

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

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

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

Diretoria - CONPEDI

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

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

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

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

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

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

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

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

Conselho Fiscal:

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

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

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

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

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

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

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

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

Educação Jurídica

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

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

Eventos:

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

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

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

Comissão Especial

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

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

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

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

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

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

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-169-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

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

CDU: 34



VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO IV

Apresentação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em “CONTROVÉRSIAS SOBRE A COMPROVAÇÃO DO CRIME DE EMBRIAGUEZ

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

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

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

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

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

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

Inverno de 2024.

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

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

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

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA
ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA**

**THE APPLICATION OF THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE IN THE
ADMISSIBILITY OF ILLEGAL EVIDENCE IN BRAZILIAN CRIMINAL
PROCEDURE: A CRITICAL ANALYSIS**

Jônatas Peixoto Lopes ¹

Resumo

O presente artigo analisa a problemática da admissibilidade excepcional de provas ilícitas no processo penal brasileiro, com enfoque na aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de ponderação entre direitos fundamentais conflitantes. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVI, estabelece expressamente a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Contudo, a interpretação sistemática do texto constitucional e o reconhecimento de que nenhum direito fundamental é absoluto têm fomentado intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre possíveis exceções a essa regra. O estudo adota metodologia qualitativa, com abordagem dedutiva e procedimento bibliográfico-documental, analisando doutrina especializada e jurisprudência dos tribunais superiores. Os resultados indicam que o princípio da proporcionalidade tem sido aplicado como critério de admissibilidade excepcional de provas ilícitas em situações específicas, especialmente em favor do réu (pro reo), enquanto sua aplicação em favor da sociedade (pro societate) permanece controversa. Conclui-se que, embora a vedação constitucional às provas ilícitas constitua importante garantia contra abusos estatais, a ponderação de valores constitucionais em casos extremos pode justificar exceções, desde que observados critérios rigorosos e preservado o núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos.

Palavras-chave: Provas ilícitas, Princípio da proporcionalidade, Processo penal, Direitos fundamentais, Busca e apreensão

Abstract/Resumen/Résumé

doctrine and jurisprudence from superior courts. The results indicate that the proportionality principle has been applied as a criterion for exceptional admissibility of illegal evidence in specific situations, especially in favor of the defendant (pro reo), while its application in favor of society (pro societate) remains controversial. It is concluded that, although the constitutional prohibition of illegal evidence constitutes an important guarantee against state abuses, the balancing of constitutional values in extreme cases may justify exceptions, provided that rigorous criteria are observed and the essential core of the fundamental rights involved is preserved.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Illegal evidence, Proportionality principle, Criminal procedure, Fundamental rights, Search and seizure

1 INTRODUÇÃO

O processo penal contemporâneo encontra-se em constante tensão entre dois valores fundamentais: de um lado, a necessidade de efetividade na persecução criminal, essencial para a proteção de bens jurídicos relevantes e para a própria manutenção da paz social; de outro, a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, que constituem limites intransponíveis ao poder punitivo do Estado em um regime democrático.

Nesse contexto, a questão da admissibilidade das provas ilícitas emerge como um dos mais complexos e controvertidos temas do direito processual penal. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, estabelece expressamente que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (BRASIL, 1988). Essa norma reflete a opção do constituinte por um modelo de processo que privilegia o respeito aos direitos fundamentais, mesmo quando em aparente contradição com o interesse na apuração da verdade.

No entanto, a evolução doutrinária e jurisprudencial tem revelado que a interpretação literal desse dispositivo constitucional pode, em determinados casos, conduzir a resultados incompatíveis com a própria finalidade do sistema constitucional. Como sustenta Badaró (2021, p. 425), "não há como sustentar, em termos absolutos, que os direitos fundamentais jamais possam ser objeto de ponderação ou restrição". Esse reconhecimento da relatividade dos direitos fundamentais abre espaço para discussões sobre a possibilidade de admissão excepcional de provas obtidas por meios ilícitos, especialmente sob a égide do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, compreendido como método de solução de conflitos entre princípios constitucionais, apresenta-se como possível critério para avaliar a admissibilidade de provas ilícitas em situações excepcionais. Conforme leciona Alexy (2015, p. 116), quando dois princípios colidem, um deles deve ceder, sem que isso implique declarar inválido o princípio afastado ou introduzir uma cláusula de exceção. Trata-se de estabelecer, diante das circunstâncias concretas, uma relação de precedência condicionada entre os princípios em tensão.

Diante desse panorama, o presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério para admissibilidade excepcional de provas ilícitas no processo penal brasileiro, identificando seus fundamentos teóricos, requisitos de aplicação e limites, bem como examinando criticamente o tratamento jurisprudencial conferido à matéria pelos tribunais superiores brasileiros.

A relevância do tema justifica-se tanto pelo aspecto teórico quanto prático. No plano teórico, a discussão sobre a (in)admissibilidade das provas ilícitas envolve questões fundamentais sobre a própria natureza do processo penal e sua função em um Estado Democrático de Direito. No plano prático, a definição dos critérios de admissibilidade probatória impacta diretamente a efetividade da persecução penal e a proteção dos direitos dos acusados.

2 METODOLOGIA

A presente pesquisa adota metodologia qualitativa, com abordagem dedutiva e procedimento bibliográfico-documental. Quanto aos objetivos, caracteriza-se como exploratória e descritiva, buscando aprofundar a compreensão sobre o tema e descrever o tratamento doutrinário e jurisprudencial conferido à questão da admissibilidade das provas ilícitas sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

O procedimento bibliográfico envolveu a análise de obras de doutrinadores nacionais especializados em direito processual penal e direito constitucional, com ênfase nas publicações dos últimos dez anos, a fim de captar a evolução mais recente do pensamento jurídico sobre o tema. Foram consultados, entre outros, os trabalhos de Gustavo Badaró, Antonio Magalhães Gomes Filho, Geraldo Prado, Ada Pellegrini Grinover e Luís Roberto Barroso.

A pesquisa documental, por sua vez, concentrou-se na análise de jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no período de 2010 a 2023, buscando identificar padrões de decisão e tendências interpretativas sobre a admissibilidade de provas ilícitas. Foram analisados acórdãos, decisões monocráticas e informativos de jurisprudência relacionados ao tema.

Complementarmente, realizou-se estudo comparativo da legislação e jurisprudência estrangeiras, com enfoque nos sistemas jurídicos dos Estados Unidos, Alemanha e Portugal, que apresentam diferentes abordagens para a questão das provas ilícitas e exerceram influência significativa no desenvolvimento doutrinário brasileiro.

A análise dos dados coletados foi realizada mediante técnicas de análise de conteúdo, identificando categorias conceituais, padrões argumentativos e tendências interpretativas, que permitiram a construção de um quadro sistemático sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na admissibilidade de provas ilícitas no processo penal brasileiro.

3 A TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 Conceito e Dimensões da Prova

A prova constitui elemento central do processo penal, representando o meio pelo qual se busca reconstruir os fatos relevantes para o julgamento da causa. Como destaca Gomes Filho (1997, p. 89), "o processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico". Nesse sentido, a prova pode ser compreendida a partir de três dimensões fundamentais: como atividade, como meio e como resultado.

Como atividade, a prova refere-se ao conjunto de atos praticados para verificar a ocorrência dos fatos. Essa dimensão está relacionada ao procedimento probatório, que compreende as fases de requerimento ou propositura, admissão, produção e valoração da prova. Como meio, a prova designa os instrumentos pelos quais se demonstra a veracidade das alegações, como documentos, testemunhos, perícias, entre outros. Como resultado, por fim, a prova representa o convencimento formado pelo julgador a partir dos meios probatórios produzidos no processo (BADARÓ, 2023, p. 391).

No sistema jurídico brasileiro, o direito à prova possui status constitucional, derivando implicitamente das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstas no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. Como observa Gomes Filho (1997, p. 84), "o direito à prova compreende o direito de requerer a produção de provas, de participar de sua realização e de manifestar-se sobre seus resultados".

3.2 Sistemas Processuais e Gestão da Prova

A forma como se estrutura a gestão da prova está intimamente relacionada aos sistemas processuais adotados. Tradicionalmente, identificam-se três sistemas processuais: o inquisitório, o acusatório e o misto. No sistema inquisitório, predominante na Europa continental durante a Idade Média, concentram-se nas mãos do julgador as funções de acusar, defender e julgar, conferindo-lhe amplos poderes na produção probatória. No sistema acusatório, por sua vez, há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, cabendo às partes a iniciativa probatória. O sistema misto, finalmente, combina elementos dos dois modelos anteriores, geralmente com uma fase preliminar de características inquisitórias e uma fase processual com feições acusatórias (PRADO, 2006, p. 104-112).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema acusatório, ao estabelecer a titularidade exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I) e ao garantir ao acusado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV). Segundo Prado (2006, p. 195), "a opção pela forma acusatória é uma conquista das mais valiosas, fruto da evolução civilizatória do processo penal", pois assegura a imparcialidade do julgador e potencializa o exercício do direito de defesa.

Contudo, o Código de Processo Penal brasileiro, datado de 1941 e inspirado no modelo fascista italiano, ainda conserva dispositivos de matriz inquisitória, como o art. 156, II, que autoriza o juiz a determinar, de ofício, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes. Essa aparente contradição entre o modelo constitucional e a legislação infraconstitucional tem suscitado intensos debates doutrinários e jurisprudenciais sobre os limites da iniciativa probatória do juiz no processo penal brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, em diferentes oportunidades, tem reconhecido a prevalência do modelo acusatório, impondo limites à atuação ex officio do magistrado na produção probatória. No julgamento do ADI 1570/DF, relatado pelo Min. Maurício Corrêa, a Corte declarou inconstitucional o art. 3º da Lei 9.034/95, que permitia ao juiz realizar pessoalmente diligências investigatórias, por violação ao sistema acusatório e à imparcialidade judicial (BRASIL, 2004). Mais recentemente, no julgamento do ADI 5104 MC/DF, o STF reafirmou a incompatibilidade entre o sistema acusatório e a atribuição de poderes instrutórios ao juiz na fase pré-processual (BRASIL, 2014).

O Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) representou significativo avanço na consolidação do sistema acusatório no ordenamento brasileiro, ao inserir expressamente no Código de Processo Penal o art. 3º-A, segundo o qual "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação" (BRASIL, 2019). Embora esse dispositivo tenha sido inicialmente suspenso por decisão liminar do Min. Luiz Fux nos autos da ADI 6298, a norma representa inequívoca tendência de fortalecimento do modelo acusatório no processo penal brasileiro.

3.3 Limites ao Direito à Prova

Apesar de sua inegável relevância no processo penal, o direito à prova não possui caráter absoluto, encontrando limites em outros valores constitucionalmente protegidos. Como pontua Gomes Filho (1997, p. 91), "o direito à prova, como os demais direitos fundamentais, está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros direitos ou bens jurídicos igualmente dignos de proteção".

Entre os limites impostos ao direito à prova, destaca-se a vedação às provas obtidas por meios ilícitos, expressamente consagrada no art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Essa proibição constitui importante garantia contra abusos estatais na persecução penal, assegurando que a busca da verdade não legitime a violação de direitos fundamentais.

Além da proibição de provas ilícitas, o direito probatório sujeita-se a outras limitações, como: (a) a inadmissibilidade de provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400,

§1º, CPP); (b) as limitações probatórias decorrentes das regras de competência e das prerrogativas de foro; (c) o respeito aos sigilos legalmente protegidos, como o sigilo profissional do advogado (art. 7º, II, Lei 8.906/94) e o sigilo ministerial (art. 154 do Código Penal); e (d) as restrições impostas pelo respeito à dignidade humana que vedam, por exemplo, a utilização da tortura como meio de obtenção de prova (art. 5º, III, CF).

Nesse contexto, ganha especial relevância a teoria das provas ilícitas, que busca estabelecer critérios para identificar quais provas estão abrangidas pela vedação constitucional e quais as consequências processuais de sua produção.

4 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

4.1 Conceito e Classificação

A doutrina tradicionalmente distingue entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Segundo essa classificação, provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação de normas ou princípios de direito material, enquanto provas ilegítimas seriam as produzidas com infração a regras processuais. Como observa Grinover (2013, p. 128), "a prova é ilícita quando colhida com infringência a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional", enquanto a prova ilegítima é aquela "cuja produção ou introdução no processo viola regras de natureza processual".

Essa distinção, embora ainda presente em parte da doutrina, foi relativizada pelo art. 157 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, que define como provas ilícitas "as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Conforme explica Távora e Alencar (2019, p. 653), "com o advento da Lei nº 11.690/08, que conferiu nova redação ao art. 157 do CPP, parece ter havido uma unificação das provas ilícitas e ilegítimas sob o nomen juris de provas ilícitas".

Além da distinção entre ilicitude material e processual, as provas ilícitas podem ser classificadas quanto ao momento da ilicitude e quanto à existência de nexos causal com outras provas. Quanto ao momento, diferencia-se entre ilicitude na obtenção da prova (ocorrida antes ou durante a colheita do elemento probatório) e ilicitude na produção da prova (verificada durante sua introdução no processo). Quanto ao nexo causal, distingue-se entre provas ilícitas originárias (cuja ilicitude decorre diretamente da violação normativa) e provas ilícitas derivadas (cuja ilicitude resulta de sua conexão com uma prova ilícita originária) (BADARÓ, 2023, p. 440-441).

4.2 Tratamento Constitucional e Legal das Provas Ilícitas

O Brasil adotou, no plano constitucional, postura rigorosa em relação às provas ilícitas, estabelecendo expressamente sua inadmissibilidade processual. Essa opção do constituinte brasileiro, inspirada no modelo italiano, contrasta com a abordagem de outros sistemas jurídicos, como o norte-americano, em que a exclusão de provas ilícitas decorre de construção jurisprudencial (*exclusionary rule*), e o alemão, que admite a ponderação de interesses conflitantes em casos extremos (ROXIN, 2019, p. 193-195).

No plano infraconstitucional, o tratamento das provas ilícitas sofreu significativa evolução com a reforma processual penal de 2008. A Lei 11.690/2008 conferiu nova redação ao art. 157 do CPP, estabelecendo que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais" (BRASIL, 2008). A legislação também incorporou expressamente a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*), consagrando a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, ressalvadas as hipóteses de não configuração do nexo causal, de fonte independente ou de descoberta inevitável (art. 157, §§ 1º e 2º, CPP).

Posteriormente, o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) modificou novamente o art. 157 do CPP, aprimorando a regulamentação da matéria. A nova redação manteve a inadmissibilidade das provas ilícitas e de suas derivadas, mas aperfeiçoou os conceitos de fonte independente e descoberta inevitável, reduziu o prazo para desentranhamento das provas ilícitas (de "autos" para "documentos") e determinou a conservação do material probatório em local sigiloso até o trânsito em julgado da sentença (BRASIL, 2019).

4.3 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e suas Exceções

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*), desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos a partir do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920) e consolidada em *Wong Sun v. United States* (1963), preconiza que as provas derivadas de provas ilícitas são igualmente inadmissíveis, por estarem contaminadas pela ilicitude originária (ÁVILA, 2007, p. 198).

Essa teoria encontra-se expressamente prevista no art. 157, § 1º, do CPP, que considera ilícitas as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade e quando não configuradas as hipóteses excepcionais de admissibilidade. Sua aplicação busca desestimular práticas violadoras de direitos fundamentais pelos agentes estatais, tornando inútil a produção de provas mediante procedimentos ilícitos.

Contudo, a própria teoria comporta exceções, também incorporadas à legislação brasileira. A primeira exceção refere-se à quebra do nexo causal entre a prova ilícita originária e a prova derivada. Quando não se verifica relação de causalidade entre ambas, não há que se

falar em contaminação, permanecendo válida a segunda prova. A segunda exceção consiste na fonte independente, definida no art. 157, § 2º, do CPP como "aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova" (BRASIL, 2008). A terceira exceção, conhecida como descoberta inevitável, ocorre quando a prova derivada seria fatalmente obtida por outro meio lícito, independentemente da prova ilícita originária.

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado essas exceções em diversos julgados. No HC 101.584/MS, a Sexta Turma reconheceu a validade de provas obtidas mediante fonte independente, desvinculada da prova considerada ilícita (BRASIL, 2009). De modo semelhante, no HC 52.995/AL, a Quinta Turma aplicou a teoria da descoberta inevitável, admitindo provas que, embora derivadas de interceptação telefônica declarada ilícita, seriam inevitavelmente obtidas por outros meios investigativos em curso (BRASIL, 2008).

Mais recentemente, no HC 512.290/RJ, a Sexta Turma do STJ reafirmou que "a contaminação da prova posteriormente obtida somente se verifica se ficar demonstrado o nexo de causalidade entre as duas provas e a ausência de fonte independente" (BRASIL, 2021). Essa decisão evidencia a consolidação da teoria dos frutos da árvore envenenada e suas exceções na jurisprudência brasileira, que tem buscado equilibrar a proteção dos direitos fundamentais com a efetividade da persecução penal.

5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS

5.1 Fundamentos Teóricos do Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, de origem germânica, consolidou-se como importante ferramenta hermenêutica para solução de conflitos entre princípios constitucionais e ponderação de direitos fundamentais. Como ensina Alexy (2015, p. 116-120), diferentemente das regras, que se aplicam na modalidade tudo-ou-nada, os princípios constituem mandamentos de otimização, que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Quando dois princípios colidem, a solução não implica declarar inválido um deles ou introduzir uma cláusula de exceção, mas estabelecer uma relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto. É nesse contexto que o princípio da proporcionalidade emerge como metodologia para solução de colisões principiológicas, estruturando-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade, embora não expressamente previsto na Constituição Federal, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio constitucional implícito, decorrente do devido processo legal em sentido substancial (art. 5º, LIV, CF) e da própria estrutura do Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2020, p. 235-236).

5.2 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade às Provas Ilícitas

A aplicação do princípio da proporcionalidade como critério para admissibilidade excepcional de provas ilícitas representa uma das mais significativas controvérsias do processo penal contemporâneo. Duas posições fundamentais se contrapõem: de um lado, a teoria da inadmissibilidade absoluta, segundo a qual a vedação constitucional às provas ilícitas não comporta exceções; de outro, a teoria da proporcionalidade, que admite, em situações excepcionais, a relativização dessa vedação mediante ponderação dos bens jurídicos em conflito.

A doutrina brasileira tradicionalmente admitia a aplicação do princípio da proporcionalidade apenas em favor do réu (*pro reo*), como manifestação do direito constitucional à ampla defesa e do princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, uma prova obtida por meio ilícito poderia ser excepcionalmente admitida quando constituísse o único meio de comprovar a inocência do acusado ou circunstância que lhe fosse favorável (GRINOVER, 2013, p. 136).

Essa posição encontra amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do HC 74.678/SP, relatado pelo Min. Moreira Alves, a Corte reconheceu expressamente a possibilidade de utilização de prova ilícita em favor do réu, fundamentando-se no princípio da proporcionalidade e no direito de defesa (BRASIL, 1997). De modo semelhante, no RE 251.445/GO, o STF admitiu gravação clandestina realizada pelo próprio réu em sua defesa, invocando o estado de necessidade como excludente de ilicitude (BRASIL, 2000).

Contudo, parte da doutrina passou a defender a aplicação do princípio da proporcionalidade também em favor da sociedade (*pro societate*), em situações excepcionais envolvendo crimes de especial gravidade ou proteção de valores constitucionais de maior relevância. Como argumenta Avolio (2019, p. 91), "em casos extremos, em que a inadmissibilidade da prova ilícita poderia gerar situações intoleráveis e de flagrante injustiça, tem-se admitido a sua utilização pelo critério da proporcionalidade".

Esse entendimento, embora minoritário, encontra algum respaldo na jurisprudência dos tribunais superiores. No julgamento do HC 149.250/SP, a Quinta Turma do STJ admitiu

provas obtidas mediante violação de domicílio em situação de flagrante delito, ao constatar que a prisão e a apreensão de drogas foram realizadas com base em "elementos suficientes de convicção para caracterizar fundadas razões acerca da ocorrência do crime" (BRASIL, 2011). Em decisão mais recente, a Corte Especial do STJ, no AgRg na APn 843/DF, relativizou a ilicitude de gravações ambientais realizadas sem conhecimento do interlocutor, quando ausente situação de flagrante violação à intimidade e dignidade humana (BRASIL, 2020).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, observa-se maior cautela na aplicação do princípio da proporcionalidade pro societate. No julgamento do RE 603.616/RO, com repercussão geral reconhecida, o STF fixou tese restritiva sobre o ingresso forçado em domicílio, exigindo "a existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem a ocorrência de crime no interior da casa", não bastando mera suspeita (BRASIL, 2015). Essa decisão evidencia a preocupação da Corte em preservar a inviolabilidade domiciliar, admitindo sua flexibilização apenas em situações excepcionais e mediante critérios objetivos.

5.3 Critérios e Limites para Aplicação do Princípio da Proporcionalidade

A aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de admissibilidade excepcional de provas ilícitas deve observar critérios rigorosos, sob pena de esvaziamento da garantia constitucional. Conforme leciona Badaró (2023, p. 453), "a admissão da proporcionalidade em casos excepcionais não pode significar uma porta aberta para o arbítrio judicial".

Os três subprincípios da proporcionalidade fornecem parâmetros objetivos para essa avaliação: (a) adequação ou idoneidade: a admissão da prova ilícita deve ser apta a atingir o fim almejado, representando meio idôneo para a tutela do bem jurídico em risco; (b) necessidade ou exigibilidade: não deve haver outro meio menos gravoso para alcançar o mesmo objetivo, sendo a admissão da prova ilícita o único caminho possível; e (c) proporcionalidade em sentido estrito: a restrição imposta pela admissão da prova ilícita não pode ser excessiva em relação ao benefício almejado, exigindo-se que o valor sacrificado (vedação à prova ilícita) seja inferior ao valor preservado (ÁVILA, 2019, p. 216-221).

Além desses critérios, a doutrina aponta outros limites à aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria probatória: (a) excepcionalidade: a admissão da prova ilícita deve constituir medida verdadeiramente excepcional, não se transformando em regra na prática jurisprudencial; (b) reserva de jurisdição: a ponderação de valores constitucionais em conflito e a consequente admissão da prova ilícita devem ser sempre decididas pelo Poder Judiciário, mediante decisão fundamentada; (c) responderação de valores constitucionais em conflito e a consequente admissão da prova ilícita devem ser sempre decididas pelo Poder Judiciário,

mediante decisão fundamentada; (c) respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais: mesmo em situações excepcionais, não se pode admitir provas que violem o núcleo essencial de direitos fundamentais, como a dignidade humana, sendo absolutamente inadmissíveis provas obtidas mediante tortura, tratamento desumano ou degradante (GOMES FILHO, 2020, p. 187-189).

Ferrajoli (2014, p. 624) alerta para os riscos da aplicação indiscriminada do princípio da proporcionalidade em matéria processual penal, especialmente quando utilizado para relativizar garantias fundamentais. Segundo o autor, "o princípio da proporcionalidade, embora útil em diversos contextos jurídicos, pode representar uma ameaça ao caráter contramajoritário dos direitos fundamentais se aplicado sem rigorosos critérios limitadores".

Da mesma forma, Scarance Fernandes (2012, p. 93-94) destaca que "a aplicação do princípio da proporcionalidade não pode significar a aceitação de um sistema de prova livre, sem regras, sem garantias, totalmente discricionário, pois isso representaria um retrocesso às conquistas civilizatórias do processo penal moderno". O autor propõe uma aplicação restritiva do princípio, limitada a situações verdadeiramente excepcionais e sempre em benefício do acusado, como manifestação do favor rei.

6 PROVAS ILÍCITAS E BUSCA E APREENSÃO

6.1 A Busca e Apreensão como Meio de Obtenção de Prova

A busca e apreensão constitui importante meio de obtenção de prova no processo penal, disciplinada nos arts. 240 a 250 do Código de Processo Penal. Diferentemente dos meios de prova stricto sensu, que se destinam diretamente à formação do convencimento judicial sobre os fatos, os meios de obtenção de prova são instrumentos para colheita de elementos probatórios, ainda que eventualmente com restrição a direitos fundamentais (PRADO, 2014, p. 59).

Conforme leciona Gomes Filho (2020, p. 179), "a busca e apreensão tem natureza jurídica de medida cautelar probatória, visando à colheita de elementos de prova relacionados à materialidade do crime ou à autoria delitiva". Sua relevância para a investigação criminal é inquestionável, permitindo a obtenção de documentos, instrumentos e objetos relacionados à prática criminosa.

Contudo, a execução dessa medida frequentemente implica restrição a direitos fundamentais, como a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, CF), a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, CF), exigindo rigoroso controle judicial e estrita observância das formalidades legais. Como adverte Lopes Jr. (2016, p. 516), "a busca e apreensão, por sua

natureza invasiva, representa uma das mais graves ingerências estatais na esfera privada, demandando especial cautela em sua determinação e execução".

6.2 Requisitos Legais e Constitucionais da Busca e Apreensão

O Código de Processo Penal estabelece requisitos específicos para a realização da busca e apreensão, diferenciando entre busca domiciliar (art. 240, § 1º) e busca pessoal (art. 240, § 2º). A busca domiciliar, por implicar restrição mais severa a direitos fundamentais, sujeita-se a condições mais rigorosas, como a prévia expedição de mandado judicial (art. 241, CPP), salvo em situações excepcionais, como o consentimento do morador ou o estado de flagrância (art. 5º, XI, CF).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, estabelece que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" (BRASIL, 1988). Essa garantia constitucional importunismo no sistema jurídico brasileiro e nos países democráticos, representando um dos mais antigos direitos civis reconhecidos (PITOMBO, 2005, p. 109).

Além da reserva jurisdicional, a validade da busca e apreensão domiciliar depende de outros requisitos, como: (a) fundadas razões (*fumus commissi delicti*), indicativas da necessidade e adequação da medida (art. 240, § 1º, CPP); (b) especificação do local a ser vasculhado, vedando-se mandados genéricos (art. 243, I, CPP); (c) definição da finalidade da diligência, com indicação dos objetos que se procura (art. 243, II, CPP); e (d) cumprimento durante o dia, salvo se o morador consentir com a realização noturna (art. 245, caput, CPP).

Quanto à busca pessoal, o art. 244 do CPP autoriza sua realização sem mandado prévio quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou objetos que constituam corpo de delito, ou quando for determinada no curso de busca domiciliar. A jurisprudência, contudo, tem exigido a presença de fundadas razões, não bastando mera intuição ou suspeita genérica do agente policial (RAMOS, 2006, p. 112).

6.3 Ilícitudes Frequentes na Busca e Apreensão

Apesar da disciplina legal rigorosa, a prática forense revela frequentes ilícitudes na execução de buscas e apreensões, gerando intensos debates sobre a validade das provas assim obtidas. Entre as ilícitudes mais comuns, destacam-se: (a) busca domiciliar sem mandado e fora das hipóteses de flagrante delito, consentimento do morador ou prestação de socorro; (b) cumprimento da busca domiciliar durante o período noturno, sem consentimento do morador; (c) mandados genéricos, sem especificação do local ou dos objetos procurados; (d) busca em

local diverso do especificado no mandado; e (e) busca pessoal sem fundada suspeita, baseada em critérios discriminatórios ou preconceituosos (PITOMBO, 2005, p. 235-237).

A jurisprudência dos tribunais superiores tem oscilado quanto às consequências dessas ilicitudes para a validade das provas obtidas. Em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal tem adotado posição rigorosa, declarando a nulidade das provas. No julgamento do RE 603.616/RO, com repercussão geral reconhecida, o STF fixou a tese de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados" (BRASIL, 2015).

Em outros casos, porém, a Corte tem adotado posição mais flexível, aplicando o princípio da proporcionalidade para validar provas obtidas em buscas tecnicamente irregulares. No HC 91.867/PA, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, o STF admitiu provas obtidas em busca domiciliar realizada com base em denúncia anônima, considerando que a posterior verificação da existência do crime conferiu legitimidade à ação policial (BRASIL, 2012).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem oscilado entre posições mais garantistas e mais flexíveis. No RHC 51.531/RO, a Sexta Turma declarou ilícita a prova obtida mediante acesso aos dados do celular do investigado sem autorização judicial, por violação à intimidade e ao sigilo das comunicações (BRASIL, 2016). Já no HC 462.253/SC, a Quinta Turma admitiu busca domiciliar noturna realizada com base em "fundadas razões" de flagrante delito, ainda que sem mandado judicial (BRASIL, 2019).

Essa oscilação jurisprudencial reflete a dificuldade de estabelecer critérios uniformes para aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de busca e apreensão, evidenciando a tensão permanente entre eficiência da persecução penal e proteção dos direitos fundamentais.

7 ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

7.1 Tendências Jurisprudenciais do STF

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre provas ilícitas revela uma evolução desde posições mais formalistas, de inadmissibilidade absoluta, para abordagens mais flexíveis, com aplicação ponderada do princípio da proporcionalidade. Essa evolução, contudo, não representa abandono da garantia constitucional, mas seu aprimoramento interpretativo à luz da complexidade das relações sociais contemporâneas.

No período inicial após a promulgação da Constituição de 1988, o STF adotou posição rigorosa quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas. No HC 69.912/RS, relatado pelo Min.

Sepúlveda Pertence, a Corte declarou a nulidade de interceptação telefônica realizada sem autorização judicial, determinando o trancamento da ação penal cujas provas derivavam dessa diligência ilícita (BRASIL, 1993).

Gradualmente, porém, a jurisprudência do STF evoluiu para admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, especialmente em favor do réu. No HC 74.678/SP, como já mencionado, a Corte reconheceu expressamente a possibilidade de utilização de prova ilícita pro reo, fundamentando-se no direito constitucional à ampla defesa (BRASIL, 1997).

Em casos mais recentes, o STF tem buscado estabelecer critérios objetivos para a aplicação do princípio da proporcionalidade, evitando tanto o formalismo excessivo quanto a flexibilização indiscriminada da garantia constitucional. No RE 603.616/RO, com repercussão geral reconhecida, a Corte exigiu a presença de "fundadas razões" para legitimar busca domiciliar sem mandado judicial, estabelecendo parâmetros para avaliar a legalidade da medida (BRASIL, 2015).

Da mesma forma, no RHC 144.137/ES, a Segunda Turma do STF declarou a ilicitude de prova obtida em abordagem policial baseada exclusivamente na "atitude suspeita" do acusado, reafirmando que "a mera intuição acerca de eventual prática criminosa, desacompanhada de indícios mínimos de materialidade ou autoria, não legitima o ingresso de policiais em domicílio" (BRASIL, 2021).

Essas decisões evidenciam a preocupação da Corte em preservar a essência da garantia constitucional, admitindo flexibilizações apenas em situações excepcionais e mediante critérios objetivos, que permitam controle racional da discricionariedade judicial.

7.2 Posicionamentos do STJ

O Superior Tribunal de Justiça, em sua função uniformizadora da interpretação da legislação federal, tem desempenhado papel crucial na definição dos critérios de admissibilidade das provas ilícitas e na aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em diversas oportunidades, o STJ reconheceu a possibilidade de aplicação da proporcionalidade pro reo. No HC a Quinta Turma decidiu que "a prova ilícita, assim como a prova dela derivada, é inadmissível no processo penal brasileiro por força do art. 5º, LVI, da CF/88, que consagrou a teoria dos frutos da árvore envenenada". Contudo, essa regra comporta exceções quando a prova é utilizada em favor do réu, especialmente para demonstrar sua inocência (BRASIL, 2011).

Quanto à aplicação da proporcionalidade pro societate, o STJ tem adotado posição mais cautelosa, admitindo-a apenas em situações excepcionais envolvendo crimes graves ou

proteção de valores constitucionais de maior relevância. No HC 149.250/SP, já mencionado, a Corte admitiu provas obtidas mediante violação de domicílio em situação de flagrante delito, ao constatar que a prisão e a apreensão de drogas foram realizadas com base em "elementos suficientes de convicção para caracterizar fundadas razões acerca da ocorrência do crime" (BRASIL, 2011).

Em matéria de busca e apreensão, o STJ tem buscado equilibrar a proteção dos direitos fundamentais com a efetividade da persecução penal. No RHC 51.531/RO, como já mencionado, a Sexta Turma declarou ilícita a prova obtida mediante acesso aos dados do celular do investigado sem autorização judicial, por violação à intimidade e ao sigilo das comunicações (BRASIL, 2016). Em decisão paradigmática, no HC 598.051/SP, o STJ estabeleceu a necessidade de documentação da entrada consentida em domicílio, preferencialmente por filmagem, como forma de assegurar a legalidade da diligência (BRASIL, 2021).

Essas decisões evidenciam a tentativa da Corte de estabelecer critérios objetivos para aplicação do princípio da proporcionalidade, equilibrando os valores constitucionais em conflito e fornecendo parâmetros seguros para a atuação dos operadores do direito.

7.3 Crítica Doutrinária aos Posicionamentos Jurisprudenciais

A doutrina processual penal brasileira tem analisado criticamente os posicionamentos jurisprudenciais sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade às provas ilícitas, identificando avanços e retrocessos na proteção dos direitos fundamentais.

Alguns autores, como Grinover (2013, p. 141), elogiam a evolução da jurisprudência no sentido de admitir a aplicação da proporcionalidade pro reo, considerando-a "manifestação eloquente do favor rei e da presunção de inocência, princípios fundamentais do processo penal democrático". Da mesma forma, Gomes Filho (2020, p. 188) reconhece que "a vedação absoluta de provas ilícitas poderia, em casos extremos, conduzir a resultados incompatíveis com a própria finalidade do processo, que é a descoberta da verdade e a realização da justiça".

Outros doutrinadores, porém, manifestam preocupação com a ampliação excessiva do princípio da proporcionalidade, especialmente quando aplicado pro societate. Ferrajoli (2014, p. 625-626) alerta para o risco de "dissolução das garantias processuais mediante juízos de ponderação arbitrários", o que poderia transformar a exceção em regra, esvaziando a proteção constitucional contraprovas ilícitas.

Da mesma forma, Badaró (2023, p. 455) critica a "banalização do princípio da proporcionalidade" na jurisprudência brasileira, observando que "frequentemente, a invocação da proporcionalidade serve como mero artifício retórico para justificar decisões arbitrárias, sem

verdadeira análise dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito".

Lopes Jr. (2016, p. 520) vai além, denunciando o "eficientismo penal" que, sob o pretexto de combater a criminalidade, sacrifica garantias fundamentais em nome de um "processo penal de emergência", incompatível com o Estado Democrático de Direito. Segundo o autor, "a proporcionalidade não pode transformar-se em panaceia para justificar toda sorte de arbitrariedades estatais, especialmente em matéria probatória".

Essas críticas evidenciam a necessidade de aprimoramento dos critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade, mediante desenvolvimento de uma dogmática mais rigorosa, que permita distinguir entre situações verdadeiramente excepcionais, que justifiquem a relativização da vedação constitucional, e casos em que essa flexibilização representaria ameaça aos direitos fundamentais.

8 CONCLUSÃO

A análise da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, revela uma complexa teia de valores constitucionais em permanente tensão. De um lado, a vedação expressa às provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF) representa importante garantia contra abusos estatais na persecução penal, protegendo direitos fundamentais como a intimidade, a privacidade e a inviolabilidade domiciliar. De outro, a necessidade de efetividade do processo penal, a proteção de bens jurídicos relevantes e a própria realização da justiça podem, em situações excepcionais, justificar relativizações dessa vedação.

O princípio da proporcionalidade, compreendido como método de solução de conflitos entre princípios constitucionais, apresenta-se como possível critério para avaliar a admissibilidade excepcional de provas ilícitas. Contudo, sua aplicação deve observar critérios rigorosos, sob pena de esvaziamento da garantia constitucional. Os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito fornecem parâmetros objetivos para essa avaliação, permitindo distinguir entre situações verdadeiramente excepcionais e casos de mera conveniência investigativa.

A evolução da jurisprudência brasileira evidencia tendência de flexibilização moderada da inadmissibilidade das provas ilícitas, especialmente em favor do réu (pro reo), como manifestação do direito constitucional à ampla defesa e do princípio da presunção de inocência. A aplicação da proporcionalidade em favor da sociedade (pro societate), embora mais controversa, tem sido admitida em situações excepcionais envolvendo crimes de especial

gravidade ou proteção de valores constitucionais de maior relevância, sempre mediante critérios objetivos e preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

No caso específico da busca e apreensão, a jurisprudência dos tribunais superiores tem buscado equilibrar a proteção da inviolabilidade domiciliar com a efetividade da persecução penal, estabelecendo parâmetros para avaliar a legalidade da medida e as consequências de eventuais irregularidades. A exigência de "fundadas razões" para busca domiciliar sem mandado judicial, a necessidade de documentação do consentimento do morador e a inadmissibilidade de mandados genéricos representam conquistas importantes na proteção dos direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade, se aplicado com rigor metodológico e respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, pode contribuir para o aprimoramento do sistema processual penal brasileiro, permitindo soluções mais justas e equilibradas em casos excepcionais de colisão de valores constitucionais. Contudo, sua aplicação deve ser sempre cautelosa e excepcional, evitando-se tanto o formalismo excessivo quanto a flexibilização indiscriminada da garantia constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas.

Como agenda para pesquisas futuras, sugere-se o aprofundamento da análise dos critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade, mediante estudo comparativo da jurisprudência brasileira e estrangeira, bem como o desenvolvimento de parâmetros objetivos para avaliação da legalidade de diligências investigativas, como busca e apreensão, interceptação telefônica e quebra de sigilos constitucionalmente protegidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69.912/RS**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça, Brasília, DF, 25 mar. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 74.678/SP**. Relator: Min. Moreira Alves. Diário de Justiça, Brasília, DF, 15 ago. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 251.445/GO**. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, DF, 03 ago. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1570/DF**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Diário de Justiça, Brasília, DF, 22 out. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 52.995/AL**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Diário de Justiça, Brasília, DF, 04 ago. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 101.584/MS**. Relator: Min. Og Fernandes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 22 jun. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 149.250/SP**. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 05 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.867/PA**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5104 MC/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 30 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603.616/RO**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 51.531/RO**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 09 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 462.253/SC**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 08 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na APn 843/DF**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 512.290/RJ**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 598.051/SP**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 15 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 144.137/ES**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 01 out. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As Reformas no Processo Penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 246-297.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2019.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.