



**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**LUIGI ADRI DE ROSA**

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA UTILIZAÇÃO DE  
PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.**

São Paulo

2022

LUIGI ADRI DE ROSA

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA UTILIZAÇÃO DE  
PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado na Faculdade de Direito  
da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie como requisito para  
obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

ORIENTADOR: ADALBERTO JOSÉ QUEIROZ TELLES DE CAMARGO ARANHA  
FILHO.

São Paulo

2022

LUIGI ADRI DE ROSA

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA UTILIZAÇÃO DE  
PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado na Faculdade de Direito  
da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie como requisito para  
obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Aprovado em:

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Examinador: Prof. Ms. Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho.**

---

**Examinador: Prof. Dr. Evandro Fabiani Capano.**

---

**Examinador: Prof. Ms. Doutorando Rodrigo Camargo Aranha.**

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e a minha namorada, que me deram forças nos momentos mais difíceis e compreenderam a minha ausência e o meu empenho enquanto eu me dedicava à realização deste trabalho.

Ao Professor Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, meu orientador, pelas diretrizes e aprendizados.

Ao Professor José Reinaldo Guimarães Carneiro, com distinta menção, pelos ensinamentos acadêmicos e profissionais que forjaram minha capacitação e o meu interesse pelo Direito Processual Penal e inspiração para o tema do presente trabalho.

## A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

**Luigi Adri De Rosa\***

**Resumo:** O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo o estudo sobre a aplicabilidade do princípio constitucional da proporcionalidade e sua abordagem na utilização de provas ilícitas no processo penal brasileiro. Neste trabalho de conclusão de curso foram realizadas análises jurisprudenciais e doutrinárias sobre a efetiva funcionalidade jurídica e abordagem do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo penal pátrio, mais especificamente no seu envolvimento em casos utilitários de provas ilícitas, trazendo à lume um confronto comparativo entre o entendimento contido na Carta Magna e os entendimentos adotados em outros modelos constitucionais.

**Palavras chaves:** Provas Ilícitas. Princípio da Proporcionalidade. Processo Penal Brasileiro.

**Abstract:** This paper aims to study the applicability of the constitutional principle of proportionality and its approach to using illegal evidence in Brazilian criminal procedure law. In this work, jurisprudential and doctrinal analyzes will be carried out taking into consideration the effective legal functionality and approach of the principle of proportionality in the scope of the national criminal procedure, and, more specifically in its the in utilitarian cases of illicit evidence, bringing to light a comparative confrontation between the understanding contained in the Constitution of 1988 and the understandings adopted in other constitutional models.

**Key words:** Illicit Evidence. Principle of Proportionality. Brazilian Criminal Procedure.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Teoria Geral das Provas no Processo Penal Brasileiro: Contextualização Normativa. 2.1. Princípios constitucionais relacionados ao direito à prova. 2.1.1. Contraditório e ampla defesa. 2.1.2 Princípio do Juiz Natural. 2.1.3 Direito de Ação e de Defesa. 2.1.4 Princípio da Persuasão Racional. 2.1.5 Princípio da Presunção de Inocência. 2.2. Características. 3. Princípio da proporcionalidade e a sistemática constitucional brasileira. 3.1. O princípio da proporcionalidade à luz do direito constitucional alemão. 4. Provas ilícitas no âmbito do processo penal brasileiro. 4.1 A ilicitude das provas no direito constitucional

---

\* Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Endereço eletrônico: luigi-derosa@hotmail.com.

alemão. 4.2 A jurisprudência contemporânea na utilização de provas ilícitas. 5. Conclusões. 7. Referências Bibliográficas.

## **1. INTRODUÇÃO**

No contexto histórico da promulgação da Constituição Federal de 1988, o constituinte originário, eivado de suas razões e de seus anseios, preocupou-se maximamente em garantir aos cidadãos brasileiros um legítimo Estado Social e Democrático de Direito, diferentemente do período histórico anterior, marcado por um cenário político de muito desrespeito e arbitrariedade na garantia das liberdades públicas ali oferecidas.

Em razão disso, fez-se a opção por inaugurar o devido processo legal, garantia incipiente do atual Estado Democrático de Direito Brasileiro, tendo como um nobre propósito de equalizar e conduzir igualmente os conflitos que forem levados ao crivo do Estado-Juiz, de forma que este profira uma decisão justa e ponderada aos litigantes do caso.

As ações investigatórias realizadas pelos órgãos da persecução penal têm funções cada vez mais significativas na produção e colheita de prova, podendo alcançar certas ocasiões que podem se chocar com a muralha protetora de direitos e garantias da Constituição Federal. Essa situação é vista com frequência na jurisprudência contemporânea, criando, inclusive, entendimentos controversos sobre a abordagem do tema.

O objetivo geral deste trabalho nada mais é do que analisar, em meio a um exercício de ponderação, se a incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, poderia colocar em dúvida a real interpretação da Constituição Federal, bem como do Código de Processo Penal, na utilização de provas obtidas por meios ilícitos, objetivando um sopesamento de direitos em determinados casos concretos.

Em decorrência disso, será realizada uma comparação ao modelo constitucional alemão, em razão de seus precedentes históricos, valendo-se também de uma análise pontual em relação à jurisprudência brasileira sobre a utilização de provas ilícitas no âmbito processual penal, mais precisamente na competência dos tribunais superiores brasileiros.

Na primeira metade do trabalho serão propostas reflexões teóricas acerca da Teoria Geral das Provas no Processo Penal Brasileiro, bem como introduzidos comparativamente algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade e suas concepções, tanto

brasileira quanto alemã. E, por fim, na segunda metade, serão feitas observações sobre a atual conjuntura doutrinária e jurisprudencial das provas ilícitas, tanto no direito pátrio, como no direito alemão, de maneira a refletir, em um único exercício, racional e jurídico, sobre a aplicabilidade dos dois institutos em um ponto de vista convergente, realizando uma análise crítica e contemporânea sobre a temática.

## **2. TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: CONTEXTUALIZAÇÃO NORMATIVA**

A importância da produção da prova no processo penal brasileiro vem se destacando pelos seus meios de obtenção cada vez mais sofisticados e labirínticos, tanto pelo advento recorrente de novas tecnologias, como pela multiplicidade de recursos que surgem em decorrência dela. Entretanto, a ciência do Direito optou por estabelecer uma diretriz única e flexível acerca das provas no processo penal brasileiro. Nesse sentido, afirma Luiz Francisco Torquato Avolio (2019, p. 32): “O Estado, assim, deve restringir, limitar, proibir ou impedir a utilização de determinados meios de prova, ou o seu uso em relação a certos fatos. Tudo em prol da defesa dos valores sociais, dentre os quais avultam a liberdade e a intimidade”.

Desta forma, o Estado deve respeitar uma sistematização única quanto aos meios de prova constitucionalmente estabelecidos, garantindo às partes uma forma mais segura e previsível de condução do processo. O principal propósito da teoria da prova no processo penal é conduzir, de forma íntegra, o papel do Estado para que não haja lesão à dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna de 1988. É nesse sentido que leciona César Dario Mariano da Silva (2019, p. 17): “A principal finalidade da prova no direito processual penal é dirigir o poder-dever do Estado ao combate das transgressões à ordem pública elencadas na lei Penal, de modo a aplicar as sanções cabíveis e compor os conflitos existentes”.

Perpassando pelo conceito de prova, o ato de provar algo, em sentido literal, nada mais é do que demonstrar a verdade ou a autenticidade de algo com razões. Transplantando ao mundo jurídico, conforme dita César Dario Mariano da Silva (*Ibid.*, p. 16) provar alguma coisa significa demonstrar a verdade sobre aquilo, persuadindo o espírito do julgador a fim de convencê-lo do alegado.

Nesse contexto, o direito à prova no processo penal possui uma relevância fulcral no que concerne não apenas a justa causa para oferecimento da ação penal, juntamente com os seus respectivos pressupostos materiais e formais (indícios suficientes de autoria, prova da materialidade e tipicidade), mas também quanto a sua sinergia jurídica, compreendendo a busca pela efetivação do princípio da verdade real.

Com isso, pode-se dizer que a dinâmica da teoria das provas possui cada vez mais uma essência integradora no ordenamento jurídico. Sob o ponto de vista principiológico, o dever das partes em apresentar uma defesa/acusação, munidas de diversos conteúdos probatórios, proporcionará não só o caminhar natural do processo, bem como o exercício de outros princípios integradores no sistema jurídico, sejam eles os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa etc.

Sobre o tema lecionam brilhantemente os professores Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Ada Pellegrini Grinover:

O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas [...] A jurisprudência brasileira é tranquila nesse sentido, falando na imprescindibilidade de se conferirem a ambas as partes todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória. E, se tal não ocorrer, fala a jurisprudência, genericamente, em cerceamento de defesa ou de acusação. (FERNANDES; GRINOVER, 2006, p. 137-138)

Da mesma forma, conclui-se que a teoria geral da prova no processo penal possui uma alta importância para a garantia do devido processo legal. Sob o ponto de vista técnico, em cumprimento ao artigo 156 do Código de Processo Penal, deve-se lembrar que os fatos são essencialmente controvertidos e que, explicitamente, o ônus de apresentá-los incumbirá a quem os alegar. Nesse sentido, segundo César Dario Mariano da Silva (*op. cit.*, p. 18), a formação probatória diz respeito não somente à finalidade de demonstrar algo essencial para o desenvolvimento daquele processo, mas possui, também, uma finalidade social.

Destarte, admite-se que a produção probatória assevera um instrumento jurídico pautado em uma atividade meio e não em uma atividade fim, visando alcançar bens jurídicos mediatos e, por consequência, solucionar conflitos sociais para uma demanda específica, independentemente da área do Direito em que se argumenta. Por fim, caberá ao Poder Judiciário analisar os vários elementos probantes apresentados pelos litigantes e admitir



aqueles que realmente forem relevantes ao processo. Sob o mesmo ponto de vista, preleciona Marco Antonio de Barros:

Daí dizer-se que a busca pela verdade constitui atividade que converge para integral apuração do fato. Logo, descobrir a verdade é o meio e modo de comprovação da exata situação concreta em que deve incidir a norma penal a ser jurisdicionalmente aplicada. Com outras palavras podemos dizer que as provas compõem o instrumento do qual se vale o Direito para reproduzir a verdade. (BARROS, 2002, p. 113-114).

Em síntese, considerando uma evolução doutrinária e jurisprudencial, quando reafirma-se a vontade do legislador constituinte, a qual sacramenta o sistema penal acusatório no Brasil, pode-se dizer que a teoria geral das provas é um importante agente na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais definidos pela ordem jurídico-social. Ademais, Aury Lopes Júnior vai além disso e destaca que o modelo acusatório carece cada vez mais de um sistema probatório robusto, ou seja, uma relação fundamental para elucidação de um fato delituoso:

Como afirmamos anteriormente, o processo tem por finalidade buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo, fato histórico), de modo que a gestão da prova é erigida a espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema (...) Não se pretende, aqui, definir os sistemas processuais, senão recordar que a gestão/iniciativa probatória é fundante do próprio sistema. (LOPES JR., 2021, p. 405)

Nesse sentido, o ordenamento jurídico vigente, em sua essência, possui uma dialeticidade entre suas fontes normativas, fazendo com que diretrizes e fundamentos sejam estruturados de maneira cada vez mais dinâmica e, acima de tudo, garantidores de um processo penal justo e preocupado com o primado da Constituição Federal.

## **2.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO DIREITO À PROVA**

### **2.1.1 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA**

Deve-se dizer que o direito à prova no contraditório e na ampla defesa é mais do que um insito exercício a um Estado democrático de direito. Anterior à promulgação da Carta Magna de 1988, o clima instaurado na assembleia nacional constituinte era de um firme compromisso com a defesa das garantias fundamentais na democracia, justificado pelos abomináveis anos de ditadura militar no país, tendo o legislador constituinte deliberado por incluir como cláusula pétreia o direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa.

Durante o percurso de quase trinta e quatro anos da promulgação da denominada “constituição cidadã”, o Supremo Tribunal Federal, seu fiel guardião, tem exercido o seu encargo da forma mais esmerada, manifestando-se de forma cada vez mais progressista no que tange à proteção das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa frente ao direito à prova. Nesse sentido, sob uma análise estrita da jurisprudência e da doutrina, pode-se afirmar que essas são garantias as quais exigem verdadeira participação das partes em incorrer dinamicamente sobre o curso e o produto do processo.

Esse conceito apresenta uma relação simbiótica com as práticas desenvolvidas durante o andamento processual, sejam elas necessárias aos próprios interesses do autor ou do réu. Nesse sentido, narram brilhantemente os professores Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Ada Pellegrini Grinover sobre o tema:

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas. (GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, 2006, p. 137)

Em virtude disso, a jurisprudência brasileira tem sido pacífica no sentido de imperioso reconhecimento do direito à prova, conferindo às partes a maior amplitude recursal possível para que elas possam fazer uso de sua garantia constitucionalmente reconhecida. Visto isso, caso não ocorra, o entendimento seria de um nítido cerceamento de defesa ou de acusação.

De outra parte, o contraditório e a ampla defesa se desdobram em diversas peculiaridades, dentre elas, o indevido emprego de fatos que não foram anteriormente perpassados pelo crivo do juiz nos autos e, portanto, não foram expostos às partes. Nessa mesma lógica, a aplicação de provas constituídas fora do âmbito do processo ou até mesmo formadas sem a presença dos litigantes e por fim, a formação de provas sem a presença do magistrado, também são cenários ofensivos à garantia do contraditório e da ampla defesa no direito à prova. A presença concomitante de todos os sujeitos processuais na produção probatória é imprescindível para o preenchimento do requisito da validade.

Por fim, pode-se apontar que ambos os princípios constitucionais em análise pressupõem uma característica precípua de “paridade de armas” entre as partes litigantes, de

modo que essa qualidade processual seja fundamental para a condução do processo em consonância com o princípio da igualdade. Ademais, o magistrado, ao estar encoberto pelo princípio da imparcialidade, tem o dever legal de fazer cumprir as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa na fase instrutória haja vista ser ele próprio considerado apenas ouvinte naquele único momento em que são produzidas as provas, já que se envolve diretamente nos demais atos processuais.

### **2.1.2 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL**

Em conformidade com o ensaio anterior, o princípio do juiz natural, insculpido nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, estabelece uma relação coerente com a teoria geral da prova no processo penal. Segundo a doutrina majoritária, a presença de um magistrado no momento da instrução probatória é considerada condicionante primordial para validade da prova no processo penal, motivo pelo qual a presença de um juiz competente na condução dos atos processuais denota o verdadeiro compromisso do Estado em sua incumbência constitucional de tutelar a atividade jurisdicional na sociedade.

Destarte, o artigo 155 do Código de Processo Penal expressa uma justificada preocupação com a produção probatória no âmbito judicial. Nesse sentido, o legislador deliberou por privilegiar a colheita da prova em contraditório judicial afirmando que os demais informes colhidos nas fases pré-processuais deverão servir como elementos informativos e, portanto, deverá o magistrado competente recepcioná-los na forma de um *opinio delicti*.

Considerando a essência garantista da atual Constituição Federal em antítese ao ultrapassado e retrógrado Código de Processo Penal, e levando em conta os resquícios de um sistema inquisitorial, seria ilógico o Ministério Público, detentor da ação penal, ofertar uma denúncia lastreada exclusivamente em elementos informativos decorrentes de inquéritos policiais ou outros procedimentos administrativos antecedentes ao processo judicial, afrontando cabalmente o princípio do contraditório. Conseqüentemente, o insólito artigo 155 do Código de Processo Penal possui uma natureza diretiva aos magistrados que formarem suas convicções em contrário *sensu* ao texto constitucional, expondo uma natureza argumentativa e dialética do processo penal brasileiro.

### 2.1.3 DIREITO DE AÇÃO E DE DEFESA

O direito à prova possui uma sistemática atrelada à argumentação e apresentação dos fatos a serem alegados em juízo, de sorte que o enriquecimento do debate entre os sujeitos processuais demonstrará o verdadeiro grau de proximidade com a verdade real do processo. Nesse contexto, o direito à ação e à defesa assegurado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição proporciona aos litigantes uma ocasião ímpar de acompanhamento e progresso dos autos até o seu desenlace. Para que essa função seja desempenhada de maneira harmoniosa, será oportuna a utilização dos instrumentos probatórios para que se abasteçam as diretivas argumentativas.

O direito à prova nos institutos jurídicos da ação e da defesa tiveram sua origem na jurisprudência alemã e italiana onde, na metade do século XX, os magistrados europeus reconheceram o direito das partes de submeter os meios de provas ao crivo processual, o que se convencionou chamar, segundo o professor Luiz Francisco Torquato Avolio, de “*rechtliches Gehör*”. Nessa toada, Avolio afirma que a inovação jurídica feita pela jurisprudência europeia não exclui nem torna supérfluo um direito autônomo das partes de propor, por sua vez, meios de prova (AVOLIO, 2019, p. 35) e ainda esclarece:

o princípio do *rechtliches Gehör* não compreende um direito de produção de determinada de determinada prova; aquele princípio reputa-se respeitado quando as partes gozam da oportunidade de pronunciar-se sobre fatos relevantes ao julgamento. O indeferimento de um requerimento de prova não impede ao interessado de aduzir no curso da instrução sobre fato ou fatos que pretendia demonstrar através da prova que lhe foi oferecida. (TROCKER *apud* AVOLIO, p. 511)

Nessa perspectiva, pode-se dizer que, a partir dos novos entendimentos jurisprudenciais, o direito à ação e à defesa tomaram um protagonismo incomparável no mundo pós-positivista, recepcionando o direito à prova como um novo instrumento legal protagonizado unicamente pelas partes litigantes. Sobre o tema, o professor Luiz Francisco Torquato Avolio faz um interessante comparativo, na medida em que o direito à ação e à defesa demandava apenas na faculdade processual de propor os referidos meios de prova previstos no ordenamento (“*Beweisantrittsrecht*”), ao passo que a efetiva inserção dos meios de prova no processo (ou produção dos meios de prova) ficava submetida ao arbítrio do juiz. Após isso, iniciou-se o acolhimento de um elemento fundamental: o de requerer livremente as provas pertinentes à sua estratégia processual para o exercício argumentativo dos litigantes (AVOLIO, 2019, p. 36-37).

Com o passar dos anos, o pensamento europeu, analogicamente, foi sendo difundido pelos sistemas constitucionais modernos, à proporção que a roupagem jurídica dos referidos precedentes passou a ter um caráter principiológico e de cunho garantista, fazendo com que a manifestação das partes se tornasse um requisito elementar sobre a validade das provas colhidas.

#### **2.1.4 PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL**

O instituto da persuasão racional, previsto expressamente no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, está tangencialmente integrado à um conjunto de sistemas avaliativos das provas, composto por três principais sistemas apontados pela doutrina: o sistema da íntima convicção, o sistema da convicção legal e o sistema da livre convicção motivada. Neste último, insere-se em sua totalidade o princípio da persuasão racional.

Assim sendo, o sistema da íntima convicção possui uma dinâmica na qual o próprio magistrado dita a sua decisão em relação a determinado caso concreto, baseando-se em seus conhecimentos e experiências pessoais, e, assim, concretiza sua intrínseca opinião sobre determinada temática. É esse o ensinamento dos professores Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima:

As provas trazidas serão intimamente analisadas por ele, que simplesmente ditará a decisão, eximindo-se de justificar por que e como chegou a ela. Bastará decidir pela condenação ou absolvição do réu sem dar nenhuma satisfação sobre como se convenceu para chegar a essa conclusão.(BRITO, FABRETTI e LIMA, 2019, p. 183)

Levando em conta as atuais ordenações processuais, o respectivo sistema está obsoleto, notadamente em razão de seu caráter autoritário, apenas sendo adotado no Brasil pela instituição do tribunal do júri.

Por conseguinte, o sistema da convicção legal foi uma alternativa criada para tentar corrigir o sistema da íntima convicção, estabelecendo uma coordenação entre os tipos de prova existentes, para que se realize uma comparação de certo fato dentre as provas apresentadas, de modo a valorá-las. A título de exemplo, a confissão circunstanciada seria considerada a “rainha das provas”, com um altíssimo grau probatório, porém, na jurisprudência atual é expressamente vedada pela Súmula nº 545 do Superior Tribunal de

Justiça<sup>1</sup>. Nos dias atuais, o ordenamento jurídico brasileiro não assegura a valoração de provas de forma absoluta, inexistindo, portanto, o primado de certas provas sobre outras.

Desse modo, a doutrina e a jurisprudência geraram o sistema da livre convicção motivada, sendo este recepcionado pelo ordenamento jurídico atual. Nesse sistema o magistrado é compelido a motivar as suas decisões, sorvido pelo princípio da persuasão racional. É isso o que narra o artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Assim, o legislador infraconstitucional estabeleceu que, dentre as provas apresentadas em juízo, deverá o magistrado valorá-las em um conjunto, de modo a justificar as suas decisões. Nessa diretriz, o prestigiado legislador optou por balizar o campo de análise do magistrado em relação às provas, devendo este elegê-las dentre um conjunto probatório ali presente, para então decidir se aquela prova é considerada relevante para o liame do processo. Segundo afirmam os professores Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima, o magistrado deve se ater restritamente aos fatos e deduções extraíveis dos autos, e jamais emitir impressões pessoais, sob pena de se tornar suspeito (BRITO, FABRETTI e LIMA, 2019, p. 184). Nesse sentido, a prova passou a ser examinada por um modelo de avaliação única, na medida em que ponderar o seu conjunto como um todo fará com que o juiz forme livremente o seu convencimento sobre o caso.

### **2.1.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

O princípio da presunção de inocência, exteriorizado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, é considerado como um dos princípios superintendentes do Estado Democrático de Direito, conferido ao povo brasileiro como uma garantia processual e classificado como uma cláusula pétrea, de maneira que não poderá ser suprimido ou violado.

Nesse contexto, não se pode deixar de enaltecer a natureza revolucionária e disruptiva deste princípio, visto que contrapõe frontalmente o Código de Processo Penal, datado de 3 de outubro de 1941, que teve por influência o inquisitorial Código de Rocco, de 1930, na Itália.

---

<sup>1</sup>Súmula nº 545: quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, do Código Penal. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 14/10/2015, DJe 19/10/2015.

Majoritariamente, a doutrina concebe o princípio da presunção de inocência como um princípio político no ordenamento jurídico (LOPES JR., 2021, p. 103 *apud* STF. HC 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Data da publicação no DJE: 17 de fevereiro de 2016.), onde está atrelado a um sistema processual penal acusatório e, portanto, inserido no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal.

Visto isso, a presunção de inocência possui um caráter diretivo aos magistrados, influenciando forçosamente em uma orientação à condução do processo. Nesse caso, a lógica jurídica seria o juiz observar uma visão panorâmica do processo, de modo a aplicar ou garantir, conjuntamente, os princípios constitucionais existentes, inclusive no que se refere à produção probatória. Nesse sentido, narra o professor Aury Lopes Júnior sobre o tema:

Dessarte, o Brasil recepcionou sim a presunção de inocência e, como presunção, exige uma pré-ocupação (como adverte Rui Cunha Martins) nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente. (LOPES JR., 2021, p. 106)

Por fim, deve-se relacionar o princípio da presunção de inocência a um tripé dimensional normativo. Segundo Aury Lopes Júnior, o princípio da presunção de inocência pertencerá necessariamente: a uma norma de tratamento, a uma norma probatória e, finalmente, a uma norma de julgamento (LOPES JR., 2021, p. 108). Neste momento faz-se mister ater-se à presunção de inocência em sua dimensão normativa probatória, isso porque, no processo penal, a acusação toma para si a responsabilidade de demonstrar a materialidade e os indícios suficientes de autoria para imputação da conduta delitiva do réu, não oportunizando a ele uma inversão do ônus da prova, sob pena de ferir o próprio princípio da presunção de inocência.

No momento de apresentação do arcabouço probatório, deverá o Ministério Público ater-se a um critério objetivo de validade em relação a todas as provas apresentadas no curso do processo, devendo elas pertencer em obrigatoriamente ao campo da licitude e orientadas à incriminação do acusado. Em razão disso, não se pode apresentar qualquer prova, sendo imprescindível que ela esteja inserida no campo da licitude e, principalmente, em concordância com os valores e parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal e suas leis correlatas.

Finalmente, conforme já analisado anteriormente, depreende-se que o magistrado deverá se basear em provas produzidas em contraditório judicial e não unicamente em atos

investigatórios ou elementos informativos colhidos na fase pré-processual, em cumprimento ao artigo 155, caput do Código de Processo Penal, sob pena de transgredir o próprio princípio da presunção de inocência.

## 2.2. CARACTERÍSTICAS

Como visto anteriormente, o direito à prova possui um papel fundamental como instituto garantidor do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, pode-se dizer que o conceito de prova, sob uma análise sistemática do processo, nada mais é do que uma instrumentalização dos fatos narrados aos autos, com o intuito de conjecturar certa impressão ao magistrado julgador. Por isso, pode-se asseverar que há um destaque muito relevante ao papel processual das partes quando iniciam um litígio. O raciocínio lógico-jurídico seria: as partes devem narrar os fatos da maneira mais minuciosa possível, para que, posteriormente, aqueles fatos sejam convertidos em argumentos potencializadores para formação de uma prova.

Sob uma análise mais pragmática dos estudos da prova no processo penal, os doutrinadores exigem uma distinção conceitual entre fonte de prova, meio de prova e objeto de prova. Desenvolvem brilhantemente os professores Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Ada Pellegrini Grinover (2006, p. 136):“Pode-se, assim, distinguir entre fonte de prova (os fatos percebidos pelo juiz), meio de prova (instrumentos pelos quais os mesmos se fixam em juízo) e objeto da prova (o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova).”

Isto posto, no entendimento desses autores, as provas se classificam em outros três critérios estudados pela doutrina, podendo ser:

- Diretas ou Indiretas: dependerá da referência ao fato, podendo ocorrer momentaneamente sobre aquele, ou se diz respeito à outra circunstância ou elemento, que tenha conexão com o fato a ser evidenciado.
- Plenas ou semiplenas: tem relação com o nível de convicção probatória, capaz de influenciar ou não o julgador sobre sua decisão no caso concreto.

Em continuidade, toda a prova válida e de acordo com os princípios constitucionais vigentes poderá percorrer quatro principais cenários jurídicos acerca de seu exaurimento.



Essas provas poderão ser propostas, ou seja, requeridas pelas partes litigantes; além disso, elas poderão ser recepcionadas pelo órgão jurisdicionante, já tendo o magistrado declarado sobre a sua admissibilidade, em relação aos seus requisitos formais; produzidas, ou seja, incorporado aos autos e, por fim, apreciadas pelo juiz no tocante ao mérito contido naquela prova.

Em suma, o Processo Penal e sua dinâmica jurídica se organizam em prol de tutelar um bem mediato: a busca pela verdade real. O sincronismo dos sujeitos processuais e o caminhar natural do processo ao seu último ato produzirão um efeito imediato sobre o réu e principalmente sobre sua liberdade, como bem jurídico imediato, por isso há de se ter cautela com a análise probatória nos autos. Observa-se, portanto, que o cenário de produção probatória está longe de ser perfeito no Brasil, o que leva a crer que eventuais provas adúlteras ou até mesmo provas conspiratórias poderão induzir o magistrado a erro em suas decisões, inclusive, podendo levá-lo a proferir uma decisão injusta.

À vista disso, uma eventual “elasticidade interpretativa” no direito à prova, no âmbito processual penal, poderá evidenciar uma patente ilegalidade sobre uma decisão emanada pelo Poder Judiciário. Por isso, o princípio constitucional da proporcionalidade será considerado um comissário importante para equilibrar a balança da justiça no atual sistema processual penal.

### **3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

A nova ordem jurídica brasileira, com o advento da Constituição Federal de 1988, estabeleceu que nenhum direito positivado deve ser considerado absoluto ou intangível. Nessa mesma lógica, o legislador constituinte determinou que a Carta Magna ostentasse um plexo sobre os direitos e garantias fundamentais reconhecidos pelo Estado Democrático de Direito.

Deve-se dizer que a preferência do legislador constituinte em estampar um rol de direitos e garantias fundamentais na *Mater Legis* derivou de uma intenção nobre e meritória, afinal, depois de tantas supressões vividas durante o período de regime militar no país, o desígnio de uma nova ordem democrática nasceria por um anseio essencialmente garantista. Entretanto, esse legislador compreendia que não seria possível um cenário de convivência vertical entre todos aqueles direitos estampados no Capítulo I da Constituição Federal e que

seria inevitável em algum momento, sob um cenário de conflito entre eles, uma eventual supressão de alguns direitos.

Visto isso, ao longo dos anos, com a formação e consolidação de uma doutrina e jurisprudência, adotou-se uma técnica jurídica denominada sopesamento de direitos fundamentais. Isso nada mais é que um método jurídico cujo escopo é a resolução de certo conflito, baseando-se na razoabilidade e proporcionalidade, entre direitos fundamentais. Contemporaneamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça utilizam pacificamente a referida técnica, aplicando diretamente o princípio da proporcionalidade:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DIREITO À LIBERDADE PROVISÓRIA. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE, ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO, POSSE DE OBJETOS DESTINADOS À PREPARAÇÃO, PRODUÇÃO OU TRANSFORMAÇÃO DE ENTORPECENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. DENEGAÇÃO.

[...]8. A maior complexidade das relações sociais, bem como a verificação da crescente sofisticação das práticas delituosas mais graves e complexas, inclusive com o desenvolvimento de atividades por organizações criminosas, fazem com que seja essencial o sopesamento dos vários interesses, direitos e valores envolvidos no contexto fático e social subjacente. 9. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.[...] 14. Habeas corpus denegado.(STF - HC 94661, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, Data do julgamento: 30/09/2008, DJe-202, Data da publicação: 24/10/2008)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. INSURGÊNCIA CONTRA ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ. SANÇÃO DE LEI DE EFEITOS CONCRETOS. TRANSPORTE INTERURBANO. CONCESSÃO DE GRATUIDADE NA PASSAGEM DE ÔNIBUS PARA DEFICIENTES FÍSICOS POBRES. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. DIREITO HUMANO E DEMOCRÁTICO, JUSTO E LEGÍTIMO, CONFORME OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.

[...] 4. O tratamento diferenciado dispensado aos deficientes físicos configura princípio constitucional que procura, por meio de tratamento distinto, promover-lhes a integração na sociedade. O princípio da isonomia, ao invés de ser infringido, é prestigiado, conforme os postulados da igualdade material que atualmente consubstancia.5. No sopesamento de valores, diante do caso concreto, o princípio do amparo aos deficientes físicos prevalece sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, consoante os ditames da proporcionalidade(grifo meu). (STJ - RMS 13.084/CE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, Data do julgamento: 28/05/2002, Data da publicação: 01/07/2002, p. 214)

A aplicação do princípio da proporcionalidade a casos concretos requer o conhecimento de certos conceitos técnicos que a própria doutrina se encarregou de criar. Mais

precisamente, a inteligência e o emprego da técnica de sopesamento dos direitos fundamentais está dividida em alguns princípios, subprincípios e fases no direito constitucional, sendo essas ferramentas relativas ao princípio da proporcionalidade. Essencialmente, a proporcionalidade está dividida em três elementares tipos analíticos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Walter Claudius Rothenburg, a adequação, conhecida também por idoneidade ou conformidade, é a capacidade de proporcionar o alcance do objetivo pretendido ou, ao menos, contribuir para tanto, não sendo exigida uma efetiva aptidão para alcançar os objetivos previstos. Nesse sentido, entende-se necessária a possibilidade de prover ou fomentar o objetivo, ou seja, a provável idoneidade da restrição para proporcionar a finalidade desejada (ROTHENBURG, 2014, p. 98). Dessa forma, o cerne mais interessante para a formação do critério da adequação é a ideia de pertinência lógica entre o objetivo buscado e o ato jurídico realizado ou em vias de ser realizado.

O critério da necessidade, ou também chamado exigibilidade, indispensabilidade ou intervenção mínima, é o recurso no qual se analisa o mínimo de renúncia possível daquele direito, para que se possa atingir com efetividade similar o objetivo pretendido. Trata-se, portanto, de uma avaliação complexa, uma vez que exige a mínima limitação do direito e a máxima efetividade do resultado. Nesse contexto, uma comparação do critério de necessidade com os direitos fundamentais expressos pela constituição federal conjectura uma correspondência importante entre eles, impondo o mínimo de privação de alguns direitos, na dosimetria correta, para a excelência de outros. Não é, senão esse, o entendimento do professor Walter Claudius Rothenburg:

A decisão da Justiça do Trabalho em Pernambuco que não aceitava o limite de R\$ 900,00, fixado pelo Município de Petrolina, para precatórios de pequeno valor (CR, art. 100, §§ 3º e 5º), foi cassada pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu ser essa uma competência do município, que deveria ‘respeitar o princípio da proporcionalidade’, aferível, entre outros fatores, em função da capacidade orçamentária. Avaliou-se a necessidade da medida: o meio menos gravoso (ao município) e suficientemente eficaz (ao credor). (ROTHENBURG, 2014, p. 101)

O critério da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, exige a invocação do princípio da razoabilidade, sendo ele proporcional à limitação imposta, de maneira a realizar um sopesamento entre a contenção do direito fundamental a ser suprimido e a verdadeira relevância do direito fundamental sobressalente, em um cenário de colisão, de modo a

justificar a medida repressiva. Esse critério também é conhecido como o princípio da justa medida.

Essencial esclarecer que o princípio da proporcionalidade está mais próximo de um parâmetro jurídico ou de um critério propriamente dito, do que de um princípio geral do direito. Isso se justifica pelo fato da proporcionalidade não delimitar as condutas dos sujeitos envolvidos na relação jurídica, já que indica o modo pelo qual são aplicadas algumas normas. A diferença básica é que os princípios gerais do direito atuam como gerentes imperativos de certas ações jurídicas, ao passo que a proporcionalidade atua apenas como um instrumento no campo da regra ou interpretação da ciência jurídica. Sob os mesmos moldes, narra o professor Walter Claudius Rothenburg:

Enquanto as normas jurídicas referem-se a comportamentos em geral, a proporcionalidade refere-se às normas jurídicas, às relações entre elas no momento de aplicá-las (a proporcionalidade é um critério de aplicação de normas, especialmente de princípios). A proporcionalidade é um preceito ('metanorma') que estabelece 'a estrutura de aplicação de outras normas', no dizer de Humberto Ávila. Por conseguinte, as normas referem-se diretamente a comportamentos, e a proporcionalidade refere-se indiretamente a comportamentos, pois se refere diretamente às normas jurídicas que estabelecem os comportamentos. (ROTHENBURG, 2014, p. 106)

Assim sendo, em relação à sua pertinência técnica, a proporcionalidade deve ser analisada sob uma ótica de critério e não como um princípio em sentido clássico, devendo ser posicionada no ordenamento jurídico brasileiro como um regramento jurídico, para que auxilie a aplicação de outras normas ou princípios.

À luz das características relacionadas ao critério da proporcionalidade podemos dizer que, sob a ótica dos debates jurídicos existentes, a proporcionalidade possui um atributo de norma extensiva relacionada à aplicabilidade de seus efeitos ao caso concreto. Isto posto, levando em conta as normas jurídicas existentes, a proporcionalidade edificaria uma ponte entre o sentido literal da norma e a legítima efetivação dos direitos fundamentais ora presentes ao caso.

A sua verdadeira função seria ponderar a realidade de certo contexto, seja ele fático ou jurídico, para que se conduza uma solução com rigidez e solidariedade, por isso, muitas vezes, ela é confundida com o critério da razoabilidade, o qual possui origem e sistemática distinta. Nesse ponto narra Walter Claudius Rothenburg (*ibid*, p. 114): "A razoabilidade é um chamamento à sensibilidade e ao bom senso do jurista, que deve esforçar-se por captar a

expectativa jurídica da comunidade. Exigências de coerência e realidade, contudo, integram a aplicação do critério da proporcionalidade”.

Importante ressaltar que, conforme afirma Rothenburg, o critério da proporcionalidade não deve ser apresentado em um atributo unicamente retórico, de maneira a possuir uma roupagem vaga em relação ao seu conteúdo, sob pena de perverter a sua qualidade.

Por fim, considerando uma análise doutrinária sobre a natureza jurídica do critério da proporcionalidade, é mister a menção à existência do sério debate sobre a sua verdadeira derivação jurídica. Há doutrinadores que defendem esse princípio como uma exteriorização do princípio da razoabilidade, a exemplo do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, e há doutrinadores, a exemplo do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do professor Willis Santiago Guerra Filho e do professor Humberto Ávila, que vislumbram uma autossuficiência do critério da proporcionalidade como atributo de norma constitucional, assemelhado à construção dogmática alemã, sendo ele oriundo do Estado Democrático de Direito ainda que expresso de maneira implícita na Constituição Federal (AVOLIO, 2019).

### **3.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL ALEMÃO**

A concepção do princípio da proporcionalidade, da forma que é utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, possui raízes no direito alemão ainda sob um contexto de formação do direito prussiano no curso do século XVIII. Desde o início da República de Weimar até o final da década de 1950, “*Verhältnismäßigkeit*” ou proporcionalidade, obtinha status jurídico de princípio da “necessidade” no ordenamento jurídico alemão. Durante esse período, a proporcionalidade era utilizada como um instrumento acessório de controle aos atos administrativos emanados pela Administração Pública alemã, mais precisamente em ordens administrativas lastreadas em ações coativas, com o intuito de impor o cumprimento da lei e da segurança a ordem pública.

Após o ano de 1950, a proporcionalidade ganhou uma nova fardagem no que concerne ao seu status jurídico, passando a ser reconhecido como princípio constitucional vinculante não só ao Poder Judiciário tedesco, mas a todos os poderes constitucionais existentes. Segundo o professor José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 48), em referência expressa ao “*Rechtsstaatsprinzip*” ou Princípio do Estado de Direito, o Tribunal Constitucional Federal da

Alemanha já deliberou sobre a função do princípio da proporcionalidade na ordem constitucional, ao decidir que: “(...) deriva do princípio do Estado de Direito, em substância da natureza mesma dos direitos fundamentais, os quais – podem ser limitados pelos poderes públicos somente na medida em que seja necessário para a tutela do interesse público”.

Visto isso, o critério da proporcionalidade é considerado um agente finalístico da formação constitucional do Estado de Direito, tendo como imprescindível funcionalidade o respeito e a defesa aos direitos fundamentais. Não obstante, sob uma análise histórico-fática, o legislador constituinte elevou a proporcionalidade ao *status* de princípio, com o intento de acrescentar mais um instrumento jurídico ao arsenal de defesa dos direitos fundamentais, exibindo uma resposta simbólica à todos os anos de regime nazista, onde esses direitos eram considerados ilusórios.

Por esse contexto, conforme analisamos no tópico anterior, a doutrina e a jurisprudência alemã formularam três principais diretrizes integrantes ao princípio da proporcionalidade objetivando a funcionalidade e a operabilidade do referido princípio no mundo jurídico, quais sejam: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, as controvérsias mais atuais sobre a aplicação do critério da proporcionalidade no direito alemão estão atreladas a uma noção de manutenção deste princípio no sistema jurídico atual. Existem duas vertentes questionadoras de sua funcionalidade, uma delas crítica veementemente a sua função jurídica de controle dos atos legislativos, sob justificativa de que o legislador já possui uma autonomia suficiente para o desempenho de suas ações finalísticas, o que tornaria desnecessário o exercício do “poder de polícia” via critério da proporcionalidade.

Já a outra vertente afirma que o critério da proporcionalidade não deveria se submeter em todo o tempo à garantia e defesa dos direitos fundamentais, e sim focalizar os seus esforços no controle e imposição de limites à atividade administrativa. Nessa corrente, os doutrinadores entendem que o princípio do Estado de Direito, com o propósito maior de realizar justiça ao caso concreto, impõe prudência ou sopesamento de todos os interesses presentes no conflito, de sorte que se utiliza dos critérios de adequação e necessidade na noção mais extrema de garantia, podendo inclusive o critério da proporcionalidade ser

aplicado a direitos não previstos na Constituição, como uma justa providência. Nesse sentido, o professor José Roberto Pimenta Oliveira narra uma importante análise sobre o tema:

O Estado de Direito implica a garantia do exercício das competências tal como constitucionalmente configuradas e, nesta exata medida, se há o exercício de competências que implique sacrifício de interesses públicos em conflito, impõe-se a observância da proporcionalidade. [...] É interessante destacar que tais ilações permanecem dentro de parâmetros garantísticos, no sentido de que a proporcionalidade, numa vasta acepção, existe para salvar direitos do risco de intervenções inadequadas, desnecessárias ou intoleráveis. (OLIVEIRA, 2006, p. 60)

Posto isso, deve-se destacar que, a partir da doutrina e jurisprudência formada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, agregou-se, excepcionalmente, a noção de razoabilidade ao princípio da proporcionalidade. Os estudiosos e a corte constitucional alemã já decidiram no sentido de que o binômio necessidade-adequação é um método suficiente para se chegar a uma finalidade desejada, sendo certo que, a depender da complexidade do caso, a restrição imposta pelo critério da razoabilidade deve estabelecer um equilíbrio entre a autonomia de ambos os princípios.

Deste modo, há uma diferença formal entre ambos os princípios. Ao passo que o princípio da proporcionalidade oferece um arquétipo mais voltado para objetividade, ou seja, focado nas relações jurídicas entre meios e fins daquele conflito, a noção de razoabilidade promove um modelo mais canalizado para a subjetividade do caso em concreto, considerando as suas particularidades e o seu contexto individual.

Em síntese, o princípio da proporcionalidade, sob o convés da dogmática constitucional alemã, exprime em sua função jurídica um importante operador do “*due process of law*”, um instrumento enunciador do Estado Democrático de Direito e que tem a finalidade combativa de reprimir os excessos aos atos administrativos que se encontram em desconformidade com a Lei Fundamental, cuja finalidade é o respeito maior pela dignidade da pessoa humana. Mais ainda, quando se trata de Processo Penal, há de se ressaltar que o bem jurídico maior a ser protegido é a liberdade, classificada como bem indisponível e imediato, de jeito que apenas uma condução correta do processo, ou seja, com respeito aos limites impostos pela Constituição Federal é que se alcançará um resultado justo ao conflito suscitado. Nessa perspectiva, defeso o critério da proporcionalidade como instrumento auxiliador, para que o magistrado responsável pela análise do arcabouço probatório apresentado nos autos possa decidir se aquela prova interferirá ou não no mérito do caso, mesmo sabendo de sua procedência ilegítima ou ilícita.

#### 4. PROVAS ILÍCITAS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Constituição brasileira de 1988 adotou uma terminologia específica para tratar das provas ilícitas no ordenamento jurídico. Dessa forma, redigiu o enunciado previsto no artigo 5º, inciso LVI: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Nesse sentido, em análise ao dispositivo anterior, observa-se que o legislador constituinte optou por inadmitir as provas obtidas por meio ilícito no processo, de maneira a classificá-lo como cláusula pétreia, garantia constitucional máxima no ordenamento jurídico brasileiro.

No decorrer dos anos, por intermédio de um intenso debate doutrinário sobre o tema, foi definida a diferenciação entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Segundo o direito comparado e uma confrontação simplória dos seus conceitos, a prova ilegítima é toda e qualquer prova que agride as normas processuais, ao contrário da prova ilícita ou obtida ilicitamente, que é aquela cativada pela transgressão a outras normas ou princípios do direito material. Comparativamente, às provas ilegítimas possuem características próprias no que diz respeito às sanções equivalentes a cada violação, podendo ser encontradas na respectiva lei processual. Quanto às provas ilícitas, normalmente estão vinculadas a uma questão de ordem constitucional, seja ela relacionada às liberdades públicas ou a outras garantias fundamentais, possuindo correções específicas, incluindo sanções penais a depender do caso em concreto.

Entende-se, portanto, que a evolução do conceito de provas ilícitas foi muito importante para o desenvolvimento do processo como um todo, notadamente naquilo que diz respeito ao processo penal. Partindo desta gênese, há dois institutos que colocariam em xeque o sistema de vedações probatórias: o princípio do livre convencimento do magistrado e a busca pela verdade real no processo penal. Ambos são considerados agentes garantidores da constituição federal e do Estado Democrático de Direito, porém notou-se que suas implicações processuais poderiam reverberar no equilíbrio de todos os interesses presentes, de forma que sempre penderia para o ideal da busca pela verdade no processo, mesmo que lastreada em meios ilícitos. É esse o entendimento do professor Luiz Francisco Torquato Avolio sobre o tema:

Esses autores, extremamente devotados à concepção da busca pela verdade real, colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão só existência



de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo. (AVOLIO, 2019, p. 49)

Tendo isso em conta, o desenvolvimento doutrinário sobre a admissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro foi muito importante para enriquecer o raciocínio e o pensamento crítico do jurista que naturalmente se ater à letra fria do inciso LVI, do artigo 5º da Constituição Federal. Dessa forma, sob uma análise sistemática, é importante salientar que o descumprimento a uma eventual norma legal não implicará em uma direta ilicitude da prova.

Sobre isso, existe uma distinção quando se viola um meio de obtenção da prova e quando se viola uma norma processual. Ao se infringir um meio de obtenção da prova, consequentemente se violará um direito material, gerando uma inequívoca transgressão no âmbito penal, cível e até administrativo. Já quando há uma violação de norma processual, essa não levará a uma ilicitude daquela prova, no máximo a uma nulidade processual. Segundo narra o professor César Mariano da Silva, se o resultado de violação a qualquer norma legal resultasse em uma inadmissibilidade formal, não existiria o instituto da nulidade no processo, de jeito que qualquer descumprimento ao dispositivo normativo resultaria em uma ilicitude probatória (SILVA, 2019, p. 26).

É de suma importância ressaltar que existem entendimentos na jurisprudência brasileira (ainda que não pacíficos), inclusive o do professor Aury Lopes Júnior, no sentido de que são admissíveis provas materialmente ilícitas a partir da chamada proporcionalidade *pro reo*. Segundo essa lógica, entende-se que há uma racional ponderação entre o direito à liberdade de um inocente em relação a um sacrifício de um direito na obtenção ilícita daquela prova. Nesse sentido, essa colheita de prova, ainda que ilícita, muito possivelmente resultaria na absolvição daquele réu, não podendo em hipótese alguma ser ignorada, sob pena de violar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ademais, à luz da teoria penal clássica e da tese defendida por esse autor, o réu que obtém uma prova pertencente ao campo da ilicitude e que efetivamente consegue demonstrar que aquela era a sua única forma de expor sua inocência, pode-se valer da excludente de legítima defesa ou estado de necessidade, de acordo com o caso em concreto. A doutrina também não descarta eventual tese de inexigibilidade de conduta diversa, ainda que pertencente ao campo da culpabilidade. O efeito prático seria o afastamento da conduta ilícita e consequentemente aquela prova, por meio da excludente, de modo a autorizá-la no processo.

Em síntese, é incontestável a importância das provas ilícitas no direito processual penal brasileiro, mesmo considerando o rígido posicionamento da Constituição Federal. Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência souberam cumprir o seu papel de construção de um entendimento mais inteligível e humano sobre a referida temática, possibilitando um processo penal cada vez mais justo e preocupado com as garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

#### **4.1 A ILICITUDE DAS PROVAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL ALEMÃO**

Compreender o princípio da busca pela verdade real no processo penal é um fundamento basilar para o entendimento da admissibilidade das provas ilícitas, não apenas no ordenamento jurídico brasileiro, mas também em outros sistemas jurídicos. Por isso, deve-se dizer que há relevante discussão doutrinária sobre o papel das liberdades públicas e sua valoração social, principalmente no que diz respeito ao direito comparado e suas respectivas discussões acadêmicas. Segundo os estudos, constatou-se que houve nítida evolução em relação aos mais diversos ordenamentos jurídicos existentes e que, simultaneamente, foi acompanhada por uma pluralidade de requisitos sobre a admissibilidade das provas ilícitas, considerando ainda que cada ordenamento jurídico possui suas especificidades doutrinárias e jurisprudenciais, sob a metodização jurídica da “*common law*” ou da “*civil law*”.

Na Alemanha a evolução jurídica desta temática ocorreu mediante a abolição das constituições estaduais (“*Länder*”), ainda existentes, e a consequente difusão da Lei Fundamental (“*Grundgesetz*”) entre todos os estados federais unificados no ano de 1990. Anteriormente, ainda se aplicavam critérios jusnaturalistas à análise das normas jurídicas, de jeito que existia no âmbito do processo penal uma preponderância da supremacia do interesse público em relação à busca pela verdade real no processo.

Sobre esse entendimento e considerando que o processo penal carece de uma garantia palpável dos direitos fundamentais do indivíduo, a doutrina e a jurisprudência alemã entenderam que o propósito do Estado era o de assegurar os direitos do homem, como garantia máxima para a sociedade contemporânea. Em razão disso, o legislador alemão optou por fazer uma reforma em seu Código de Processo Penal (“*Strafprozessordnung*”), incluindo, explicitamente, a utilização em juízo de meios probatórios obtidos de forma ilícita. Ainda assim, existe jurisprudência do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (“*Bundesgerichtshof*”), no sentido de que o preceito da dignidade da pessoa humana estaria

estampado na referida norma jurídica. Nesse entendimento, assevera o professor Luiz Francisco Torquato Avolio:

Como desdobramento dessa nova orientação, chegou-se às premissas para a valoração unitária do fenômeno das provas ilícitas, em causas penais ou civis. Em segundo lugar, reafirma-se a vinculação dos *grundrechte* às relações entre particulares e, ainda, reforçando a obrigação do juiz de empenhar-se pela sua imediata atuação, reconhece-se explicitamente a possibilidade de dessumir proibições probatórias diretamente da Constituição, independentemente de uma prévia configuração sob o plano legislativo ordinário. (AVOLIO, 2019, p. 54)

Posto isso, o legislador tedesco optou por explicitar a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental do homem, incluindo nele o direito à utilização de provas ilícitas. Diante disso, o magistrado pode se valer da sua discricionariedade para empregá-la, bem como os particulares podem se utilizar de uma faculdade processual, objetivando um destaque ao princípio da paridade de armas no processo penal.

#### **4.2 A JURISPRUDÊNCIA CONTEMPORÂNEA NA UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS – HC 164.493/PR**

A utilização de provas ilícitas no processo penal se apresenta de diversos aspectos no ordenamento jurídico brasileiro. Com o passar dos anos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ganhou um destaque importante no sentido de relativizar a ilicitude da prova, inclusive demonstrando proteção integral às liberdades do réu. Imperioso apontar que, mais recentemente, o plenário da Suprema Corte Brasileira, no teor do HC 164493 do Estado do Paraná, proferiu uma decisão influente no que diz respeito ao tema das provas ilícitas no processo penal.

O *writ* faz menção aos diálogos obtidos no curso da Operação “*Spoofing*”, conduzida pela Polícia Federal em 23 de julho de 2019, que dizem respeito a uma série de mensagens de texto trocadas entre Procuradores da República e o ex-juiz federal, Sérgio Moro. Os diálogos divulgados indicam que o então juiz federal delimitava os atos da acusação e operava de forma conjunta com o referido órgão ministerial, ao tempo que eram responsáveis, respectivamente, pelas acusações e julgamentos das ações penais contra o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Por isso, salienta-se um importante debate em relação ao uso desses diálogos, de sorte que existiu dúvida sobre a procedência dessas mensagens, tangenciando o tema das provas ilícitas no processo penal.

No teor do acórdão, o próprio relator do caso reafirmou o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que se deve fornecer maior proteção às liberdades do réu no processo penal, podendo isso justificar uma admissão à ilicitude de certa prova apresentada aos autos. À vista disso, levando em conta o direito de defesa do réu, o acórdão caminha no sentido de admitir a prova ilícita considerando o critério de proporcionalidade. Ainda sobre o tema, o professor Alexandre de Moraes expõe o quanto segue:

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização. (MORAES, 2009, p. 111)

Nesse contexto, o relator do caso, Ministro Luiz Edson Fachin, ponderou pelo emprego do juízo da proporcionalidade ao entender que, eventual ilicitude em relação a natureza jurídica dessas provas, bem como outras condutas realizadas pelos membros do *Parquet*, encarregados de promover a ação penal contra o ex-Presidente da República, e do juiz federal encarregado, seria o fiel da balança quando de sua aplicação para resguardar os direitos fundamentais do paciente. Na síntese de seu raciocínio, o Ministro Edson Fachin afirma:

Em resumo, não obstante a indiscutível força normativa do art. 5º, LVI, da Lei Maior, reputo que tal previsão constitucional, a rigor, constitui uma garantia do cidadão em face do *jus puniendi* estatal, devendo ser relativizada sempre que estiver em jogo o direito à ampla defesa e o princípio da presunção de inocência, como ocorre na espécie. (STF– HC 164493/PR. Rel. Ministro Edson Fachin, Redator do Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 23/03/2021, Data da publicação: 04/06/2021. p. 253)

Em continuidade, o relator ainda realça a natureza ilícita da prova apresentada, e, que, segundo ele, não existem quaisquer dúvidas sobre o seu conteúdo, ainda que ilicitamente colhidas, com o intuito apenas de reforçar a argumentação jurídica de suspeição ao ex-juiz federal. Em contrapartida, o julgamento seguiu ao voto vista do ministro Nunes Marques, no qual fez uma análise oposta sobre a temática.

Sob uma análise mais formal da Constituição Federal, o ministro Nunes Marques, durante seu voto, narrou sobre o cabimento dos diálogos à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, advindo do Direito Norte-Americano, ponderando, ainda, que, ao admitir as provas ilícitas narradas, estaria em formação uma cultura de incentivo às provas ilícitas, e,

consequentemente, um incentivo à prática de crimes. O ministro ainda afirma que não haveria mais segurança jurídica sobre a garantia do direito constitucional à intimidade e a liberdade, razão pela qual a prova não deveria ser objeto de materialidade para sustentar o pedido de suspeição de Sérgio Moro.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal e sua jurisprudência corrente sacramentaram a importância do princípio constitucional da ampla defesa aplicado ao critério de proporcionalidade no âmbito das provas ilícitas no processo penal. Nesse viés, a Corte Suprema interpretou os dizeres da Constituição Federal e do Código de Processo Penal sob a égide da proteção ao devido processo legal, de modo que se anteponha às liberdades públicas frente ao punitivismo equivocado perpetrado pela máquina estatal.

## **6. CONCLUSÃO**

A tônica das provas ilícitas no processo penal brasileiro possui um atributo essencialmente rígido sob o ponto de vista da Constituição Federal e do Código de Processo Penal. Nesse viés, a teoria da proporcionalidade deve ser implementada como uma ferramenta muito importante para a regulação do Estado Democrático de Direito, principalmente no que concerne ao Processo Penal e as suas garantias fundamentais correspondentes.

Nos estudos da ciência penal e processual penal, as liberdades públicas são apontadas como um bem jurídico primordial para que se dê observância ao devido processo legal. Nesse sentido, o Poder Judiciário tem a responsabilidade e o dever institucional para realização de um julgamento justo e pautado pelos princípios e ferramentas expostos pela Lei Maior. Portanto, para que se tenha um progresso jurídico em relação a implementação dessas ferramentas institucionais, a jurisprudência e a doutrina dispuseram de uma postura muito expressiva sobre a aplicabilidade do critério da proporcionalidade no Brasil, alertando, inclusive, sobre sua incidência na disciplina da teoria geral das provas na seara processual penal.

Conforme exposto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem uma jurisprudência pacífica no sentido de admitir provas ilícitas em benefício específico do réu. Nesse contexto, a incidência prática da proporcionalidade resguardaria a técnica de sopesamento de direitos fundamentais, a qual é amplamente recepcionada, tanto na doutrina constitucional, quanto na jurisprudência pátria. Sob uma abordagem jurídica, o

magistrado que contrariar o dispositivo previsto no inciso LVI, do artigo 5º da Lei Fundamental, não estaria transgredindo propriamente o texto constitucional, desde que, a depender do caso em concreto, aquela situação demonstrada seja eivada de um cenário despótico ou injusto àquele réu, considerando, portanto, todos os atos jurídicos processuais realizados até então.

Em consequência, defeso o princípio da presunção de inocência ao se legitimar técnicas processuais que potencialmente escoariam para a absolvição de um determinado réu. Portanto, ao se admitir uma prova essencialmente ilícita, desde que respaldada por fundamentos técnicos-jurídicos, esta serviria como uma concreção a um processo penal mais humano e democrático, evitando arbitrariedades e injustiças em um ordenamento jurídico abrilhantado por suas garantias fundamentais.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas** – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca pela verdade no processo penal** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: abril de 2022.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil.1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: abril de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* (HC) 94661. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Alegação de excesso de prazo. Falta de fundamentação. Direito à liberdade provisória. Relaxamento da prisão em flagrante. Crimes de tráfico de entorpecente, associação para fins de tráfico, posse de objetos destinados à preparação, produção ou transformação de entorpecente. Garantia da ordem pública. Aplicação da lei penal. Justa causa para a ação penal. Denegação. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, Data do julgamento: 30/09/2008, DJe-202, Data da publicação: 24/10/2008). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2355/false>. Acesso em: 04/04/2022.

BRASIL. Recurso em Mandado de Segurança (RMS) 13.084/CE. Constitucional e administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança coletivo. Insurgência contra ato do governador do estado do Ceará. Sanção de lei de efeitos concretos. Transporte interurbano. Concessão de gratuidade na passagem de ônibus para deficientes físicos pobres. Inexistência de inconstitucionalidade. Ausência de direito líquido e certo ao reequilíbrio econômico-

financeiro do contrato administrativo. Direito humano e democrático, justo e legítimo, conforme os preceitos constitucionais. Relator: Ministro José Delgado, primeira turma, Data do julgamento: 28/05/2002, Data da publicação: 01/07/2002, p. 214).Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200100475795](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200100475795). Acesso em: abril de 2022.

BRASIL. *Habeas Corpus* (HC) HC 164.493 PR 0081750-08.2018.1.00.0000. Paciente: Luiza Inácio Lula da Silva. Relator: Edson Fachin. Data do Julgamento: 08/03/2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1177640955/habeas-corpus-hc-164493-pr-0081750-0820181000000>. Acesso em: abril de 2022.

BRITO, Alexis Couto de. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª Ed - São Paulo: Editora Atlas, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **As nulidades no processo penal**. 9 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – São Paulo: Editora Atlas, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro** - São Paulo: Malheiros, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Coordenação de André Ramos Tavares e José Carlos Francisco. **Direitos fundamentais** – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 8ª edição revista e atualizada – Curitiba: Juruá, 2019.



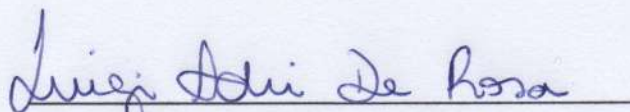
## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Luigi Adri De Rosa

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 4170074-0, período Noturno, turma 10R, tendo realizado o TCC com o título: A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na utilização de Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro, sob a orientação do Professor: Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 16 de maio de 2022.

  
Assinatura do discente