penal, os fundamentos da vedação em evidência se tornam ainda mais necessários, posto que o Estado, responsável pelo monopólio da persecução penal, não pode com o intuito de fazer uso de seu jus puniendi, violar o direito por ele próprio estabelecido.

<sup>2</sup> Humberto Ávila chama tal efeito conexo entre normas de eficácia interna indireta, assinalando que “Relativamente às normas mais amplas (princípios), as regras exercem uma função definitiva (de concretização), na medida em que delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios” (2018, p. 128).

A questão a ser analisada diante do estabelecido, diz respeito à em qual categoria de norma a inadmissibilidade de provas ilícitas pode ser enquadrada. Tal questionamento se demonstra fundamental para alcançar o cerne da problematização aqui trazida.

### **3.1 A estrutura da norma que veda as provas ilícitas**

Conforme conceito já introduzido no presente trabalho, a diferença fundamental de regras e princípios consiste no fato de que os primeiros são *mandamentos de definição*, enquanto os segundos são *mandamentos de otimização*. As regras possuem uma estrutura deontológica que estabelece algo que deva ser cumprido na exata medida em que se exige.

Os princípios possuem uma estrutura deontológica que estabelece algo que pode ser satisfeito em diversos graus sem prejuízo do que foi exigido pela norma. Sem embargo, há uma significação de presunção no sentido de que as regras possuem necessariamente em seu corpo todas as possibilidades possíveis. Assim como princípios podem ser razões para decisões concretas ou regras, as próprias regras podem também ser razões para outras normas-regra mais específicas (ALEXY, 2017, p. 107).

O que se coloca como fator fundamental da questão analisada é se a vedação a provas ilícitas no processo poderia ser enquadrada como regra ou princípio. Pelo conceito de Alexy, parece claro que o dispositivo que se encontra no artigo 5º, inciso LVI da Constituição, possui uma estrutura de

norma-regra<sup>3</sup>. Isso porque a norma reproduzida possui em seu corpo um mandamento deontológico de proibição (*são inadmissíveis no processo [...]*) que expressa uma conduta que deve ser cumprida na exata medida proposta pela norma. Ou não se admitem as provas ilícitas, ou se admitem e não se cumpre a regra imposta pelo constituinte.

Direciona-se o entendimento para a ideia de que o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, deva ser considerado como uma regra constitucional com substrato de ponderação, com o claro discernimento entre valores, que devem ser cumpridos por meio de subsunção. Tal circunstância é relevante diante do fato de que o constituinte brasileiro utilizou em diversas passagens uma série de terminologias confusas, fazendo com que a clara distinção entre regras e princípios com base em critérios meramente semânticos se torne em alguns casos inviável.

Para demonstrar a validade das colocações até o momento, passar-se-á a deduzir argumentos substanciais para sustentar a condição de regra na norma em estudo, concluindo-se pela impossibilidade de relativização em face de outros princípios.

### **3.2 Causas que militam em favor da estrutura de regra: a vedação das provas ilícitas como regra processual anexa ao devido processo legal**

Conforme já foi dito, os princípios podem ser razões para casos concretos ou razões para regras, assim como regras podem ser razões para

<sup>3</sup> Esposando tal entendimento, destaca-se: ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. 133 p.; ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 05-06; IDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. 166 p.; BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo Penal Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 30-31; STF, Tribunal Pleno, HC 79.512-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.1999, DJU 16.5.2003, p. 92.

casos concretos ou razões para regras mais específicas.

A força de tais colocações não deve ser subestimada porque, ao se deduzir que determinada norma é oriunda do desenvolvimento da razão de outra norma, podem-se estabelecer padrões estruturais com o intuito de auxiliar na definição da atuação de determinado direito.

A indagação que deve ser feita é se a vedação da utilização da prova ilícita é derivada de um princípio específico. Se a resposta for positiva, será necessário estabelecer qual a relação estrutural dela com tal norma.

O art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, possui sua base estabelecida pelo princípio do Devido Processo Legal predominantemente. Tal assertiva aponta que o processo devido é aquele em que o Estado, por meio do processo penal, deve respeitar as regras materiais e processuais previamente estabelecidas.

O Devido Processo Legal, ainda como princípio processual em termos gerais é chamado por alguns autores de princípio complexo (DIDIER JR, 2015, p. 68), pois, se analisado isoladamente, não haverá uma definição pacificada. No entanto, quando analisado com um conjunto de normas que lhe são correlatas, há a identificação de sua amplitude como garantia fundamental.

A respeito do tema, Cândido Rangel Dinamarco conceitua:

O perfil de processo que resulta dessa garantia é o do processo justo e equo, que, na voz da mais moderna doutrina, é o processo regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com o emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva (2017, p. 379).

O conteúdo do referido princípio sofreu uma série de preenchimentos históricos, em um processo de afirmação, o que resultou na acepção de subprincípios ou princípios conexos que se aperfeiçoaram. Com isso, formou-se em tal direito fundamental complexo uma estrutura própria que garante *a priori* uma cláusula geral (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal) e, posteriormente, garante uma série de princípios que lhe dão substrato jurídico

como: ampla defesa e contraditório (art. 5º, inciso LV), publicidade processual (art. 5º, inciso LX), juiz natural (art. 5º, inciso XXXVII e LIII), decisões motivadas (art. 93, IX) e duração razoável (art. 5º, LXXVIII), entre outros, todos expressos na Constituição Federal.

Como se pode notar, cada um dos princípios derivados contribui em alguma medida para definir o caráter do que realmente seria um processo devido pela atual Constituição brasileira. Sem embargo, além da supraestrutura principiológica do devido processo legal (princípio geral) e de seus corolários lógicos (princípios que lhe dão preenchimento), existe ainda no devido processo uma infraestrutura de regras, que garantem o mínimo de proteção ao seu núcleo essencial.

A interpretação não pode permanecer sobre a possibilidade de um princípio tão importante para o estado de direito ser composto exclusivamente por normas-princípio derivadas. Para que se garanta o mínimo de segurança jurídica e respeito aos direitos fundamentais, a estrutura de tal garantia complexa conta com regras de apoio derivadas dos princípios secundários.

Por exemplo, a garantia ao juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal) possui como regras a necessidade de o juiz ser: imparcial, competente e investido de jurisdição. Tais premissas são regras. Uma vez que alguma delas é desrespeitada, o princípio do juiz natural será desrespeitado e por consequência lógica o processo devido também.

Em sede de garantias processuais, é terminantemente necessário que se estabeleça mais do que normas que podem ser realizadas em maior ou menor grau. É necessário que garantias processuais possuam normatividade obrigatória como forma de se assegurar as garantias do cidadão em face do Estado. Não há como negar o caráter de princípio do juiz natural, mas sim a necessidade de lhe proteger o núcleo essencial por meio de regras derivadas. É exatamente dentro desta perspectiva que se insere a vedação à prova ilícita.

Além de ser um mandamento de conformação, não admitindo ser satisfeito em medida diversa da exigida pela norma, ela também possui um

intrínseco caráter estrutural de regra, quando considerada parte do devido processo legal. A vedação à prova ilícita atua dentro do devido processo como forma de bloquear a utilização de provas rechaçadas pela Carta Magna, garantido a efetivação do princípio da ampla defesa. Explica-se: as partes possuem a liberdade de produzir provas que sejam típicas ou atípicas, para que possam dentro do processo exercer a ampla defesa e influenciar o juiz.

Contudo, o princípio da liberdade de provas possui limitações em decorrência da necessidade de se instituir um processo paritário e leal, impedindo a violação da lei. Por conta disso, surge uma regra constitucional que expressamente veda a produção de provas ilícitas, de maneira a garantir a segurança da ampla defesa, na medida em que a liberdade probatória não irá configurar abuso de direito.

Dentro da estrutura pertinente ao princípio complexo do devido processo legal, do qual a vedação de provas ilícitas deriva (pois não há que se falar em provas ilícitas fora do âmbito processual), tal dispositivo possui uma forte característica de regra, que garante o núcleo essencial da ampla defesa, na medida em que limita a produção de provas pelas partes potencialmente desiguais e potencializa o exercício da defesa como norma garantidora.

Assim, é plausível afirmar que a relação de normatização que a vedação de provas ilícitas possui, dentro do panorama processual brasileiro, a enquadra como uma norma-regra, haja vista que sua aplicação procedimental far-se-á necessária para o desenvolvimento efetivo do devido processo legal e garantia do exercício paritário da ampla defesa e do direito a produzir provas.

Desta forma, as regras buscam introduzir ao sistema normativo, definições prévias, que fujam aos problemas morais que muitas vezes decorrem das análises dos princípios constitucionais. A esse respeito:

De fato, as regras têm a função de gerar uma solução para um conflito, evitando que a controvérsia entre os valores morais que elas afastam ressurgir no momento da aplicação. O próprio Poder Constituinte faz uma ponderação anterior que afasta a ponderação horizontal posterior (ÁVILA, 2018, p. 136).

Reitera-se que a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos se enquadra perfeitamente no raciocínio desenvolvido pelo autor. O argumento de ponderação entre valores pode apontar uma busca do Poder Judiciário em corrigir situações que ele considera injustas, lançando mão de argumentos de ordem moral.

Assim, “a escolha de um meio específico de atuação do Poder Público por meio de positivação de uma regra faz com que o Poder Legislativo ou o Poder Executivo não fiquem livres para escolher outro meio, por melhor que possa parecer” (ÁVILA, 2018, p. 135).

Por isso, é exatamente essa aplicação equivocada de argumentos moralistas que as regras visam afastar, que dá condições jurídicas reais para a aplicação de normas de maneira igualitárias e impessoais. Dentro de tal perspectiva, as regras cumprem um papel de desmobilização de argumentos extrajurídicos, em um contexto de jurisdição ativista.

### **3.3 A inadmissibilidade de provas ilícitas como princípio estruturante**

Contudo, a despeito do raciocínio encampado anteriormente, é necessário, a título de argumentação, se indagar: ainda que a proibição de provas ilícitas possa vir a ser reconhecida como um princípio, seria ela uma norma dispensável mediante o processo de ponderação, aplicando-se a teoria do professor europeu? A resposta para tal pergunta seria negativa.

Salienta-se um raciocínio analítico a respeito das funções que os princípios exercem no sistema constitucional. Os princípios podem possuir diversas funções eficazes, assumindo facetas interpretativas, bloqueadoras ou estruturantes (ÁVILA, 2018, p. 152). Ora, o devido processo legal, por ser um princípio processual, é conceituado como um princípio estruturante pelo autor (ÁVILA, 2018, p. 153).

Humberto Ávila, escrevendo sobre o assunto, afirmou:

Os chamados princípios estruturantes, como os princípios federativo e da separação dos poderes, por exemplo, normatizam o modo e o âmbito da atuação estatal. Como toda atuação estatal, e não apenas em uma parte dela, em todas as situações, não apenas em uma parte delas, deverá conformar-se ao seu conteúdo, eles não possuem uma eficácia provisória, *prima facie*, mas permanente, nem tem sua eficácia graduável ou afastável, mas linear e resistente. Eles sempre deverão ser observados, não podendo ser afastados por razões contrárias. O mesmo ocorre com o princípio do devido processo legal, por exemplo: ele não pode ser afastado, mas deve ser, ao contrário, sempre observado (p. 153).

Os princípios estruturantes, justamente devido a sua função jurídica de criar procedimentos racionais ao qual o direito material em sentido estrito será veiculado, necessitam de regras que especifiquem as restrições necessárias.

De tal forma, é possível afirmar que os princípios processuais compõem a estrutura básica do ordenamento, ou em analogia, são o tronco sob qual florescem os frutos do direito material.

Ora, mesmo que se afaste a premissa maior do presente trabalho, qual seja, que a vedação constante na Constituição se configura uma regra, ainda assim o resultado será o mesmo. A inadmissibilidade de provas viciadas é claramente uma norma processual. Logo, ela possui uma eficácia estruturante, tornando-a, a exemplo do devido processo legal, uma norma de observação e aplicação obrigatória.

Assim, diante de sua função normativa, ela não entrará em colisão com outros valores, mas sempre atuará de maneira à concretização de acordo com critérios previamente estabelecidos.

Logo, uma análise sistemática da norma que veda a utilização de provas maculadas, em conjunto com as demais normas processuais que se encontram positivadas na Constituição, a pontuando como um membro de um grande todo, e a interpretando em conjunto das demais normas (MAXIMILIANO, 2017, p. 116), autoriza-nos a deduzir que a norma em questão, mesmo que tida por um princípio, deverá ser considerada um princípio estruturante, não se submetendo em decorrência disso ao critério de relativização defendido pela doutrina.

De tal característica decorre intrinsecamente, conforme o processo de resolução de conflitos normativos proposto por Alexy, a impossibilidade de inseri-la em um contexto de ponderação e aplicação da proporcionalidade, como querem os mais variados doutrinadores, posto que relativizar princípios estruturantes fragilizaria a capacidade de coesão do ordenamento de maneira assustadora, tendo implicações inclusive na própria ideia de Estado de Direito.

#### **4. CONCLUSÃO**

A argumentação exposta no estudo, desde a introdução básica à teoria de Alexy, passando pela análise mais detalhada da norma que veda provas ilícitas no processo brasileiro, teve como único intuito provar que a disposição estudada possui uma estrutura de norma-regra, sendo vedada sua relativização em decorrência da aplicação da teoria de Robert Alexy.

Por coerência, também se destinou um tópico voltado a analisar a possibilidade de ponderá-la, mesmo que a entendendo como um princípio, analisando a fragilidade dos argumentos aventados na Doutrina, mesmo quando a premissa estabelecida por eles é utilizada.

O que se deve ter atenção é à demonstração de que as conclusões doutrinárias se encontram equivocadas em suas premissas, ao assumirem a possibilidade de relativização da norma bloqueadora, ante o “princípio da proporcionalidade”.

O argumento de que o inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal, deve ser considerado um princípio e conseqüentemente pode ser ponderado, quando em atrito com outros valores constitucionais, não encontra respaldo na teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, pois seguindo critérios deduzidos, tem-se que a disposição possui estrutura de uma norma-regra.

A decorrência lógica disso é que o raciocínio pertinente à ponderação como técnica de hermenêutica não encontrará substrato na racionalidade

jurídica-constitucional brasileira e se mostrará uma argumentação desprovida de alicerces racionais.

Regras não se ponderam. Regras se cumprem, a despeito da concordância com o seu conteúdo. Quando se fala de uma regra de ordem constitucional, tal colocação ganha força em função da supremacia da constituição, inerente ao Estado de Direito.

Decisões bem fundamentadas e com precisões conceituais não apenas legitimam a decisão enquanto meio de coação contra indivíduos, como também constroem uma jurisprudência sólida e coerente. Decisões justificadas são à base de um sistema judiciário que se depara com frequência com causas de ordem política, econômica e social.

Diante da necessidade de se legitimar as interferências substanciais na vida privada dos cidadãos e de seu papel contra majoritário, garantido pela própria Constituição Federal, o sistema judiciário deve sempre prezar pela máxima da racionalidade e coerência, como forma de respeitar as leis instituídas por entes legítimos e de cumprir seu papel fundamental em uma democracia em construção.

Por conta disso, se mostra inviabilizada, segundo os critérios adotados na teoria dos Direitos Fundamentais do autor alemão, a permissão de utilização de provas ilícitas no processo brasileiro, em especial no processo penal, sob pena de se valer de um argumento hermenêutico incompatível com a estrutura da norma analisada, seja ela uma regra, seja ela até mesmo um princípio, devendo apenas se ter muita atenção à ponderação do direito à vida de réus e vítimas em relação aos fatos criminosos investigados.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2017. 669 p.

ÁVILA, H. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto

Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ÁVILA, H.. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. 240 p.

BARBA, R. G. D.; STRECK, L. L. (coord.). **Nas Fronteiras da Argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. 2. ed. Salvador: Jus Podivm. 2018. 160 p.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Ari Marcelo Solon 2. ed. São Paulo: Edipro. 2014. 176 p.

BONFIM, E. M. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. 1120 p.

BRITO, A. C. de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2015. 517 p.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**: Volume I. 9. ed., rev. e atual. Segundo o novo código de processo civil. São Paulo: Malheiros. 2017. 912 p.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**: Volume III. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2017. 896 p.

DIDIER JUNIOR, F. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm. 2016. 1v.

DIDIER JUNIOR, F; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito proatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. 668 p.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. 12. ed. Salvador: Juspodivm. 2014. 779 p.

FERREIRA FILHO, M. G. **Estado de Direito e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. 163 p.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. 370 p. (Fora de Série).

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. 1504 p.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 532 p.

PACHUKANIS, E. B., 1891-1937. **Teoria Geral do Direito d Marxismo**. São Paulo: Boitempo. 2017. 224 p.

STRECK, L.. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2016. 168 p.

Recebido em | 18/08/2019

Aprovado em | 11/10/2019

Revisão Português/Inglês | Leticia Gomes Almeida

## **SOBRE OS AUTORES** | *ABOUT THE AUTHORS*

### FABIANO AUGUSTO PETEAN

Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Avaliador de Cursos Jurídicos do INEP-MEC. Promotor de Justiça da Capital do Estado de São Paulo. E-mail: fapetean@uol.com.br.

### BRUNO CARDENAL CASTILHO

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado. E-mail: bcastilho26@gmail.com.

\*Nesse sentido: Bonfim, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 425-428; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil: Volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. 55-56; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 568-569.