

A ADMISSIBILIDADE EXCEPCIONAL DA PROVA ILÍCITA EM FAVOR DO RÉU NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PROPORCIONALIDADE, LIMITES CONSTITUCIONAIS E SEGURANÇA JURÍDICA

THE EXCEPTIONAL ADMISSIBILITY OF ILLICIT EVIDENCE IN FAVOR OF THE DEFENDANT IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE: PROPORTIONALITY, CONSTITUTIONAL LIMITS AND LEGAL CERTAINTY

Ana Sara Gomes de Souza¹
Yuri Anderson Pereira Jurubeba²

RESUMO: O presente artigo analisa a admissibilidade excepcional da prova obtida por meio ilícito quando invocada em favor do réu no processo penal brasileiro. A pesquisa parte da regra constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas, prevista no art. 5º, LVI, da Constituição da República, e da disciplina do art. 157 do Código de Processo Penal, para examinar em que medida a ampla defesa, a presunção de inocência, o favor rei e a proporcionalidade podem justificar uma exceção defensiva restrita. A abordagem é bibliográfica e documental, com exame da doutrina processual penal e de precedentes do Supremo Tribunal Federal relacionados à prova ilícita por derivação, ao sigilo bancário, ao direito ao silêncio e à imparcialidade judicial. A análise corrige leituras jurisprudenciais excessivamente amplas, destacando que o STF não consolidou uma autorização geral para o uso de prova ilícita pro reo, mas admite raciocínios casuísticos dependentes de fundamentação concreta. O estudo conclui que a prova ilícita defensiva somente pode ser admitida em hipóteses excepcionais, quando demonstradas pertinência direta à defesa, indispensabilidade, subsidiariedade, autenticidade, preservação da cadeia de custódia, possibilidade de contraditório efetivo, ausência de provocação abusiva e vedação de uso para ampliar a acusação ou agravar a situação do acusado.

1

Palavras-chave: Prova ilícita. Processo penal. Ampla defesa. Proporcionalidade. Segurança jurídica.

ABSTRACT: This article analyzes the exceptional admissibility of unlawfully obtained evidence when invoked in favor of the defendant in Brazilian criminal procedure. The research starts from the constitutional exclusionary rule established in article 5, item LVI, of the Brazilian Constitution, and from article 157 of the Code of Criminal Procedure, in order to examine to what extent the right to defense, the presumption of innocence, the favor rei principle and proportionality may justify a narrow defense-oriented exception. The method is bibliographical and documentary, based on criminal procedure scholarship and on precedents of the Brazilian Supreme Federal Court concerning derivative illicit evidence, bank secrecy, the right to silence and judicial impartiality. The analysis corrects overly broad readings of case law, emphasizing that the Supreme Court has not established a general authorization for the use of illicit evidence pro reo, but rather adopts case-specific reasoning subject to concrete judicial justification. The article concludes that defensive illicit evidence may only be admitted in exceptional circumstances, when there is direct defensive relevance, indispensability, subsidiarity, authenticity, chain-of-custody preservation, effective adversarial scrutiny, absence of abusive provocation and prohibition of its use to expand the accusation or worsen the defendant's legal position.

Keywords: Illicit evidence. Criminal procedure. Right to defense. Proportionality. Legal certainty.

¹Discente da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

²Docente na Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Doutor em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Membro do Grupo de Pesquisa "Direito, Cidadania e Justiça Social". Assessor Jurídico de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

I INTRODUÇÃO

A prova penal ocupa posição decisiva na legitimação da atividade jurisdicional, pois é por meio dela que se constrói a base racional da decisão sobre a imputação criminal. No processo penal de matriz constitucional, entretanto, a busca pela reconstrução dos fatos não se desenvolve como atividade ilimitada. A Constituição da República de 1988 condiciona a persecução penal ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, à presunção de inocência, à proteção da intimidade, à inviolabilidade das comunicações e à vedação de provas obtidas por meios ilícitos (Brasil, 1988). A decisão penal legítima, portanto, não se mede apenas pela proximidade com a verdade fática, mas também pelo respeito aos procedimentos e às garantias que tornam juridicamente admissível a formação do convencimento judicial.

Nesse contexto, a admissibilidade da prova ilícita em favor do réu constitui problema particularmente sensível. De um lado, o art. 5º, LVI, da Constituição afirma que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. De outro, o acusado possui direito fundamental à defesa plena, não podendo ser condenado quando exista elemento probatório capaz de demonstrar sua inocência, afastar a autoria, excluir a tipicidade, demonstrar causa excludente de ilicitude ou reduzir sua responsabilidade penal. A tensão não se resolve pela simples prevalência abstrata de um princípio sobre outro, pois envolve colisão concreta entre garantias constitucionais que desempenham funções distintas no processo penal.

A doutrina processual penal reconhece que a regra de exclusão da prova ilícita tem função de garantia e de contenção do poder punitivo. Ela impede que o Estado obtenha vantagem processual a partir da violação de direitos fundamentais e preserva a integridade ética do processo (Gomes Filho, 1997; Grinover; Gomes Filho; Fernandes, 2011). No entanto, parte da literatura admite que, em situações excepcionalíssimas, a prova ilicitamente obtida pode ser considerada em favor do acusado, desde que sua exclusão produza resultado incompatível com a ampla defesa, a presunção de inocência e o favor rei (Avolio, 2015; Lima, 2025). Essa posição não autoriza um vale-tudo probatório, nem permite transformar o direito de defesa em salvo-conduto para a prática de ilícitos.

O problema científico que orienta este estudo pode ser formulado nos seguintes termos: em quais condições constitucionais, dogmáticas e processuais a prova ilícita pode ser admitida em favor do réu sem enfraquecer a regra de exclusão, a segurança jurídica, a isonomia e a confiabilidade do processo penal? A hipótese adotada é a de que a admissibilidade defensiva é

possível apenas como exceção restritiva, sujeita a fundamentação judicial densa e a critérios acumulativos de controle. Não se trata de admitir uma simetria entre acusação e defesa, pois a acusação continua impedida de aproveitar provas ilícitas para sustentar condenação. Trata-se, antes, de reconhecer que a liberdade do acusado e a prevenção de condenações injustas podem, em casos extremos, justificar tratamento diferenciado quando a prova for indispensável à defesa.

O objetivo geral do artigo é analisar os fundamentos e os limites da admissibilidade excepcional da prova ilícita pro reo no processo penal brasileiro. Para alcançar esse objetivo, o trabalho examina o regime constitucional e legal da prova penal, diferencia prova ilícita e prova ilegítima, estuda a prova ilícita por derivação e suas exceções legais, desenvolve a fundamentação dogmática da exceção defensiva, avalia riscos de admissibilidade seletiva, corrige a leitura de precedentes do Supremo Tribunal Federal e propõe critérios objetivos para a atuação judicial.

A metodologia empregada é qualitativa, bibliográfica e documental. A pesquisa utiliza obras de processo penal, estudos específicos sobre prova ilícita e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Foram conferidos os dados dos precedentes citados, especialmente o HC 73.351/SP, o HC 90.298/RS, a Rcl 33.711/SP e o HC 164.493/PR, para evitar a reprodução de afirmações imprecisas. O recorte jurisprudencial não busca demonstrar a existência de uma tese ampla e consolidada do STF sobre prova ilícita defensiva, mas identificar os parâmetros que podem auxiliar uma formulação tecnicamente cautelosa.

A delimitação do estudo restringe-se ao processo penal brasileiro e à utilização da prova em favor do réu. Não se examina a prova ilícita usada pela acusação, salvo quando necessário para contrastar a assimetria constitucional entre acusação e defesa. Também não se analisa a admissibilidade de provas em processos civis, administrativos ou disciplinares. A estrutura do artigo preserva a linha argumentativa original, mas aprofunda a análise técnica, corrige os dados jurisprudenciais, reforça as citações doutrinárias e padroniza as referências conforme as normas da ABNT.

2 A prova penal no Estado Democrático de Direito

2.1 Direito à prova, verdade processual e limites constitucionais

O direito à prova integra o conteúdo da ampla defesa e do contraditório. No processo penal, ele compreende a possibilidade de requerer, produzir, participar da produção, impugnar

e valorar criticamente os elementos probatórios relevantes à solução da causa. Essa compreensão impede reduzir o direito à prova a uma faculdade formal. A defesa deve ter meios efetivos para influenciar a formação do convencimento judicial, especialmente porque a imputação criminal envolve risco de restrição da liberdade, de estigmatização social e de imposição de sanções penais (Badaró, 2018; Lopes Jr., 2024).

A busca da verdade, contudo, não elimina os limites jurídicos da atividade probatória. O processo penal democrático não se orienta por uma verdade absoluta obtida a qualquer custo, mas por uma verdade processualmente controlada, construída mediante procedimentos legalmente admissíveis e submetidos ao contraditório. A prova não é apenas instrumento cognitivo; é também instituto jurídico condicionado por garantias constitucionais. Por essa razão, uma decisão condenatória não pode ser legitimada apenas porque determinado elemento parece revelar um fato verdadeiro. É necessário que esse elemento tenha sido obtido, introduzido e valorado em conformidade com os limites do devido processo legal (Gomes Filho, 1997; Lima, 2025).

No Estado Democrático de Direito, a atividade probatória desempenha dupla função. A primeira é epistêmica, pois contribui para a reconstrução racional dos fatos. A segunda é garantista, pois impede que o poder punitivo ultrapasse as fronteiras constitucionais. Essa dupla função explica por que a prova penal deve ser compreendida dentro de uma estrutura de contenção. O Estado, embora titular do dever de investigar e acusar em hipóteses legalmente previstas, não pode transformar a eficiência persecutória em fundamento para violar direitos de investigados, acusados ou terceiros (Grinover; Gomes Filho; Fernandes, 2011; Rangel, 2023).

A presunção de inocência reforça essa limitação. Se compete à acusação provar a imputação para além de dúvida razoável, a defesa não pode ser onerada com a demonstração integral de sua inocência. Ainda assim, o réu tem o direito de produzir prova contrária à narrativa acusatória e de apresentar elementos que enfraqueçam a tese condenatória. O direito à prova defensiva assume especial relevância quando o acusado pretende demonstrar álibi, erro de identificação, ausência de dolo, causa justificante ou qualquer circunstância capaz de afastar ou reduzir a responsabilidade penal. Essa função defensiva deve ser protegida sem que se abandone a exigência de licitude probatória (Lechenakoski, 2021; Nucci, 2020).

A colisão entre ampla defesa e vedação de prova ilícita surge justamente quando um elemento relevante ao réu foi obtido em desconformidade com normas constitucionais ou legais. Nessa hipótese, a solução deve evitar dois extremos. O primeiro é admitir toda prova

defensiva ilícita apenas porque beneficia o acusado, esvaziando a regra de exclusão e estimulando práticas abusivas. O segundo é excluir automaticamente qualquer prova que possa impedir condenação injusta, mesmo quando sua obtenção ocorreu em contexto de proteção de direito fundamental do próprio acusado e sem alternativa lícita disponível. A resposta constitucional adequada exige ponderação concreta, fundamentação judicial e critérios restritivos (Avolio, 2015; Takayanagi, 2009).

2.2 Provas ilícitas, provas ilegítimas e consequências processuais

A distinção entre prova ilícita e prova ilegítima tem importância dogmática e prática. Em linhas gerais, a prova ilícita é aquela obtida mediante violação de norma material, especialmente de direitos fundamentais, como intimidade, sigilo de comunicações, inviolabilidade domiciliar, liberdade de autodeterminação informativa ou direito ao silêncio. A prova ilegítima, por sua vez, relaciona-se à inobservância de regra processual de produção, introdução ou forma, como a realização de ato sem observância de procedimento legal. Embora a distinção nem sempre seja simples, ela auxilia a identificar a natureza do vício e suas consequências (Dezem, 2008; Gomes Filho, 1997).

O art. 157 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008, estabelece que são inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, determinando seu desentranhamento dos autos (Brasil, 1941; Brasil, 2008). Essa disciplina positivou a regra de exclusão e reforçou que a ilicitude probatória não é irregularidade secundária. Ao contrário, trata-se de vício que impede a utilização do elemento na formação do convencimento judicial, salvo hipóteses excepcionais que devem ser justificadas de modo estrito.

A consequência ordinária da ilicitude é a inadmissibilidade e o desentranhamento da prova. A nulidade de atos subsequentes dependerá da demonstração de nexo de causalidade entre o elemento ilícito e os demais atos processuais. Por isso, o juiz deve examinar se a prova contaminou o raciocínio probatório, se orientou diligências posteriores ou se influenciou decisões relevantes. A exclusão não deve ser meramente simbólica, pois a permanência informal de elementos ilícitos na cognição judicial pode comprometer a imparcialidade e a confiabilidade do julgamento (Lopes Jr., 2024; Moro; Moser, 2019).

A prova ilegítima, a depender da regra violada, pode ensejar nulidade absoluta, nulidade relativa, renovação do ato ou limitação de valor probatório. O ponto decisivo é que nem toda

irregularidade processual corresponde, automaticamente, à ilicitude constitucional prevista no art. 5º, LVI. Essa distinção evita ampliar indevidamente o conceito de prova ilícita, mas também impede minimizar violações materiais de direitos fundamentais sob o rótulo de simples defeito formal. A classificação deve considerar a função da norma violada e o bem jurídico protegido (Badaró, 2018; Rangel, 2023).

A discussão sobre prova ilícita pro reo deve partir dessa estrutura. A exceção defensiva, quando admitida, incide sobre elemento que apresenta vício de obtenção, mas que pode ser indispensável para evitar condenação injusta. A excepcionalidade não elimina o dever de examinar origem, autenticidade, confiabilidade, cadeia de custódia, contraditório e eventual violação a direitos de terceiros. Além disso, a prova não pode ser utilizada pela acusação, direta ou indiretamente, para agravar a situação do acusado. Essa vedação preserva a finalidade protetiva da exceção e impede sua conversão em instrumento acusatório.

2.3 Cadeia de custódia, confiabilidade e controle de autenticidade

A cadeia de custódia adquiriu relevância renovada no processo penal brasileiro a partir da preocupação com integridade, rastreabilidade e autenticidade dos vestígios. Embora seja frequentemente associada à prova pericial e aos vestígios materiais, sua lógica também se projeta sobre arquivos digitais, gravações, mensagens, documentos e elementos informacionais apresentados pela defesa. A admissão excepcional de uma prova de origem ilícita ou irregular não dispensa a demonstração de que o material não foi adulterado, editado, manipulado ou retirado de contexto (Lima, 2025; Nucci, 2020).

Esse ponto é central porque a prova ilícita defensiva costuma surgir fora dos canais ordinários de investigação. Se a defesa apresenta uma gravação clandestina, um arquivo extraído de dispositivo eletrônico ou um documento obtido irregularmente, o juiz precisa verificar não apenas sua relevância, mas também sua integridade. A ausência de controle técnico pode permitir fraudes, montagens ou interpretações parciais, comprometendo o contraditório e a própria confiabilidade da decisão. Assim, o argumento de que a prova favorece o réu não basta para superar as exigências mínimas de autenticidade.

A autenticidade deve ser analisada em conjunto com a possibilidade de contraditório efetivo. A parte contrária, inclusive o Ministério Público, deve ter oportunidade de examinar o material, requerer perícia, impugnar seu conteúdo e discutir sua origem. O contraditório não legitima automaticamente a ilicitude, mas funciona como condição indispensável para que

eventual admissão excepcional não se transforme em decisão unilateral. A prova defensiva ilícita, se aceita, deve ser submetida a controle mais rigoroso, e não menos rigoroso, justamente porque nasce sob suspeita jurídica (Gomes Filho, 1997; Badaró, 2018).

3 Regime constitucional e legal da inadmissibilidade probatória

3.1 O art. 5º, LVI, da Constituição e o art. 157 do Código de Processo Penal

O art. 5º, LVI, da Constituição da República estabelece regra expressa de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (Brasil, 1988). A norma possui densidade própria e não depende de demonstração de prejuízo concreto para afirmar a incompatibilidade entre prova ilícita e processo constitucional. Sua finalidade é proteger direitos fundamentais, impedir incentivos a práticas abusivas e preservar a legitimidade da jurisdição penal. A regra, portanto, não deve ser lida apenas como mecanismo de disciplina probatória, mas como cláusula de garantia contra o arbítrio estatal.

O art. 157 do Código de Processo Penal regulamenta essa garantia ao definir como inadmissíveis as provas ilícitas e determinar seu desentranhamento. A Lei n. 11.690/2008 também incorporou a disciplina das provas derivadas, prevendo que são inadmissíveis aquelas decorrentes de prova ilícita, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade ou quando puderem ser obtidas por fonte independente (Brasil, 1941; Brasil, 2008). A legislação aproximou o direito brasileiro da teoria dos frutos da árvore envenenada, sem afastar exceções voltadas a evitar exclusões automáticas quando houver autonomia probatória.

A regra de exclusão exerce função preventiva e institucional. Ela desestimula violações de direitos fundamentais, impede que o Estado se beneficie de sua própria ilicitude e comunica que a jurisdição penal não pode ser construída sobre práticas incompatíveis com a Constituição. Essa função é particularmente importante em matéria penal, porque a persecução criminal mobiliza poderes invasivos de investigação, como busca domiciliar, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário, coleta de dados digitais e apreensão de bens (Avolio, 2015; Moro; Moser, 2019).

A leitura da inadmissibilidade como regra constitucional não impede o debate sobre exceções defensivas, mas exige cautela. A prova ilícita pro reo não pode ser apresentada como simples flexibilização da norma constitucional. Ela deve ser analisada como hipótese excepcional em que a exclusão, diante de circunstâncias específicas, produziria resultado mais gravemente incompatível com a Constituição, como a manutenção de uma acusação

manifestamente injusta ou a condenação de inocente. A exceção, portanto, não nega a regra; apenas reconhece que garantias constitucionais podem colidir em casos concretos (Takayanagi, 2009; Lima, 2025).

3.2 Prova ilícita por derivação e teoria dos frutos da árvore envenenada

A prova ilícita por derivação ocorre quando um elemento probatório aparentemente regular decorre, direta ou indiretamente, de uma prova originária ilícita. A lógica é simples: se o Estado não poderia utilizar a prova inicial, tampouco deve aproveitar os frutos informacionais dela extraídos. A doutrina dos frutos da árvore envenenada surgiu no direito norte-americano, mas foi recepcionada no Brasil pela jurisprudência e posteriormente incorporada ao art. 157 do Código de Processo Penal (Grinover; Gomes Filho; Fernandes, 2011; Moro; Moser, 2019).

No direito brasileiro, a prova derivada deve ser excluída quando houver nexo de causalidade com a ilicitude originária. O nexo pode ser informacional, investigativo ou probatório. Ele existe, por exemplo, quando uma interceptação ilícita revela o local de documentos posteriormente apreendidos, quando uma quebra de sigilo ilegal orienta a confissão do acusado ou quando uma entrevista compulsória produz dados usados em novas diligências. A contaminação não depende de repetição formal do ilícito; basta que a prova posterior tenha sido possibilitada pela violação anterior.

8

A relevância da prova ilícita por derivação está em impedir que a garantia constitucional seja esvaziada por caminhos indiretos. Sem a exclusão dos derivados, o Estado poderia violar direitos fundamentais para obter pistas e, depois, substituir a prova originária por elementos aparentemente independentes. Essa estratégia comprometeria a boa-fé processual, a lealdade investigativa e a confiança na jurisdição penal (Gomes Filho, 1997; Lopes Jr., 2024).

A teoria, contudo, não é absoluta. O próprio art. 157 admite o aproveitamento da prova quando não evidenciado o nexo causal ou quando ela puder ser obtida por fonte independente. A doutrina também discute a descoberta inevitável como hipótese de mitigação, embora sua aplicação deva ser criteriosa, para que não se transforme em presunção abstrata de licitude. Em todos os casos, cabe ao juiz fundamentar por que a prova posterior possui autonomia suficiente para permanecer nos autos (Badaró, 2018; Rangel, 2023).

3.3 Fonte independente, descoberta inevitável e ruptura do nexos causal

A fonte independente permite preservar elemento probatório que, embora relacionado ao mesmo fato investigado, foi obtido por caminho autônomo e lícito. O ponto decisivo é a independência real da fonte, não uma independência meramente formal. Se a diligência lícita apenas reproduz informação previamente obtida por meio ilícito, a autonomia não está demonstrada. A defesa, o Ministério Público e o juiz devem reconstruir o percurso probatório para verificar se a fonte efetivamente não dependeu da violação originária.

A descoberta inevitável, por sua vez, sustenta que determinada prova poderia ser aproveitada quando, ainda que relacionada a uma ilicitude inicial, seria inevitavelmente encontrada por meios legais já em curso. Essa exceção exige demonstração concreta de que havia investigação regular em andamento e de que o resultado seria alcançado independentemente da prova ilícita. Não basta afirmar, de forma hipotética, que a autoridade poderia ter descoberto o elemento por outro caminho. Uma aplicação frouxa da descoberta inevitável reduziria a eficácia da regra de exclusão (Moro; Moser, 2019; Lima, 2025).

A ruptura do nexos causal também pode afastar a contaminação. Ela ocorre quando eventos posteriores, autônomos e suficientemente independentes removem a influência da prova ilícita originária. A análise deve considerar o tempo decorrido, a natureza da violação, a existência de novas fontes de informação e a voluntariedade de atos subsequentes. No processo penal, essa avaliação deve ser rigorosa porque confissões, colaborações e reconhecimentos podem ser influenciados por informações ilicitamente obtidas ou por constrangimentos anteriores.

Essas exceções legais e doutrinárias demonstram que o sistema brasileiro não adota uma exclusão cega. No entanto, elas não autorizam enfraquecer a proteção constitucional. A permanência de prova derivada nos autos exige demonstração positiva de autonomia, inevitabilidade concreta ou ruptura do nexos causal. A dúvida relevante sobre a origem do elemento deve ser resolvida de modo compatível com a proteção das garantias fundamentais, especialmente quando a prova serve à acusação.

4 A prova ilícita pro reo e sua fundamentação dogmática

4.1 Ampla defesa, presunção de inocência e favor rei

A admissibilidade excepcional da prova ilícita em favor do réu é construída sobre a conjugação de ampla defesa, presunção de inocência e favor rei. A ampla defesa assegura ao acusado o direito de utilizar todos os meios juridicamente admissíveis para resistir à imputação. A presunção de inocência impede que a dúvida seja convertida em condenação. O favor rei orienta a interpretação das normas processuais penais em sentido favorável à liberdade quando houver conflito interpretativo relevante (Lopes Jr., 2024; Lima, 2025).

O desafio está em determinar se uma prova obtida ilicitamente pode ser considerada “meio de defesa” constitucionalmente protegido. A resposta não pode ser afirmativa em termos absolutos. Se a defesa pratica crime, viola a intimidade de terceiros sem necessidade, manipula dados ou provoca artificialmente uma situação ilícita para produzir prova, a admissão compromete a integridade do processo. Por outro lado, se o acusado registra conversa para se proteger de falsa imputação, apresenta documento indispensável à demonstração de inocência ou revela elemento sem alternativa lícita disponível, a exclusão automática pode sacrificar a própria finalidade garantista do processo penal (Avolio, 2015; Micheloti, 2013).

A doutrina que admite a prova ilícita pro reo costuma fundamentá-la na ideia de proporcionalidade e na proteção da liberdade. A liberdade do inocente e a prevenção de condenações injustas ocupam posição central no processo penal democrático. Todavia, esse fundamento deve ser acompanhado de critérios que impeçam abuso. A defesa não pode receber incentivo para produzir ilicitudes futuras, e o juiz não pode admitir prova sem examinar a gravidade da violação, a indispensabilidade do elemento, a autenticidade do material e a possibilidade de contraditório (Takayanagi, 2009; Badaró, 2018).

A exceção defensiva também deve ser compreendida de modo assimétrico. A acusação representa o poder punitivo estatal e dispõe de instrumentos legais de investigação; por isso, não pode invocar proporcionalidade para aproveitar prova ilícita contra o acusado. A defesa, ao contrário, atua em posição de resistência à pretensão punitiva e sob a proteção da presunção de inocência. Essa assimetria não é privilégio arbitrário, mas decorrência da estrutura constitucional do processo penal (Grinover; Gomes Filho; Fernandes, 2011; Lechenakoski, 2021).

4.2 Proporcionalidade, estado de necessidade e exclusão da ilicitude

A proporcionalidade deve ser empregada como método de controle, não como fórmula retórica para justificar qualquer resultado. Em sentido técnico, ela envolve adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação exige que a prova seja apta a demonstrar fato relevante à defesa. A necessidade requer inexistência de alternativa lícita igualmente eficaz. A proporcionalidade em sentido estrito impõe comparar o benefício defensivo com a gravidade da violação de direitos envolvida (Takayanagi, 2009; Hamilton, 2000).

A aplicação da proporcionalidade na prova ilícita pro reo deve observar que os bens em colisão não são abstratos. De um lado, podem estar a intimidade de terceiro, o sigilo de comunicação, a inviolabilidade domiciliar, a proteção de dados, a boa-fé processual e a função dissuasória da regra de exclusão. De outro, podem estar a liberdade do acusado, a presunção de inocência, a ampla defesa e a necessidade de evitar condenação injusta. A decisão judicial deve identificar concretamente quais direitos foram afetados e por que a admissão, apesar da ilicitude, é a solução menos lesiva no caso.

O estado de necessidade defensivo pode explicar algumas hipóteses de obtenção irregular de prova. Se o acusado, diante de risco atual de falsa incriminação, registra conversa da qual participa para proteger sua liberdade, pode-se discutir a exclusão da ilicitude ou, ao menos, a admissibilidade excepcional do elemento. A situação é diferente quando a defesa invade dispositivo eletrônico de terceiro, viola domicílio ou induz pessoa a praticar ato ilícito apenas para construir prova. Nesses casos, a gravidade da violação e o incentivo a condutas abusivas tendem a impedir a admissão.

A proporcionalidade não deve ser confundida com ponderação livre. O juiz deve justificar por que a prova é indispensável, por que não havia meio lícito alternativo, por que a violação foi limitada, por que a autenticidade está demonstrada e por que o contraditório é possível. A fundamentação precisa evitar frases genéricas sobre “busca da verdade” ou “interesse da justiça”. A experiência histórica do processo penal mostra que a busca da verdade, quando desvinculada de garantias, pode servir de justificativa para abusos (Gomes Filho, 1997; Lopes Jr., 2024).

4.3 Gravação por interlocutor, gravação clandestina e interceptação telefônica

A distinção entre gravação realizada por um dos interlocutores e interceptação telefônica é essencial para evitar confusões. A interceptação telefônica pressupõe captação de comunicação por terceiro estranho ao diálogo e depende de autorização judicial, nos termos da Constituição e da legislação específica. Quando realizada sem autorização judicial, tende a configurar prova ilícita. A gravação ambiental ou telefônica feita por um dos participantes da conversa apresenta regime distinto, pois quem grava participa do diálogo e registra comunicação própria (Micheloti, 2013; Avolio, 2015).

A jurisprudência brasileira frequentemente admite a gravação realizada por interlocutor, especialmente quando destinada à defesa de direito próprio. Nesses casos, a discussão pode nem mesmo ser de prova ilícita em sentido estrito, mas de licitude da gravação em razão da participação de quem registra a conversa. A cautela é indispensável porque a admissibilidade depende do contexto, da finalidade, da expectativa de privacidade, da existência de manipulação e da pertinência do conteúdo. A gravação por interlocutor não autoriza devassa indiscriminada da vida privada, nem substitui autorização judicial quando houver verdadeira interceptação.

No campo da prova ilícita pro reo, a gravação feita pelo próprio acusado pode representar hipótese defensiva relevante quando busca documentar ameaça, extorsão, induzimento indevido, confissão espontânea de terceiro ou fato capaz de afastar a imputação. Ainda assim, o juiz deve verificar se o material está íntegro, se a gravação foi contextualizada, se há possibilidade de perícia e se a parte contrária pode contestá-la. A admissão excepcional exige cautela maior quando a gravação envolve terceiros que não participam do processo ou informações sensíveis não relacionadas à defesa.

A distinção também impede interpretar precedentes sobre gravação por interlocutor como autorização ampla ao uso de qualquer prova ilícita. Uma coisa é admitir registro de conversa própria em defesa de direito; outra é validar invasão de sigilo, interceptação clandestina, acesso não autorizado a dispositivo eletrônico ou obtenção de documentos protegidos. O grau de violação de direitos fundamentais varia significativamente, e a proporcionalidade deve considerar essa diferença.

5 Riscos da admissibilidade seletiva: isonomia, contraditório e segurança jurídica

5.1 A tensão entre coerência sistêmica e proteção da liberdade

A prova ilícita pro reo provoca tensão entre a coerência do sistema probatório e a proteção da liberdade individual. A coerência exige que a Constituição seja aplicada com estabilidade e que a regra de inadmissibilidade não seja esvaziada por exceções casuísticas. A proteção da liberdade, por sua vez, exige que o processo penal não se converta em máquina de condenação quando exista elemento decisivo para demonstrar a inocência do réu. A dificuldade reside em preservar simultaneamente a força normativa do art. 5º, LVI, e a centralidade da presunção de inocência (Brasil, 1988; Badaró, 2018).

A segurança jurídica é afetada quando decisões judiciais admitem ou rejeitam provas ilícitas sem critérios claros. Réus em situações semelhantes podem receber tratamentos distintos, e a previsibilidade do processo penal é reduzida. Por outro lado, uma regra absolutamente rígida também pode gerar insegurança material, caso impeça a correção de acusações injustas. Assim, a segurança jurídica não se resume à repetição automática da regra; ela exige critérios racionais, transparentes e controláveis para lidar com casos excepcionais (Nucci, 2020; Rangel, 2023).

A proteção da liberdade não autoriza sacrificar direitos de terceiros de modo desproporcional. O processo penal não pode admitir que a defesa viole intimidade, sigilo profissional, segredo de justiça ou dados pessoais de pessoas estranhas à imputação sem necessidade estrita. A admissibilidade excepcional deve examinar não apenas o benefício para o réu, mas também o custo constitucional imposto a outros titulares de direitos. Essa análise é indispensável para evitar que o favor rei seja convertido em fundamento para arbitrariedades privadas.

A coerência sistêmica também exige que a exceção não seja usada para ampliar a acusação. Uma prova apresentada pela defesa, ainda que admitida excepcionalmente, não pode ser reaproveitada pelo Ministério Público para imputar novo crime, agravar circunstância, reforçar pedido condenatório ou prejudicar corréu sem observância das garantias próprias. Se a finalidade da exceção é proteger a liberdade do acusado, seu emprego contra ele violaria a lógica que justifica a admissão.

5.2 Limites materiais e vedação de incentivos perversos

Um dos principais riscos da admissibilidade defensiva é a criação de incentivo perverso à obtenção ilícita de provas. Se a defesa perceber que qualquer violação poderá ser recompensada pela admissão judicial, a exceção deixará de proteger inocentes e passará a estimular condutas abusivas. Esse risco é especialmente grave em ambientes digitais, nos quais invasões de contas, extração de mensagens, manipulação de arquivos e vazamento seletivo de dados podem produzir impacto probatório expressivo (Lima, 2025; Lopes Jr., 2024).

Para reduzir esse risco, a prova deve ser rejeitada quando houver provocação abusiva, induzimento, fraude, coação, invasão planejada ou participação ativa do acusado em conduta ilícita desnecessária. A exceção defensiva é mais plausível quando a obtenção do elemento decorre de reação proporcional a ameaça concreta, de preservação imediata de direito próprio ou de circunstância em que não havia meio lícito disponível. A diferença entre defesa de direito e oportunismo probatório deve ser explicitada na fundamentação judicial.

Outro limite material é a indispensabilidade. A prova ilícita não deve ser admitida quando houver prova lícita equivalente, possibilidade de diligência regular, testemunha acessível, documento obtível por ordem judicial ou meio menos lesivo de demonstração. A subsidiariedade protege a regra de exclusão e impede que a ilicitude se torne atalho conveniente. O ônus argumentativo de demonstrar indispensabilidade deve recair sobre quem pretende introduzir o elemento nos autos.

A pertinência defensiva direta também é indispensável. O elemento deve se relacionar de modo objetivo com fato relevante à absolvição, à desclassificação, à exclusão de ilicitude, à culpabilidade, à dosimetria ou à nulidade processual que beneficie o réu. Provas obtidas ilicitamente para atacar genericamente a credibilidade de pessoas, expor vida privada ou criar constrangimento processual não devem ser admitidas. A relevância precisa ser concreta, não meramente especulativa (Dezem, 2008; Mirabete, 2005).

5.3 O papel do juiz na fundamentação e no controle da prova

O juiz exerce função decisiva no controle da prova ilícita pro reo. Sua atuação deve ser orientada pela imparcialidade, pela motivação das decisões e pela preservação do contraditório. A fundamentação não pode limitar-se a afirmar que a prova beneficia o réu ou que a verdade real justifica sua admissão. É necessário demonstrar a presença dos requisitos de pertinência,

indispensabilidade, subsidiariedade, proporcionalidade, autenticidade, cadeia de custódia e possibilidade de impugnação pela parte contrária (Badaró, 2018; Lopes Jr., 2024).

O contraditório efetivo exige que a parte contrária conheça integralmente o conteúdo da prova, tenha acesso aos metadados ou ao suporte original quando necessário, possa requerer perícia e apresente argumentos sobre licitude, relevância e confiabilidade. A admissão de prova ilícita defensiva sem contraditório produziria paradoxo: a exceção criada para proteger garantias acabaria violando garantia processual essencial. O contraditório, nesse ponto, funciona como mecanismo de controle epistêmico e jurídico.

A fundamentação judicial também deve delimitar os efeitos da admissão. O juiz pode reconhecer que o elemento será considerado apenas para fins defensivos, sem aproveitamento acusatório. Pode determinar segredo parcial, tarja de informações irrelevantes ou restrição de acesso a dados sensíveis de terceiros. Pode, ainda, admitir apenas fragmentos necessários ao exercício da defesa, rejeitando partes que violem direitos sem pertinência. Essas técnicas preservam a proporcionalidade e reduzem danos colaterais.

A decisão deve ser controlável por instâncias superiores. Por isso, a motivação precisa registrar a origem conhecida da prova, o modo de obtenção, o direito violado, o vínculo com a tese defensiva, a inexistência de alternativa lícita, as medidas de preservação de autenticidade e os limites de uso. Quando esses elementos não puderem ser demonstrados, a prova deve ser excluída, ainda que alegadamente favorável ao acusado. A excepcionalidade não afasta o rigor; ao contrário, exige maior rigor.

6 Jurisprudência constitucional e critérios de aplicação

6.1 HC 73.351/SP e prova ilícita por derivação

O HC 73.351/SP é relevante para a compreensão da prova ilícita por derivação no Supremo Tribunal Federal. No julgamento, o Tribunal Pleno apreciou situação envolvendo interceptação telefônica realizada antes da lei regulamentadora do art. 5º, XII, da Constituição. A Corte reconheceu a ilicitude da interceptação e a contaminação de elementos dela derivados, aplicando racionalidade compatível com a teoria dos frutos da árvore envenenada (Brasil, 1996). O precedente não trata propriamente de prova ilícita pro reo, mas afirma a força da regra de exclusão contra o aproveitamento estatal de provas obtidas à margem da Constituição.

A importância do julgado está em demonstrar que a vedação constitucional alcança não apenas a prova originariamente ilícita, mas também os elementos que dela decorrem. Essa

extensão impede que o Estado substitua a prova ilícita por seus resultados indiretos. Em termos dogmáticos, o precedente fortalece a integridade da persecução penal e antecipa a disciplina que seria posteriormente positivada no art. 157 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941; Grinover; Gomes Filho; Fernandes, 2011).

A leitura desse precedente para o tema da prova ilícita defensiva deve ser cuidadosa. O HC 73.351/SP reforça a exclusão de prova ilícita quando o Estado pretende utilizá-la em desfavor do acusado. Ele não deve ser invocado como autorização ampla para que a defesa use provas ilícitas, mas como demonstração de que a regra constitucional possui função protetiva. Justamente por isso, eventual exceção pro reo precisa ser compatível com essa função, preservando a inadmissibilidade como regra e evitando incentivos à violação de direitos.

6.2 HC 90.298/RS: sigilo bancário, confissão derivada e contaminação probatória

O HC 90.298/RS deve ser contextualizado corretamente. O caso foi julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 8 de setembro de 2009, sob relatoria do ministro Cezar Peluso, com publicação no DJe de 16 de outubro de 2009. A controvérsia envolvia quebra de sigilo bancário sem autorização judicial e confissão obtida a partir de prova ilegal, tendo o Tribunal reconhecido a contaminação probatória e concedido a ordem para absolver a paciente (Brasil, 2009).

16

A tese central do precedente não é uma autorização geral ao uso de prova ilícita pela defesa. O julgado reafirma a proteção constitucional do sigilo bancário e a inadmissibilidade da prova obtida sem autorização judicial, além de reconhecer que a confissão posterior pode estar contaminada quando decorre da prova ilegal. O caso é relevante porque demonstra que a ilicitude originária pode comprometer atos subsequentes, inclusive quando estes parecem formalmente autônomos.

Para a finalidade deste artigo, o HC 90.298/RS confirma a necessidade de rastrear o percurso causal da prova e de impedir que a acusação se beneficie de violação de direito fundamental. Sua utilidade para a prova ilícita pro reo é indireta: ele evidencia a gravidade da ilicitude probatória e a importância da exclusão dos derivados. Portanto, não deve ser apresentado como precedente de flexibilização favorável à defesa, mas como parâmetro de proteção contra contaminação e de exigência de autorização judicial para medidas invasivas.

6.3 Reclamação 33.711/SP: direito ao silêncio, entrevista forçada e limites do precedente

A Rcl 33.711/SP também exige correção interpretativa. O caso foi julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 11 de junho de 2019, sob relatoria do ministro Gilmar Mendes, com publicação no DJe de 23 de agosto de 2019. A reclamação discutiu a submissão do reclamante a uma “entrevista” durante cumprimento de mandado de busca e apreensão, sem assistência de advogado e sem adequada comunicação do direito ao silêncio, em possível afronta às decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444 (Brasil, 2019).

A Corte julgou parcialmente procedente a reclamação para anular a entrevista e reconhecer a nulidade das provas dela derivadas, determinando o desentranhamento. O fundamento principal foi a proteção ao direito ao silêncio e à não autoincriminação, em conjunto com a vedação de provas ilícitas e a disciplina do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal (Brasil, 2019). O precedente, portanto, não representa autorização ampla ao uso defensivo de prova ilícita; ao contrário, reafirma garantias do investigado contra práticas estatais incompatíveis com o direito de não produzir prova contra si.

O alcance da Rcl 33.711/SP deve ser limitado ao contexto em que a autoridade estatal, durante diligência de busca, realiza interrogatório informal travestido de entrevista, sem respeito às garantias do investigado. Sua contribuição para este estudo está em mostrar que o STF controla a forma de obtenção de informações e reconhece a nulidade de elementos derivados quando há violação do direito ao silêncio. Trata-se de precedente relevante para a integridade probatória e para a proteção defensiva, mas não de decisão que consolide uma doutrina geral de admissibilidade da prova ilícita pro reo.

17

6.4 HC 164.493/PR: suspeição, imparcialidade e sistema acusatório

O HC 164.493/PR deve ser utilizado com cautela. O caso foi julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator originário o ministro Edson Fachin e redator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes, com julgamento concluído em 23 de março de 2021 e publicação em 4 de junho de 2021 (Brasil, 2021). A controvérsia central envolveu a suspeição de magistrado, a imparcialidade judicial e garantias do processo penal, em contexto de grande repercussão institucional.

Esse precedente não deve ser tratado como decisão central sobre admissibilidade geral de prova ilícita pro reo. Sua relevância para o presente artigo é contextual e principiológica. O acórdão reforça que o processo penal constitucional depende de imparcialidade do julgador,

separação entre acusar e julgar, respeito ao sistema acusatório e controle de violações processuais que possam comprometer a legitimidade da persecução penal. Esses elementos dialogam com a prova ilícita porque a admissão ou exclusão probatória deve ser decidida por juiz imparcial e mediante fundamentação controlável.

O uso adequado do HC 164.493/PR, portanto, consiste em relacioná-lo à necessidade de controle judicial de garantias, e não à criação de uma exceção probatória ampla. O precedente auxilia a demonstrar que nulidades e violações processuais podem comprometer a legitimidade do julgamento, mas não substitui a análise específica sobre prova ilícita, derivação, fonte independente, direito ao silêncio ou gravação por interlocutor.

6.5 Síntese jurisprudencial cautelosa

A jurisprudência examinada não autoriza afirmar que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento amplo, estável e geral favorável à admissibilidade de qualquer prova ilícita em benefício do réu. O que se observa é um conjunto de decisões que, em temas distintos, reforçam a centralidade das garantias processuais, a exclusão de provas ilícitas e derivadas, a proteção contra autoincriminação e a exigência de imparcialidade judicial. A prova ilícita pro reo permanece matéria de tratamento excepcional, casuístico e dependente de fundamentação concreta.

18

Quadro 1 – Síntese jurisprudencial cautelosa

Precedente	Tema principal	Contribuição correta para o artigo
HC 73.351/SP	Interceptação telefônica ilícita e prova derivada	Reforça a teoria dos frutos da árvore envenenada e a regra de exclusão contra o Estado.
HC 90.298/RS	Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial	Confirma contaminação de confissão derivada de prova ilegal; não é precedente amplo de prova pro reo.
Rcl 33.711/SP	Direito ao silêncio em entrevista durante busca e apreensão	Anula entrevista forçada e provas derivadas; não autoriza genericamente prova ilícita defensiva.
HC 164.493/PR	Suspeição, imparcialidade e sistema acusatório	Contribui apenas de forma contextual para o controle de garantias processuais.

Fonte: elaboração própria.

Essa síntese permite formular conclusão mais rigorosa: a prova ilícita em favor do réu pode ser discutida apenas quando a exclusão do elemento comprometer de modo grave a ampla defesa ou a presunção de inocência, desde que a admissão não destrua a função dissuasória da regra de exclusão, não incentive ilícitos, não viole desproporcionalmente direitos de terceiros e não seja reaproveitada pela acusação.

7 Proposta de critérios para a admissibilidade excepcional da prova ilícita em favor do réu

A admissibilidade excepcional da prova ilícita pro reo deve ser condicionada a critérios cumulativos. Esses critérios não pretendem substituir a análise judicial do caso concreto, mas oferecer parâmetros objetivos para reduzir arbitrariedade, preservar a segurança jurídica e impedir a banalização da exceção. A regra permanece a inadmissibilidade; a exceção só se justifica quando a rigidez da exclusão ameaçar produzir injustiça penal grave e quando a admissão puder ser controlada de forma transparente.

O primeiro critério é a pertinência defensiva direta. A prova deve estar vinculada a fato relevante para a absolvição, para a exclusão de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, para a desclassificação, para a redução de pena ou para o reconhecimento de nulidade favorável ao acusado. Não basta que o elemento seja interessante, útil ou retoricamente conveniente. A relação com a tese defensiva deve ser concreta, demonstrável e delimitada.

19

O segundo critério é a indispensabilidade. A defesa deve demonstrar que a prova é essencial para evitar prejuízo grave e que sua exclusão comprometeria substancialmente a possibilidade de resistência à acusação. A indispensabilidade não se confunde com comodidade probatória. Se houver testemunhas, documentos, perícias, requisições judiciais ou outros meios lícitos capazes de produzir resultado semelhante, a prova ilícita deve ser rejeitada (Badaró, 2018; Lima, 2025).

O terceiro critério é a subsidiariedade. Mesmo quando a prova for relevante, o juiz deve verificar se a defesa tentou ou poderia tentar obter o elemento por meios regulares. A ausência de iniciativa lícita disponível fortalece a tese de necessidade; a existência de alternativa ignorada enfraquece a pretensão de admissão. A subsidiariedade preserva a moralidade processual e impede que a ilicitude seja utilizada como atalho.

O quarto critério é a proporcionalidade estrita. A decisão deve identificar o direito violado pela obtenção da prova, a intensidade da violação, o titular do direito afetado, a relevância defensiva do conteúdo e o risco de dano institucional. A admissão só será justificável

se o benefício constitucional à defesa superar, no caso concreto, o custo imposto à regra de exclusão e aos direitos afetados. Essa ponderação deve ser expressa e controlável, evitando fórmulas abstratas (Takayanagi, 2009; Hamilton, 2000).

O quinto critério é a ausência de provocação abusiva ou de participação ilícita deliberada da defesa. A prova deve ser rejeitada quando tiver sido obtida por invasão planejada, fraude, coação, ameaça, induzimento criminoso, violação de domicílio, interceptação clandestina ou manipulação de conteúdo. A exceção defensiva não pode remunerar a ilegalidade. Situações de reação defensiva proporcional, preservação de direito próprio ou estado de necessidade devem ser demonstradas concretamente.

O sexto critério é a autenticidade. A defesa deve apresentar o suporte original quando possível, metadados, contexto de obtenção e elementos que permitam perícia. O juiz deve desconfiar de recortes seletivos, transcrições desacompanhadas do arquivo original, mensagens sem cadeia mínima de preservação e documentos sem origem verificável. A autenticidade é pressuposto de qualquer valoração racional, especialmente quando a prova já nasce marcada por irregularidade (Nucci, 2020; Lima, 2025).

O sétimo critério é a preservação da cadeia de custódia. A defesa deve esclarecer quem obteve a prova, quando, como, onde foi armazenada, se houve cópias, edições, conversões de formato ou compartilhamento com terceiros. Embora a cadeia de custódia defensiva possa ter peculiaridades, não se pode dispensar a rastreabilidade mínima. Sem ela, o risco de adulteração inviabiliza o contraditório e compromete a confiabilidade do material.

O oitavo critério é o contraditório efetivo. A acusação deve poder examinar o conteúdo, impugnar a origem, requerer perícia, discutir a extensão da admissão e apontar violações a direitos de terceiros. O contraditório não existe apenas para a acusação; ele protege a legitimidade da decisão e evita que o juiz aceite material unilateralmente apresentado. A exceção pro reo não deve suprimir garantias processuais, mas operar dentro delas.

O nono critério é a limitação de finalidade. A prova eventualmente admitida deve ser utilizada exclusivamente em favor do acusado que a invocou, vedado seu aproveitamento para ampliar a acusação, fundamentar nova imputação, agravar pena, prejudicar corréu sem contraditório próprio ou justificar diligências acusatórias derivadas. Se o Estado não poderia obter o elemento lícitamente, não pode transformar a exceção defensiva em fonte de vantagem persecutória.

O décimo critério é a fundamentação judicial qualificada. A decisão deve enfrentar todos os critérios anteriores, registrar as razões de admissão ou rejeição e delimitar os efeitos processuais. A falta de fundamentação compromete a segurança jurídica e inviabiliza controle recursal. A excepcionalidade da prova ilícita pro reo exige motivação mais densa do que a admissão de prova ordinária, porque envolve afastamento pontual de uma regra constitucional de exclusão.

Quadro 2 – Critérios para a admissibilidade excepcional da prova ilícita em favor do réu

Critério	Pergunta de controle judicial	Consequência se ausente
Pertinência defensiva direta	A prova se conecta objetivamente à tese defensiva?	Rejeição por irrelevância ou desvio de finalidade.
Indispensabilidade	A exclusão compromete gravemente a defesa?	Rejeição por ausência de necessidade.
Subsidiariedade	Existia meio lícito equivalente?	Preferência obrigatória pelo meio lícito.
Proporcionalidade estrita	O benefício defensivo supera a violação causada?	Manutenção da regra de inadmissibilidade.
Ausência de provocação abusiva	A defesa produziu ou estimulou ilicitude desnecessária?	Rejeição para evitar incentivo perverso.
Autenticidade	O conteúdo é íntegro e verificável?	Impossibilidade de valoração confiável.
Cadeia de custódia	O percurso do material é rastreável?	Risco de adulteração e exclusão.
Contraditório efetivo	A parte contrária pode impugnar o elemento?	Violação do devido processo legal.
Limitação de finalidade	O uso ficará restrito ao benefício defensivo?	Risco de aproveitamento acusatório indevido.
Fundamentação qualificada	A decisão explica concretamente todos os requisitos?	Nulidade ou reforma da decisão.

Fonte: elaboração própria.

A adoção desses critérios oferece solução intermediária entre a exclusão automática e a admissibilidade indiscriminada. A prova ilícita pro reo não deve ser concebida como categoria aberta, mas como exceção constitucionalmente controlada. O juiz que a admite deve demonstrar que a decisão protege a liberdade sem destruir a integridade do processo; o juiz que a rejeita deve explicar por que a regra de exclusão prevalece no caso concreto.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A admissibilidade excepcional da prova ilícita em favor do réu revela uma das tensões mais complexas do processo penal constitucional. A Constituição de 1988 veda expressamente as provas obtidas por meios ilícitos, e essa vedação protege direitos fundamentais, impede abusos investigativos e preserva a legitimidade da jurisdição penal. Ao mesmo tempo, a ampla defesa, a presunção de inocência e o favor rei impedem que a forma processual seja aplicada de modo cego quando a exclusão de determinado elemento puder contribuir para condenação injusta.

A análise desenvolvida confirmou a hipótese de que a prova ilícita pro reo somente pode ser admitida em hipóteses excepcionais, restritivas e concretamente fundamentadas. Não há base segura para afirmar que o Supremo Tribunal Federal consolidou autorização ampla ao uso defensivo de prova ilícita. Os precedentes examinados indicam, antes, preocupação com a exclusão de provas ilícitas e derivadas, com o direito ao silêncio, com a não autoincriminação, com a necessidade de autorização judicial para medidas invasivas e com a imparcialidade do julgador.

O HC 73.351/SP permanece relevante para a prova ilícita por derivação, pois reafirma a contaminação dos frutos da árvore envenenada. O HC 90.298/RS deve ser compreendido como precedente sobre quebra de sigilo bancário sem autorização judicial e contaminação de confissão derivada. A Rcl 33.711/SP trata de entrevista forçada durante busca e apreensão, direito ao silêncio e nulidade de provas derivadas, não de autorização geral à prova ilícita defensiva. O HC 164.493/PR contribui apenas de modo contextual para a discussão das garantias de imparcialidade e do sistema acusatório, sem constituir precedente central sobre prova ilícita pro reo.

O estudo também demonstrou que a proporcionalidade só é adequada quando aplicada com critérios objetivos. A decisão judicial deve identificar os direitos fundamentais em colisão, a intensidade da violação, a relevância defensiva do elemento e a inexistência de alternativa lícita. A mera invocação da verdade real ou do interesse da justiça não basta. A verdade processual constitucionalmente legítima é aquela produzida dentro de limites jurídicos, ou excepcionalmente admitida mediante justificação reforçada quando a proteção da liberdade assim exigir.

A segurança jurídica não é incompatível com a exceção defensiva, desde que os critérios sejam claros e rigorosos. Pelo contrário, a previsibilidade aumenta quando se sabe que a prova ilícita somente será admitida se houver pertinência defensiva direta, indispensabilidade, subsidiariedade, proporcionalidade estrita, ausência de provocação abusiva, autenticidade, cadeia de custódia, contraditório efetivo, limitação de finalidade e fundamentação qualificada. Esses requisitos reduzem o risco de decisões arbitrárias e preservam a função dissuasória da regra de exclusão.

A conclusão central é que a prova ilícita pro reo não representa autorização para violar direitos, nem pode ser usada para ampliar a acusação ou agravar a situação do réu. Sua admissibilidade é excepcional porque se justifica apenas diante de conflito constitucional concreto, no qual a exclusão do elemento possa comprometer gravemente a defesa e a liberdade. O processo penal democrático deve evitar tanto a condenação baseada em provas ilícitas quanto a condenação injusta produzida pela exclusão irrefletida de elemento defensivo indispensável. O equilíbrio entre essas exigências depende de controle judicial rigoroso, contraditório efetivo e compromisso permanente com a integridade constitucional da prova penal.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 maio 2026.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 7 maio 2026.

BRASIL. **Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à prova. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm. Acesso em: 7 maio 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 73.351/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em: 9 maio 1996. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1996.

Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo35.htm>. Acesso em: 7 maio 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 90.298/RS**. Segunda Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 8 set. 2009. DJe 16 out. 2009. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo563.htm>. Acesso em: 7 maio 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 33.711/SP**. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 11 jun. 2019. DJe 23 ago. 2019. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;rcl:2019-06-11;33711-5652757>. Acesso em: 7 maio 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 164.493/PR**. Segunda Turma. Relator: Ministro Edson Fachin. Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 23 mar. 2021. DJe 4 jun. 2021. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5587849>. Acesso em: 7 maio 2026.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas: atualizado de acordo com as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08**. Campinas, SP: Millennium, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

24

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 11, p. 253-266, jan./jun. 2000. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-11/artigo-das-pags-253-266>. Acesso em: 7 maio 2026.

LECHENAKOSKI, Bryan Bueno. **Processo penal e sistema acusatório: análise crítica dos sistemas processuais penais ao ônus da prova**. Curitiba: Intersaberes, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2025.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MICHELOTI, Marcelo Adriano. A gravação de conversas na visão do Supremo Tribunal Federal e sua disciplina no projeto do novo Código de Processo Penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 56, out. 2013. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Marcelo_Micheloti.html. Acesso em: 7 maio 2026.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORO, Sérgio Fernando; MOSER, Manoela Pereira. Provas ilícitas no processo penal e a teoria dos frutos da árvore envenenada. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, DF, v. 10, n. 1, p. 286-306, 2019. DOI: 10.31501/ealr.v10i1.11910. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/11910>. Acesso em: 7 maio 2026.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 31. ed. Barueri: Atlas, 2023.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. O risco da proporcionalidade nas provas ilícitas do processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 841-874, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67875>. Acesso em: 7 maio 2026.