



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
BRUNNO FERREIRA TINÔCO**

**ADMISSIBILIDADE DO USO DE PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE*:
princípio da proporcionalidade na ponderação entre direitos do réu e da vítima**

**Juiz de Fora
2013**

BRUNNO FERREIRA TINÔCO

**ADMISSIBILIDADE DO USO DE PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE*:
princípio da proporcionalidade na ponderação entre direitos do réu e da vítima**

MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO,
apresentada pelo acadêmico Brunno Ferreira Tinôco
ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora, como um dos
requisitos à obtenção de grau como bacharel em
Direito, sob a orientação do Professor Mestre
Cristiano Álvares Valladares do Lago

Juiz de Fora

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO
BRUNNO FERREIRA TINÓCO

ADMISSIBILIDADE DO USO DE PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE*:
princípio da proporcionalidade na ponderação entre direitos do réu e da vítima

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como um dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ / ____ / ____ .

Prof. Mestre Cristiano Álvares Valadares do Lago (Orientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Doutor Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora
2013

Aos meus amados pais, pelo exemplo de vida e dedicação, por nunca medirem esforços para que eu possa chegar até onde quiser. Minha querida irmã Ênnali, que me enche de orgulho, pela amizade, e por ser a pessoa que mais me entende nesse mundo. Minha Karine, inspiração à carreira jurídica, pelos ótimos anos que se passaram e pelos que ainda estão por vir. Meus nobres professores da Faculdade de Direito da UFJF, por todos os ensinamentos, pela dedicação e excelência. Meus colegas de faculdade e amigos, pelo grande companheirismo.

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade analisar a possibilidade de utilização das provas ilícitas no processo penal, ainda que em desfavor do réu, quando os direitos violados estiverem em consonância com o Princípio da Proporcionalidade. Analisa-se, portanto, se as provas ilícitas *pro societate* estão em conformidade com a ordem constitucional brasileira. Para tanto, mister se faz abordar o instituto das provas e seus diversos aspectos, bem como alguns dos princípios que regem a produção probatória. Discorre-se acerca das provas ilícitas, da proibição constitucional de seu uso, e da aprovação doutrinária e jurisprudencial quando do seu uso em favor do réu. Importante também explanar acerca do Princípio da Proporcionalidade para, posteriormente, se fazer uma relação entre este postulado e a possibilidade de uso das provas ilícitas *pro societate*, a depender dos direitos em choque.

PALAVRAS-CHAVE: Provas no Processo Penal. Princípio da Proporcionalidade. Provas Ilícitas. (In)admissibilidade. *Pro Reo. Pro Societate.*

ABSTRACT

This work's goal is to verify the possibility of using illegal evidence in the criminal process, even if against the defendant, according to the Adequacy Principle and the violated rights. We will analyze if illegal evidence against the defendant are in accordance with the Brazilian Constitutional order. For that, it is necessary to talk about general evidences and its aspects, in order to move onto illegal evidences and the constitutional prohibition of its use. The studies that admit illegal evidence in favor of the defendant will be used to verify if it could also be possible when against the defendant. We will also explain the most important principles that regard evidence production in the criminal process, emphasizing the Adequacy Principle, and the possibility of using it to compare which of the violated rights is most important, which would permit the use of the illegal evidence even if against the prosecuted.

KEYWORDS: Evidence in the Criminal Process. Adequacy Principle, Illegal Proof. Admissibility. In Favor of the Defendant. Against the Defendant.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
I PROVAS NO PROCESSO PENAL.....	11
I.I Conceito e Finalidade.....	11
I.II Fontes de Prova. Meios de Prova. Elementos de Prova.....	12
I.III Objetos da Prova.....	13
II PROVAS ILÍCITAS.....	14
II.I Noções Gerais.....	14
II.II Provas Ilícitas por Derivação.....	14
III PRINCÍPIOS E INSTITUTOS PROCESSUAIS PENAIS ATINENTES AO USO DAS PROVAS ILÍCITAS <i>PRO SOCIETATE</i>.....	19
III.I Princípio da Vedação do Uso das Provas Ilícitas.....	19
III.II Princípio da Verdade Real.....	21
III.III PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	22
IV DO APROVEITAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS.....	28
IV.I Prova Ilícita <i>Pro Reo</i>	28
IV.II <i>PROVA ILÍCITA PRO SOCIETATE</i>	30
IV.II.I Correntes Contrárias à Proporcionalidade e à Prova Ilícita <i>Pro Societate</i>	35
IV.III VIABILIDADE E NECESSIDADE DE ACEITAÇÃO DA PROVA ILÍCITA <i>PRO SOCIETATE</i>	36
CONCLUSÃO.....	39
BIBLIOGRAFIA.....	42

INTRODUÇÃO

A história política brasileira, seguindo a tradição mundial, vive atualmente um período de consolidação do novo modelo democrático de governo, instaurado com a Constituição Federal de 1988.

O Estado Democrático de Direito brasileiro é fruto de pressão política popular, e insatisfação pelo regime ditatorial adotado por diversos países durante as duas grandes guerras mundiais.

A “Constituição Popular”, portanto, advém da necessidade de se estabelecer certas garantias e direitos invioláveis ao ser humano, de modo a não permitir ingerências estatais abusivas na esfera privada dos indivíduos.

Surgem então certos direitos ditos fundamentais, elencados de forma exemplificativa na Carta Magna, respaldados em prerrogativas de inviolabilidade, sendo que só seria possível a sua quebra em situações de extremíssima necessidade e excepcionalidade, respeitados diversos procedimentos metodológicos.

É o caso, portanto, do Título II da Constituição Federal, que abarca os Direitos e Garantias Fundamentais. Mais especificamente, no que concerne ao presente trabalho, apresenta-se o **art. 5º, LVI, CF**, que dita, in verbis:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se** aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **invulnerabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:**

(...)

Inciso LVI: **são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.**

(Grifou-se)

A análise do dispositivo supra permite infirmar que se buscou reprimir os desrespeitos aos direitos mínimos dos indivíduos, garantindo-lhes um invólucro de invulnerabilidade. Trata-se da proibição à utilização de provas obtidas com desrespeito a direitos e garantias fundamentais.

A doutrina majoritária e, *quicá*, pacificada, defende a aplicabilidade do

Princípio da Proporcionalidade no estudo da norma constitucional acima citada, o que levaria a uma interpretação extensiva da mesma, buscando sua compatibilização com os diversos outros preceitos fundamentais. Esse procedimento acarretaria, em última análise, na possibilidade de se admitir o uso de provas ilícitas quando estas vierem a beneficiar o réu, comprovando, por exemplo, sua inocência ou outro instituto penal a ele benéfico. Primar-se-ia, portanto, pela liberdade, e pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Surge então a necessidade de se vislumbrar o mesmo Princípio da Proporcionalidade, para que seja proceda à indagação acerca de ser ou não possível o uso das provas obtidas por meios ilícitos, quando para beneficiar a vítima do crime e a sociedade, ou seja, se seria possível admitir provas ilícitas quando seu uso se der em desfavor do réu.

O presente estudo, ciente do entendimento deveras respeitável, e já intensamente difundido, que admite o uso da prova ilícita *pro reo*, busca verificar a viabilidade de se expandir esse entendimento no sentido de considerar a salvaguarda de outros direitos igualmente importantes e não igualmente respeitados pelo direito penal brasileiro: os direitos das vítimas de ilícitos abarcados pela Legislação Penal Brasileira – aqui, tratando-se tanto da vítima direta, aquela que perde a vida, que tem o bem subtraído, etc., quanto da vítima indireta, a sociedade como um todo, que tem o direito de habitar um ambiente seguro e pacífico –, aplicando-se as provas ilícitas *pro societate*.

Visando esta finalidade, tratar-se-á primeiramente do instituto das provas no processo penal brasileiro, conceituando-o, e apresentando fatores a ele inerentes, como fontes, meios, elementos e objetos de prova.

O próximo passo será abordar mais detalhadamente as provas ilícitas, delineando noções gerais e abarcando as provas ilícitas por derivação.

Adiante, apresentar-se-á alguns dos princípios mais importantes ao tema do presente trabalho, como o Princípio da Vedação do Uso de Provas Ilícitas, o Princípio da Verdade Real e, com bastante ênfase, o Princípio da Proporcionalidade.

No quarto capítulo, discorrer-se-á sobre as correntes que defendem o aproveitamento das provas ilícitas, tratando da doutrina que admite a aplicação *pro reo*, já bastante pacificada, para posteriormente se apresentar a corrente que também considera razoável o uso de provas ilícitas *pro societate*, com base na ponderação de direitos através do Princípio da Proporcionalidade. Tomaremos ainda um subtópico destinado a rebater, desde já, argumentos daqueles que criticam o uso do Princípio da Proporcionalidade e o uso de provas ilícitas. E ainda, um tópico destinado a apresentar uma visão mais pessoal acerca da viabilidade de se admitir as provas ilícitas *pro societate*.

A conclusão do trabalho será no sentido de se constatar que o sistema jurídico brasileiro é compatível com o uso de provas obtidas por meios ilícitos, mesmo que em desfavor do réu, beneficiando-se assim a sociedade e a vítima direta do delito.

Analisar-se-á, portanto, se as provas ilícitas *pro societate* estão em conformidade com a ordem constitucional brasileira, tomando-se como perspectiva de aproveitamento das provas ilícitas, o Princípio da Proporcionalidade na visão do autor alemão Robert Alexy, a ser usado pelo magistrado, no caso concreto.

I PROVAS NO PROCESSO PENAL

I.I CONCEITO E FINALIDADE

Provas são os métodos utilizados pelas partes no intuito de demonstrar a verdade real acerca de acontecimentos fáticos – ocorridos e alegados –, formando assim o convencimento do juiz.

No Processo Penal, tendo em vista que as alegações das partes são quase sempre controvertidas, as provas objetivam reconstituir uma situação de fato, para que seja possível ao magistrado auferir materialidade e autoria delitiva, e de forma justa, atribuir pena aos violadores das normas penais, cumprindo-se assim as funções da persecução criminal – retributiva, preventiva e ressocializadora.

Conforme elucida Fernando Tourinho:

Prova é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la (...). Entendem-se, também, por provas, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 2009, p.213)

Guilherme Nucci explica os diversos sentidos que o termo “provas” pode abarcar, como se vê:

Existem três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, Guilherme de Souza, 2007, p. 351)

Tomar-se-á, para o presente estudo, principalmente, a segunda acepção

do termo “prova” estabelecida por Nucci, qual seja, “prova” como “meio”, como o instrumento pelo qual se expõe a verdade sobre os fatos alegados, para influir na opinião do terceiro imparcial, julgador da ação penal, para que possa formular seu livre convencimento, da forma mais próxima da verdade real, condenando ou absolvendo, de forma motivada, o réu.

I.II FONTES DE PROVA. MEIOS DE PROVA. ELEMENTOS DE PROVA

Fontes de prova são os fatores que permitam ao Juiz tomar conhecimento acerca dos fatos relevantes à formação de sua convicção. Dão origem aos meios capazes de fazer o magistrado infirmar os acontecimentos fáticos. Como exemplo, citam-se as pessoas ou coisas das quais se possa conseguir a prova, como uma *notitia criminis*.

Fontes de prova são “os fatos percebidos pelo juiz”, enquanto meios de prova “são os instrumentos pelos quais os mesmos se fixam em juízo” (GRINOVER, 1998, p. 118).

Meios de prova seriam então as vias úteis à configuração da verdade real, podendo ser lícitos ou ilícitos. Os primeiros, aqueles admitidos pelo ordenamento jurídico, ao passo que os últimos são os proibidos, por afrontarem a ordem jurídica e violarem princípios e valores sociais. Os meios de prova ilícitos, cujas evidências foram obtidas mediante a prática de delitos, a violação de princípios constitucionais e garantias processuais, são inadmitidos no processo e, portanto, uma limitação ao princípio da liberdade probatória.

Meios de prova são, em última análise, os instrumentos utilizados à introdução dos elementos de prova no processo, ou seja, os mecanismos que possibilitam o conhecimento acerca dos fatos relevantes. Cita-se, a título de exemplo, uma testemunha, um documento, dentre outros.

Elementos de prova, de acordo com Denilson Feitoza (2010, p. 717), “são todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção da entidade decisora (juiz, tribunal, etc.)”. Aqui se pode citar, como exemplo de elemento de prova, o resultado de uma perícia, ou o teor de um documento.

I.III OBJETOS DA PROVA

Objetos da prova são os fatos pertinentes e relevantes ao processo, aqueles capazes de influenciar o magistrado na decisão final.

Tomando por termo o princípio da economia processual, ressalta-se que não são todos os fatos merecedores de alcance pela atividade probatória, mas somente os capazes de levantar dúvidas na sua configuração, e com relevância para a obtenção da verdade real e para o deslinde do feito criminal.

Não dependem de prova, portanto, fatos notórios, fatos axiomáticos ou intuitivos, fatos inúteis ou irrelevantes, fatos incontroversos, presunções legais, não constituindo, estes, objetos da prova.

II PROVAS ILÍCITAS

II.I NOÇÕES GERAIS

Apesar de constituir fator essencial ao direito de ação e de defesa, o direito à prova não pode ser tomado com caráter de absolutividade, devendo a produção probatória encontrar alguns limites, de modo a não violar de forma demasiada os direitos de nenhuma das partes.

Conforme já mencionado, o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, proíbe as provas obtidas por meios ilícitos. Segundo o artigo 157 do Código de Processo Penal: *“são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”*.

A conjugação dos dois dispositivos legais permite a constatação de que são vedadas, no processo, provas que violem normas legais ou princípios do ordenamento. Por princípios, leia-se tanto princípios de caráter processual quanto de caráter material. E é conforme essa definição que os juristas definirão as provas como ilegítimas ou ilícitas, respectivamente.

As provas ilegítimas são as colhidas em desrespeito a normas relativas a direito processual, e a ilegalidade acontece exatamente quando a prova é produzida no curso do processo. Provas ilícitas são as produzidas com infração de normas ou princípios de direito material, sendo que a violação é emanante ao processo, mesmo que anterior ou concomitante a ele, dando-se no próprio momento em que se obtém a prova.

Ressalte-se que essa é uma classificação doutrinária, vez que nem a Constituição Federal, nem a lei 11.690/09, que reformou o sistema probatório, fazem qualquer distinção quanto a provas ilegítimas e ilícitas.

II.II PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Provas ilícitas por derivação, apesar de não violarem qualquer direito quando da sua obtenção, são maculadas na origem, por uma prova obtida ilicitamente.

Dessa forma, apesar de estarem em conformidade com o ordenamento jurídico, são impróprias ao processo por terem nele ingressado através de uma outra prova, esta sim ilícita.

A Suprema Corte brasileira inadmite as provas ilícitas por derivação, conforme julgado proferido em 2007 no RHC 90376/RJ:

E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - **ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE** - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO (...)

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS(...)

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POIS ONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "*due process of law*" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. -

Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - **A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)".** (Grifou-se)

O julgado supra remete claramente à adoção, no ordenamento jurídico brasileiro, da doutrina americana dos Frutos da Arvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*), criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que prega que uma árvore envenenada transmite aos seus frutos a mácula, fazendo clara analogia à proibição das provas ilícitas por derivação. Por outras palavras, mesmo que a prova tenha sido colhida legalmente, se for derivada de uma prova ilícita, aquela também será inadmissível.

A teoria foi aplicada ao caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* (1920), quando a Suprema Corte norte-americana invalidou todas as provas decorrentes de uma busca ilegal.

Perceptível também que o julgado acima estabelece algumas limitações à aplicação da teoria em comento, quando não evidenciado o nexos de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada, e quando as provas derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente da ilícita. Essas limitações foram também abarcadas pela lei 11690/08 que as acrescentou ao art. 157, §1º, do Código de Processo Penal.

A limitação da fonte independente (*independent source limitation*) consiste na inexistência de vínculo causal entre a prova e os fatos que produziram a prova

contaminada, sendo uma primeira limitação à Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada.

A título de exemplo, cita-se o caso *Bynum vs. United States* (1960), em que a corte, em um primeiro momento, exclui a identificação datiloscópica que tinha sido realizada durante a prisão ilegal de Bynum. Em um segundo processo, que não guardava qualquer vínculo com o primeiro, o Estado se valeu do antigo exame datiloscópico que estava arquivado. Entendeu-se que a polícia tinha razão ao analisar os exames independentemente da prisão ilegal, e, além disso, as impressões digitais foram colhidas em um momento anterior e não tinha qualquer relação com o segundo processo, admitindo-as como prova obtida de uma fonte independente.

Na possibilidade de ser provada, por fontes independentes, que os fatos auferidos com uso de prova ilícita não são inculpidos em ilegalidade, poder-se-ia utilizar a prova independente, limitando-se assim a Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada.

Apesar de o §2º do artigo 157 do Código de Processo Penal conceituar “fonte independente” como aquela que, por si só, seguindo os parâmetros legais, típicos e de praxe, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova, tal definição é imprópria, e melhor conceitua a descoberta inevitável.

O caso seria de a prova poder, inevitavelmente, ser descoberta por meios lícitos, seguindo tramites típicos, apesar de primeiramente ter sido apresentada de forma ilícita. Nesse caso, apesar de violadora de direitos, a prova teria possibilidades de ser aceita se inevitavelmente pudesse ser descoberta por meios habituais de investigação.

A limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*) remete ao caso *Nix vs. Williams – Williams II* (1984), em que fora colhida uma declaração ilegal do acusado que revelara o local em que se encontrava o corpo da vítima. Havia, no entanto, um plano de buscas ao corpo, e a área seria abrangida inevitavelmente pela busca. A Suprema Corte afastou a Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada, por entender que a prova teria sido descoberta inevitavelmente através da investigação lícita.

O Brasil inseriu a limitação da descoberta inevitável no seu ordenamento, conforme o §2º do artigo 157 do Código de Processo Penal. Cumpre ressaltar que a lei se equivocou ao dizer “fonte independente”, quando na verdade define “descoberta inevitável”.

Uma outra limitação à Doutrina estudada seria a Limitação da Contaminação Expurgada (*purged taint limitation*) ou da Conexão Atenuada (*attenuated connection limitation*), segundo a qual ainda que ilícita a prova, poderia ocorrer, durante o processo, um fato capaz de purgar a ilegalidade, extinguindo o nexo de causalidade com a origem ilícita da prova, tornando os frutos da árvore envenenada imunes.

No caso *Wong Sun vs. United States* (1963), policiais ingressaram, sem mandado, na residência de “A” e realizaram sua prisão. Este imediatamente após ser preso acusou “B” de ser o vendedor das drogas. Posteriormente “B” também foi preso sem o devido mandado, e prestou depoimento incriminando “C”, que foi preso ilegalmente. Após alguns dias, já solto, “C” prestou, espontaneamente, declarações, e, confessou durante seu interrogatório que tinha participação nos crimes.

A Suprema Corte desconstituiu então as provas advindas da apreensão de drogas em posse de “B”, e as declarações por este prestadas, pois seriam frutos da árvore envenenada. Manteve, no entanto, a confissão de “C”, pois por ter sido voluntária, atenuou a conexão com sua prisão ilegal, extinguindo assim a ilegalidade.

São, portanto, as acima expostas, limitações à Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada, que em última análise proíbe o uso de provas ilícitas por derivação.

III PRINCÍPIOS E INSTITUTOS ATINENTES AO USO DAS PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE*

Buscar-se-á explicitar os princípios, e institutos jurídicos a eles relacionados que, de forma conjugada, e numa leitura progressiva, embasam a possibilitação do uso das provas ilícitas em desfavor do réu.

III.I PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO USO DAS PROVAS ILÍCITAS

A liberdade probatória, consagrada como princípio, não pode ser tomada como absoluta, e encontra sua limitação exatamente no que tange à proibição do uso de provas obtidas por meios ilícitos no processo. Esse princípio está consagrado no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Estas provas ilícitas, conforme já exposto, são inadmitidas por violarem direitos e garantias individuais, e apesar de o objetivo primordial do processo penal ser a obtenção da verdade real, esta, algumas vezes, deve restar prejudicada quando só puder ser obtida através de meios ilícitos, primando-se assim pelos direitos reconhecidos constitucionalmente aos indivíduos, e limitando a atuação Estatal na esfera individual dos particulares.

Preceito amplamente reconhecido na doutrina – que será melhor abordado em tópico posterior – dita que nenhum princípio pode ser tomado de forma absoluta, devendo, algumas vezes, ser relativizado em prol de outros mais importantes. E assim como o princípio da liberdade probatória não é absoluto, encontrando limitações exatamente no princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, este também não é absoluto, sofrendo outras limitações.

Dessa forma, admite-se já, no ordenamento jurídico brasileiro, de forma bastante pacificada e difundida, o uso das provas ilícitas *pro reo*, visando exatamente condicionar liberdade aos sujeitos acusados de crimes, quando a única comprovação de sua inocência se der por provas ilícitas.

Primar-se-ia então pelo Princípio da Proporcionalidade, que afastaria o Princípio da Vedação das Provas Ilícitas em prol do importantíssimo bem jurídico tutelado nesse caso concreto, qual seja, a liberdade, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*.

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas tem como alicerce a moralidade dos atos praticados pelo Estado, voltado à proteção de direitos individuais violados com a produção da prova ilícita. Dessa forma, o titular desse direito seria exatamente o Réu de uma ação penal. Não concebível então que o direito à não utilização de provas ilícitas pudesse ser usado contra o seu próprio titular, quando para provar a sua própria liberdade.

É o que dispõe Eugênio Pacelli de Oliveira:

a violação de direitos na busca da prova de inocência poderá ser levado à conta do estado de necessidade, excludente da ilicitude; e o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular (PACELLI, 2008, p. 312).

O mesmo entendimento é seguido por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização da prova que, mesmo produzida ao arrepio da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. (TÁVORA, 2010, p. 360).

Cediço então a possibilidade de relativização do Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas quando para tutelar a liberdade do Réu da ação penal, se esta só puder ser provada através do uso de provas que tiverem violado direitos e garantias fundamentais.

Outro meio de relativização seriam os institutos já mencionados quando se discorre acerca das Provas Ilícitas por Derivação.

Mais importante para o presente trabalho será a análise da relativização da vedação das provas ilícitas quando em desfavor do réu. Esse tema será então abordado em capítulo posterior.

III.II PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

No processo penal, é de suma importância a obtenção da verdade dos fatos, como realmente ocorridos, em detrimento da mera verdade contida nos autos.

Caso outro, não seria possível a obtenção de uma decisão justa, tanto para o réu, que poderia ser condenado indevidamente, mesmo que inocente, quanto para a sociedade e para a vítima do ilícito penal praticado, que poderiam ver um transgressor livre. Dessa forma, deve-se buscar, na instrução do processo penal, o maior número de provas possível, capazes de restabelecer a situação fática ocorrida ao tempo do delito, chegando-se assim à decisão mais acertada.

Atribui-se, então, ao magistrado, uma postura mais ativa dentro do processo, não ficando este adstrito às provas coligidas nos autos, ou requeridas pelas partes, podendo também requisitar outros meios de prova que ver convenientes, em busca de formar sua convicção acerca da verdade fática, mesmo que essas provas não tenham sido requeridas pelas partes.

Por um longo período de tempo acreditando-se que os interesses defendidos no processo penal seriam públicos e indisponíveis, pensava-se que todos os meios poderiam ser empregados em busca da verdade real. Esse entendimento, no entanto, caiu por terra, e tem-se que o magistrado deve respeitar as garantias asseguradas às partes, pautando-se sempre no princípio da proporcionalidade quando da busca pela verdade real.

É impossível, no entanto, reproduzir com fidelidade absoluta os acontecimentos fáticos ensejadores de um ilícito penal, o que torna a verdade real relativa.

Conforme ensinamentos de Michele Taruffo, mencionados por Aury Lopes Jr.:

além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para “fazer crer” que o processo penal determina a “verdade” dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não se suceda e quiçá precisamente porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença (TARUFFO, 2002, p. 81 apud LOPES JR., 2008, p. 492).

Nesse sentido, ensina também Eugênio Pacelli:

Toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica (PACELLI, 2008, p. 279).

Dessa forma, ainda que o objetivo primordial do processo penal seja a obtenção da verdade real, sempre será obtida uma verdade processual. O que se buscaria, portanto, seria a máxima aproximação desta àquela.

III.III PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Num sistema jurídico complexo, como é o caso do ordenamento brasileiro, com diversos graus hierárquicos entre normas, destacam-se os princípios fundamentais, de grau constitucional, que entre si não detêm, *a priori*, qualquer nível de hierarquia.

Muitas, vezes, no entanto, dada a imensa gama de possibilidades de ocorrência de fatos cotidianos, esses direitos podem vir a colidir, sendo necessário que se relativize um, em detrimento do outro, tomado, no caso concreto, como o mais importante.

Robert Alexy prega que “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância de satisfação do outro” (ALEXY, Robert. *Apud STEINMETZ, Wilson – A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 214*). Demonstra-se, dessa forma, que não há direito absoluto, mas sim direitos respaldados em inviolabilidade, que vez ou outra, dependendo do caso concreto, devam ser relativizados para que vigore outro direito mais importante.

O estudo da obra de Alexy – *Teoría de los derechos fundamentales. 1. ed., Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.* – deu respaldo à dissertação abaixo, acerca dos direitos fundamentais e da aplicação do Princípio da Proporcionalidade quando de sua colisão.

Em sua teoria, Alexy parte das normas que atribuem direitos fundamentais, previstas na Constituição – no caso, a da Alemanha – visando orientar e criticar a prática jurídica, definindo qual seria a decisão correta para cada caso concreto, de acordo com a fundamentabilidade racional dos juízos de valor.

De acordo com o autor, a colisão e a ponderação são os problemas fundamentais da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: {s.n.}, 1998, p. 1.) e ressalta a importância de se considerar o Direito como sistemática conceitual, racionalizado-se assim a ciência jurídica.

Diante da colisão de princípios, então, deve-se estabelecer uma “relação de precedência condicionada”, ditando-se os meios pelos quais um princípio tem prioridade sobre o outro. Ressalte-se que essa precedência deve ser sempre tomada de forma condicionada, concreta e relativa, a depender do caso em análise.

Isso porque os princípios, diferentemente das regras, geram direitos *prima facie*, nunca sendo razões definitivas, mas apenas pontos de partida para uma avaliação da normalização ideal. E de acordo com o Autor:

Quando há que se passar do amplo mundo do dever ser ideal ao estreito mundo do dever ser definitivo ou real, se produzem colisões ou, para usar outras expressões frequentes, tensões, conflitos e antinomias. É então inevitável sopesar princípios contrapostos, ou seja, há que se estabelecer relações de preferência (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 131.)

E corroborando o entendimento de Alexy, vem Haberle a dizer:

se os direitos fundamentais se integram reciprocamente formando um sistema unitário, se configuram como componentes constitutivos do conjunto constitucional e estão em uma relação de recíproco condicionamento com outros bens jurídico-constitucionais, disso se deduz que há que se determinar seu conteúdo e seus limites em atenção aos outros bens jurídico-constitucionais reconhecidos juntos deles

(...)

a Constituição quer por igual as relações de poder especial e as liberdades individuais, os direitos fundamentais e o direito penal, as liberdades de um com as liberdades do outro (HABERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2003, p. 33/39).

Ressalte-se, ainda, a possibilidade, segundo Alexy, de restrição de direitos fundamentais com base em outros valores ou princípios constitucionais, tendo em vista a

unidade da constituição e a totalidade da ordem de valores por ela protegidos. Essa uma prerrogativa de extrema importância ao presente trabalho, vez que pretende exatamente examinar a possibilidade de se reduzir a incidência da norma constitucional que veda o uso de provas ilícitas, para fazer preponderar o direito da vítima direta do ilícito penal, e da sociedade como um todo, que estaria protegido pelo uso da prova ilícita em desfavor do Réu.

Apesar de a doutrina tratar a Proporcionalidade como princípio, segundo Alexy, não é esta a realidade. Trata-se de um método procedimental para a resolução de conflitos entre princípios, e não de um princípio em si. Tanto é assim, que a proporcionalidade não colide com outros princípios, sendo tratada, pelo autor, como uma máxima, exatamente por esse aspecto. O presente trabalho traça o postulado como princípio, exatamente por seguir a denominação doutrinária brasileira, e por tratar o instituto por um viés mais prático que teórico, apesar de corroborar o entendimento do autor alemão.

Passando-se à análise do princípio da proporcionalidade, em si, faz-se relevante atentar para as palavras de Feitoza:

O princípio da proporcionalidade é um estado ideal de coisas a ser atingido, no qual todas as intervenções em direitos fundamentais somente seriam feitas se, previamente, tivessem sido examinadas e satisfeitas sua idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (FEITOZA, 2010, p. 138).

A proporcionalidade, tomada como meio de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, possui três “máximas parciais” - denominação de Alexy em “*Teoría de los derechos fundamentales*” -, ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação exige idoneidade entre o meio utilizado em relação ao fim almejado. Em outras palavras, significa dizer que as medidas adotadas no ato de restringir um direito, devem ser aptas a alcançar os fins pretendidos, quais sejam, a prevalência do outro direito em conflito.

O subprincípio da necessidade dita que, dentre os possíveis meios adotados para a persecução de um direito, deve-se adotar aquele que menos restrinja outros direitos, ou seja, o menos gravoso possível. Alexy fala em “intervenção mínima”.

Gilmar Mendes (2007, p. 322) leciona que “o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa”.

Ressalta ainda, o autor acima, que a necessidade tem, por pressuposto, a adequação, não cabendo, porém, possibilidade de se conceber algo necessário e, ao mesmo tempo, inadequado. Por isso diz que adequação e necessidade têm pesos ou relevância diferentes no juízo de ponderação.

Como exemplo, pode-se citar a aplicação de um princípio X, que esteja em conflito com o princípio Y. Podem ser tomadas duas medidas A e B, consistindo A numa pequena limitação a Y, e B numa grande limitação, ou mesmo aniquilação de Y. Pode ser que as duas sejam adequadas, já que ambas vão propiciar a aplicação de X, em detrimento de Y. Mas não é necessário – de acordo com a “intervenção mínima” de Alexy – o uso de B, método mais gravoso, se é possível simplesmente adotar o método A.

E de acordo com a explicação de Gilmar Mendes, no exemplo supra, não é concebível uma medida necessária porém inadequada, pois esta simplesmente nunca atingiria o fim almejado. Dessa forma, se B não atingisse o fim de fazer prevalecer o princípio X, não seria adequada a medida, e por isso, nunca seria necessária.

A proporcionalidade em sentido estrito compreende a ponderação de interesses propriamente tomados. É um juízo definitivo da “razoabilidade” (em sentido amplo) da medida adotada, na busca de se compatibilizar os meios adotados na limitação de um direito, à persecução do fim desejado, visando o equilíbrio entre ambos.

Quer dizer que o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado. Trata-se da verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados benéficos a serem obtidos.

Nas palavras de Gilmar Mendes (2007, p. 323), “a proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada, ou a necessidade de sua revisão”.

Vale lembrar que a aplicação do princípio como um todo remete à aplicação de cada subprincípio de forma isolada, sucessiva e condicionante. Dessa forma, caso a medida não seja adequada, não se justificará notar se ela seria necessária. E caso não seja necessária, indiferente também a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito.

Para o presente trabalho, importante fazer uma relação entre o Princípio

da Proporcionalidade e os fins do processo penal e da persecução criminal. E tendo em vista o que leciona Feitoza, deve-se inicialmente fazer uma distinção entre fins mediatos e imediatos.

Dentre as finalidades imediatas, tem-se a demonstração de existência ou inexistência de infração penal, sua autoria; a formação da convicção da entidade decisora; a obtenção de uma sentença absolutória ou condenatória; a garantia dos direitos fundamentais às pessoas que porventura venham a ser submetidas à persecução criminal.

Lado outro, os fins mediatos do processo penal se subdividem em fim mediato geral, qual seja, a segurança pública – e aqui se trata mais de interesse da sociedade como um todo –, e fins mediatos especiais, quais sejam, os bens jurídicos constitucionais – aqui, primordialmente, o interesse das vítimas diretas do ilícito penal.

A Constituição Federal dita no *caput* do seu artigo 144 que a segurança pública, dever do estado, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo direito e responsabilidade de todos. Dessa forma, por segurança pública, podemos entender o direito que as pessoas têm de habitar uma sociedade justa, pacífica.

Feitoza explicita:

a segurança pública pode ser enfocada por vários ângulos, como direito fundamental social, direito fundamental individual, dever fundamental, princípio, bem jurídico-constitucional difuso ou coletivo *latu sensu*, bem como pelas várias funções dos direitos fundamentais, como função de defesa, função de proteção, função de prestação social e função de não-discriminação. (FEITOZA, 2010, p. 57).

No que concerne aos fins mediatos especiais, tratam-se dos bens jurídicos protegidos em sede constitucional. O código penal, norma com hierarquia infraconstitucional, fazendo referências do tipo “crimes contra a vida”, “crimes contra a honra”, dentre os diversos outros trazidos em seus capítulos da parte especial, elenca a função da persecução criminal, qual seja, a de combater os violadores desses bens jurídicos, de modo a proteger os mesmos. Isso se daria através da tipificação das condutas que violassem tais direitos.

Apesar de a legislação penal possuir grau hierárquico infraconstitucional, os bens por ela defendidos são também elencados na constituição como de suma importância. Percebe-se, portanto, que os bens abarcados pela legislação penal podem ser

reconduzidos a bens jurídicos de importância constitucional, exatamente pelo fato de o direito penal ter “escolhido” os valores e bens jurídicos mais importantes para tutelar, impondo, aos que desrespeitarem esses direitos, a perda de outro bem muito importante, a liberdade.

Aqui, novamente, aspecto de suma importância ao presente trabalho, vez que não haveria qualquer impedimento à aplicação da proporcionalidade entre uma norma penal, e a norma constitucional que veda o uso de provas ilícitas, já que os bens protegidos na seara penal têm valor constitucional.

IV DO APROVEITAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS

A Constituição Federal estabelece um rol não taxativo de direitos e garantias fundamentais a serem tutelados. Estes não possuem caráter absoluto, vez que inexistente qualquer grau hierárquico entre cada um. Dessa forma, possível que em determinado caso concreto haja um conflito, que deve ser decidido pelo magistrado com base no Princípio da Proporcionalidade. Percebe-se que esses direitos e garantias se limitam reciprocamente, sempre que colidem.

Discute-se assim a admissibilidade das provas ilícitas, fundada na ponderação de bens em conflito no caso concreto.

O jurista Eugênio Pacelli de Oliveira salienta que:

no processo penal, como intuitivo, a aplicação da vedação das provas ilícitas, se considerada como garantia *absoluta*, poderá gerar, por vezes, situações de inegável desproporção, com a proteção conferida ao direito então violado (na produção da prova) em detrimento da proteção do direito da vítima do delito (PACELLI, 2008, p. 311).

Por analogia então ao que já foi abordado no Capítulo III, no que se refere a direitos fundamentais, a proibição às provas ilícitas não pode ser absoluta. O princípio pode encontrar algumas limitações no caso concreto, conforme se verá.

IV.I PROVA ILÍCITA *PRO REO*

A vedação ao uso de provas ilícitas tem sido limitada como meio de se admitir, excepcionalmente, provas viciadas quando o único meio de comprovar a inocência do réu, ou outro instituto penal a ele benéfico. A prova ilícita *pro reo* é uma exceção considerada, por muitos, legítima, devido ao bem jurídico tutelado, qual seja, a liberdade.

Não se pode conceber, em um Estado Democrático de Direito, a condenação de um indivíduo mesmo que inocente, quando a inocência possa ser constatada através de uma prova ilícita. Díspar admitir o princípio *in dubio pro reo* e não aceitar a prova que, ainda que ilícita, seja capaz de formar um juízo de certeza quanto à sua inocência.

Faz-se, assim, um juízo de proporcionalidade, que pondera a importância do direito violado na obtenção da prova ilícita, e do direito do Acusado – liberdade de alguém a quem é imputado um crime, quando este é inocente – e acaba-se por ter mais relevância a liberdade.

É o que leciona Távora:

a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização da prova que, mesmo produzida ao arrepio da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. (2010, p. 360).

No mesmo sentido, Pacelli:

a violação de direitos na busca da prova de inocência poderá ser levado à conta do estado de necessidade, excludente da ilicitude; e o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular (PACELLI, 2008, p. 312).

É corrente amplamente majoritária a que admite a prova ilícita quando em favor do réu, mesmo que obtida com violação a direitos e garantias fundamentais.

Tratar-se-ia de simples imputação da proporcionalidade no caso “liberdade X vedação à prova ilícita”, ou numa análise mais profunda, “liberdade X direito violado na obtenção da prova”. Acaba-se sempre por escolher a liberdade do réu inocente.

Com esse fundamento, o Supremo Tribunal Federal tem convalidado a prova ilícita, motivada por justa causa como a legítima defesa. Aliás, nesse sentido é o acórdão do *Habeas Corpus* 74.678/SP, relatado pelo Min. Moreira Alves (DJU de 15.08.97, no mesmo sentido: HC 75.611/SP, DPU de 17.04.98) e resumido em sua ementa:

Habeas corpus. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com autorização de um dos interlocutores sem o consentimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. (...) Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando o crime -, é ela, por via de consequência, lícita e,

também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).

Prova-se, portanto, que a vedação às provas ilícitas não é absoluta. A própria negativa em se admitir prova ilícita *pro reo* constituiria cerceamento de defesa, que insculpe outro princípio de teor constitucional.

Sendo possível então a mitigação do princípio que veda as provas ilícitas, em favor do réu, seria também possível essa limitação quando o direito violado pelo réu, provado culpado, for mais importante que o direito do acusado, violado na obtenção da prova? Em outras palavras, pode ser admitida a prova ilícita *in malam partem*? É o que se passa a expor.

IV.II PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE*

Bastante mais controvertido é o entendimento que aceita o uso de provas ilícitas em desfavor do réu. Este se baseia na relatividade dos direitos e princípios fundamentais, conforme já amplamente exposto no presente trabalho, bem como no princípio da isonomia entre as partes do processo – e se ao réu é lícito o uso das provas ilícitas, à acusação também deve ser –.

Buscar-se-á, aqui, dar mais respaldo a essa doutrina, com base em ensinamentos de juristas renomados, e em conclusões obtidas com a presente pesquisa.

Salienta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (1997, p. 112-113) que “se a defesa – à diferença da acusação – fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes?”. Aqui patente o apontamento do princípio da igualdade entre as partes na equiparação entre a admissibilidade de provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*.

Notadamente, o Estado, visando os interesses da persecução criminal, correspondentes a uma sociedade livre da criminalidade, e segura, está por defender direitos individuais, coletivamente tomados, vez que um crescimento do número de crimes só faz aumentar a probabilidade de sujeitos, individualmente tomados, se tornarem vítimas dos ilícitos penais.

A Constituição Federal, estabelecendo hipóteses em que é possível a

relativização de direitos fundamentais – como a possibilidade de busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, etc – permitiria a limitação desses direitos, quando do colhimento de provas ilícitas, observando o princípio da proporcionalidade, quando de grande relevância os direitos da vítima e da sociedade a serem tutelados?

Com base nessa análise é que se discute a possibilidade ou não de se relativizar a garantia constitucional referente à inadmissibilidade das provas ilícitas quando, in concreto, o direito a ser tutelado pelo uso desse tipo probatório for mais importante que o direito violado pelo seu uso.

PAULO IVAN DA SILVA SANTOS (2001), ex-Procurador de Justiça do Piauí, defende veementemente o uso de provas ilícitas *pro societate*, parecendo delimitar a possibilidade de incidência apenas para certos crimes, tratados com grande rigor pela Constituição Federal, o que lhes respaldaria de teor de igual importância quando comparado à proteção do réu quanto ao uso de provas ilícitas em seu desfavor. Discorre que:

se a própria Constituição tratou com extrema severidade os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLII), para combatê-los e, em vista do direito violado no caso concreto (p. ex., a prova obtida com violação da intimidade), **parece-nos admissível, com base no princípio da proporcionalidade, a utilização de prova ilícita *pro societate*, principalmente se tais crimes forem executados por organizações criminosas.** Nesses casos, afasta-se a proibição do art. 5º, LVI, da CF em nome da manutenção da segurança da coletividade, que também é direito fundamental (art. 5º, caput). (Grifou-se)

Posicionamento ainda mais próximo ao adotado no presente trabalho advém de Flávio Cardoso Pereira (Promotor de Justiça – GO), abarcando o Princípio da Proporcionalidade quanto à produção da prova:

“[...] vale destacar que a valoração judicial da prova a ser recolhida durante a infiltração dependerá de uma série de fatores a serem analisados, a exemplo do grau de violação de direitos fundamentais do investigado, a **obediência ao princípio da proporcionalidade quanto à produção da prova, devendo até mesmo por exceção, ser admitida a prova ilícita *pro societate*, preservando-se os interesses da coletividade e o bem estar social da nação**”.

(Grifou-se)

Não obstante os tribunais, em sua imensa maioria, não aceitarem a prova ilícita *pro societate*, há decisões pontuais que apontam para um abrandamento nesse pensamento.

Dispôs o Supremo Tribunal Federal:

(...) a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação de correspondências remetidas pelos sentenciados, eis que a cláusula de sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF, HC 70.814-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24 jun. 1994).

O Superior Tribunal de Justiça no RHC nº2.777-0/RJ, já se pronunciou no seguinte sentido:

Está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas todos, principalmente, por aqueles que, impensadamente, cometem os censurados delitos, trazendo a dor aos familiares das vítimas (6ª T., RHC nº2.777-0/RJ, Rel. Min. Pedro Aciole, Ementário STJ, nº 8/721).

E colacionam-se mais julgados em que se pode vislumbrar o sentido de se admitir a prova ilícita em desfavor do réu, respeitando-se o princípio da proporcionalidade:

Acórdão Origem: STF - Supremo Tribunal Federal

Classe: HC - HABEAS CORPUS

Processo: 79512 UF: RJ - RIO DE JANEIRO

EMENTA: Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa - compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do

domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição - afora as exceções nele taxativamente previstas ("em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro") só a "determinação judicial" autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém - autoridade ou não - no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 1.1. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade. 1.2. Daí não se extrai, de logo, inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no

domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 1.3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao

questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domini a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca. 1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependência da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do metus publicae potestatis, ao menos nas circunstância do caso, em que não se trata das famigeradas "batidas" policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de

protesto imediato. 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.

Acórdão Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIAO

Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 3008

Processo: 200102010334804 UF: RJ

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA

Data da decisão: 10/04/2007

Ementa

DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PROVA. AUTORIA E MATERIALIDADE. PERDIMENTO DE BENS. 1. Organização criminosa articulada para o tráfico internacional de entorpecentes, com a utilização da estrutura da Força Aérea Brasileira e de alguns de seus integrantes. 2. Interceptação primitivamente autorizada no curso de investigação policial por juiz de direito aparentemente competente, por vislumbrar-se, inicialmente, tráfico interno. Declinação posterior da competência para o juízo federal, por detectar-se a transnacionalidade, não se podendo, dentro de tal contexto inquirir de ilícita a prova colhida, porque era lícita ao tempo em que foi deferida. 3. Decisão de afastamento do sigilo telefônico que obedece ao comando do artigo 93, inciso IX, da Carta Magna, atendendo à representação ofertada pela autoridade policial, com exaustiva exposição dos fatos sob investigação. 4. Aparente limitação na lei não constitui óbice à renovação do pedido de interceptação telefônica por mais de uma vez, se porventura se revelar imprescindível a sua continuidade, sendo certo que a ausência de edição das gravações não representa nulidade, ante a inaptidão do material não transcrito como elemento probatório para a persecução penal. 5. Observância do devido processo legal no curso da instrução criminal, tanto em seu aspecto formal como também substancial, com as partes produzindo as provas pertinentes, dentro dos prazos processuais. 6. Irregularidades de ordem formal superadas pela aplicação do princípio da proporcionalidade, impondo-se temperamentos ao princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas ("exclusionary rule"), inscrito no inciso LVI do art. 5º da Constituição da República. 7. O tráfico de entorpecentes é crime múltiplo-alternativo, bastando o transporte e o embarque prévios, a caracterizar o delito, o que afasta a tese de crime impossível, fundado no monitoramento policial, o que obstaria a transposição da fronteira, incidindo, in casu, a causa de aumento prevista no artigo 18, inciso I, da Lei nº 6.368-76, visto que a substância destinava ao exterior, apesar de frustrada a remessa. 8. Presentes elementos comprobatórios da autoria e da materialidade delitivas, necessária a resposta penal, com a condenação do acusado por integrar organização criminosa voltada para o tráfico internacional de entorpecentes. 9. Inaplicabilidade do previsto nos artigos 33 e 40, da Lei nº 11.343-06, visto que o apelante integrava organização criminosa, se encontrando ajustada aos fatos a majoração da pena na forma da lei revogada. 10. Provada a lavagem de dinheiro por organização criminosa, cabível a incidência da causa de aumento prevista em lei. 11. Importa em lex tertia a combinação de dispositivos de leis distintas, a criar lei nova, o que é vedado, atuando o juiz em substituição ao legislador. 12. Associação estável a indicar que o ocorrido não se resume a um fato isolado, o que autoriza a perda dos bens, direitos e valores auferidos com a prática criminosa, na forma do artigo 91, inciso II, alínea "b", do Código Penal, bem como obstar a incidência do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343-06. 13. A causa de aumento prevista no artigo 40, da novel lei antidrogas não incide ao caso concreto, ainda que possua patamar mínimo inferior ao da Lei nº 6.368-76, visto que considerada na sentença a configuração de uma só das hipóteses, não prevista na lei nova. 14. Recursos de apelação de JOHN MICHAEL WHITE, PAULO SÉRGIO PEREIRA DE OLIVEIRA, LUIZ ANTONIO DA SILVA GREFF, LUIZ FERNANDO DOS SANTOS e LILA MIRTHA IBAÑEZ LOPEZ desprovidos. 15. Recurso de apelação do Ministério Público parcialmente provido.

Patente então que, apesar de ainda estar em fase inicial, e ainda apresentar um número modesto de seguidores, a doutrina que permite a utilização das provas ilícitas *pro societate* vem ganhando força, e já encontra respaldo em julgados

pontuais das principais cortes brasileiras, o que dá maior fundamento ao presente estudo.

IV.III.I CORRENTES CONTRÁRIAS À PROPORCIONALIDADE E À PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE*

Quanto ao princípio da proporcionalidade, alguns problematizam sua aplicação, dizendo tratar de critério vago e não seguro.

Corrente contrária à admissão de provas ilícitas *pro societate* apontam imaturidade do sistema jurídico brasileiro para lidar com a colheita de provas ilícitas, o que poderia acabar por criar uma brecha no respeito a direitos e garantias dos indivíduos, ou mesmo na necessidade de ordem judicial para a colheita de provas diversas.

Não nos parece o entendimento mais acertado, primeiramente por toda a estrutura normativa e processual brasileira, que garante direito recursal, e obriga a fundamentação de toda e qualquer decisão judicial. Isso aponta para a maturidade do sistema processual brasileiro, e para a inibição de arbitrariedades nas decisões judiciais, através de fundamentação e de reexame das mesmas.

É próprio do princípio da proporcionalidade certo grau de subjetivismo, e conforme Ada Pellegrini Grinover “pode, evidentemente, tornar-se perigosa, por seu próprio subjetivismo, havendo casos em que os tribunais alemães já a aplicaram extensivamente”.

Ora, é instintivo verificar que toda decisão judicial já vem dotada de certo grau de subjetivismo, e de valores culturais e sociais inerentes à formação de vida do magistrado, sendo certo que a própria norma jurídica faz uso de expressões vagas, cabendo ao julgador a interpretação e valoração devida. Por isso, desconsiderando-se possíveis arbitrariedades e vícios na decisão, é de extrema relevância o princípio da proporcionalidade em incontáveis casos judiciais concretos, inclusive quando aplicado em hipóteses excepcionais, nas quais a inadmissibilidade da prova obtida ilícitamente geraria resultados ainda mais injustos que no caso da sua admissão, pois salvaguardados outros direitos ainda mais importantes.

Outro argumento contrário à admissão do princípio da proporcionalidade é que haveria a relativização dos direitos fundamentais, cuja preservação estaria condicionada a vontade do julgador incumbido pela sua proteção.

Conforme leitura do Tópico III.III, que remete a ensinamentos de Robert Alexy, percebe-se que os direitos fundamentais são sim relativizados, buscando-se sempre a melhor compatibilização destes à situação fática concreta. A relativização dos direitos

fundamentais é uma exigência do sistema jurídico, pois sem o acolhimento da teoria da proporcionalidade, seria indispensável à hierarquização legal dos princípios.

Segundo Alexy, em *Teoría de los derechos fundamentales*, não se pode estabelecer uma valoração, *a priori*, dos direitos fundamentais, e essa valoração *a posteriori* não implica em irracionalidade na ponderação, vez que essas considerações valorativas fazem parte da atividade cotidiana do juiz.

Percebe-se, portanto, que descabidas as críticas ao Princípio da Proporcionalidade, e ao uso de provas ilícitas *pro societate*.

IV.III VIABILIDADE E NECESSIDADE DE ACEITAÇÃO DA PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE*

somente em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois caso contrário o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais (FEITOZA, 2010, p. 731).

Somos adeptos desse pensamento, colocando desde já, segundo opinião própria, possíveis premissas a serem observadas quando da análise acerca da admissibilidade das provas ilícitas.

1) caráter de extrema excepcionalidade – não podem ser, as provas ilícitas, prática costumeira no processo penal, devendo ser utilizadas apenas em situações ímpares, quando muito relevante, tomado o caso concreto.

2) quando de importantíssima relevância o tipo penal violado – e aqui, pode-se destacar, sem sombra de dúvidas, crimes contra a vida, crimes hediondos, dentre outros, que quando sopesados com o direito violado do réu, numa análise *a priori*, já são capazes de ter preferência na ponderação da proporcionalidade. Aqui porque meros crimes patrimoniais, por exemplo, sem violência ou grave ameaça a pessoa, a nosso ver, e numa análise superficial e geral, não seriam capazes de desconstituir a importância de um princípio constitucional, como o que veda as provas ilícitas.

3) as provas nunca podem violar a integridade do réu – inibe-se aqui a

coação física ou moral, perpetrada em tempos de ditadura militar, e que muitas vezes pode levar à falsa confissão de um delito, por exemplo. Tem-se, nessa análise, a impossibilidade de se comparar qualquer tipo penal violado com o direito à integridade física e moral do réu. E aqui já se tem como parâmetro a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade, mas a impossibilidade de aplicação de pena de tortura, por exemplo.

4) juízo admissibilidade da prova ilícita *pro societate* sempre feito por autoridade judicial – a análise da proporcionalidade apenas se daria em momentos diferentes. Mas deve caber ao juiz analisar essa máxima, e autorizar a entrada da prova ilícita no processo. É o que faria, de qualquer forma, no caso de autorização de uma busca e apreensão, por exemplo. Verificaria a viabilidade da medida, com base em preceitos legais. O mesmo acontece aqui, em que verifica a possibilidade de uso da prova ilícita com base em preceitos principiológicos constitucionais.

5) conforme princípio que rege todas as decisões judiciais, a decisão que admite ou inadmite a prova ilícita deve também ser motivada, de modo a demonstrar a correta análise da proporcionalidade da medida adotada.

6) a prova ilícita deve ser a única prova capaz de provar, de forma cabal, a culpa do réu. Havendo outra prova capaz de fazê-lo, não seria proporcional se violar o direito do acusado, vez que já haveria outra evidência capaz de incriminá-lo.

7) a prova ilícita deve ser cabal, ou seja, deve ter um respaldo de certeza absoluta acerca do que é imputado ao réu, não podendo subsistir quaisquer dúvidas acerca da sua autoria e culpa no crime.

Para uma análise mais clara e didática acerca da importância do entendimento esposado no presente trabalho, cita-se um exemplo meramente ilustrativo: apreensão irregular de arma de fogo, feita com mandado judicial, sem respeitar o período noturno. Após análises periciais, constata-se que esta arma foi usada num crime de homicídio. Qual direito deve prevalecer, a intimidade do lar do réu no período noturno, ou o direito à vida da vítima (somado ao direito da sociedade a um ambiente seguro)?

Não se faz necessária, no presente contexto, uma análise acerca da possível desuniformidade de ponderações entre direitos, que possivelmente ocorreria com a aplicação da prova ilícita *pro societate*, vez que esse imbróglio poderia ser corretamente discernido em grau recursal pelos tribunais superiores, até firmação de uma jurisprudência sólida, e doutrina substanciosa.

Por todo o exposto, é certo que a admissibilidade de provas ilícitas em desfavor do réu, tomados os excepcionalíssimos casos concretos, em que o direito violado do réu é menos importante que o direito da vítima e da sociedade – ponderação feita com o

princípio da proporcionalidade – não é desconforme com a Constituição Federal, tampouco com o ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O presente estudo permite infirmar alguns resultados importantes, que corroboram com uma crescente doutrina a favor do uso do princípio da proporcionalidade no auferimento acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita, mesmo que *in malam partem*.

Certo é que os princípios constitucionais, por serem dotados de igual teor de hierarquia, muitas vezes deverão sofrer limitações a possibilitar a aplicação de outros princípios que se mostrem mais relevantes em determinado caso concreto.

Essa análise de preponderância é feita com base no princípio da proporcionalidade, e só pode ser concebida caso a caso, tomando-se por base os fatos concretos, vez que impossível se fazer uma análise apriorística, estabelecendo valores numéricos aos diversos direitos e garantias fundamentais.

Dentre os princípios constitucionais que podem sofrer limitações, está o princípio que veda o uso das provas ilícitas, trazido no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Já ultrapassada a doutrina que inadmite o uso de provas ilícitas, vez que despida de qualquer teor prático, e inculpada apenas de caráter formalista e desconforme com a realidade jurídico-constitucional brasileira.

Bastante pacificado o entendimento que opta pela aplicação da proporcionalidade para admitir provas ilícitas *pro reo*, quando estas forem as únicas capazes de fazer constatar a inocência ou qualquer outro instituto penal benéfico ao acusado. Prima-se, nesse caso, pela liberdade do réu inocente.

Muito relevante o entendimento que possibilita o uso de provas ilícitas também em desfavor do réu, quando o seu direito violado se provar menos importante que o direito que o acusado desrespeitou com a prática do crime – direito da vítima direta do delito – e o direito *erga omnes* de habitação de uma sociedade justa, segura e livre de criminalidade.

Deve-se ressaltar que a verdadeira vítima da ação penal é aquele que teve um direito violado por outrem. O propósito do processo penal é meramente de se atribuir um juízo de certeza acerca de materialidade e autoria delitiva, para não condenar um réu inocente. Ademais, o processo penal visa garantir certos direitos ao acusado, para que se respeite a ampla defesa e se possibilite todos os meios de se provar sua inocência.

Uma visão demasiadamente garantista é errônea exatamente por, muitas vezes, negligenciar o direito da verdadeira vítima do processo penal, fazendo essa figura ser atribuída ao réu.

Ora, o direito penal existe exatamente para coibir o desrespeito a bens jurídicos dotados de grande relevância. Não se pode conceber que um violador desses bens jurídicos – e aqui se foca naqueles mais importantes, como a vida, a integridade física, etc. – reste inocentado, mesmo que sabidamente culpado, quando a prova da autoria se der por meios ilícitos, e o seu direito violado for menos relevante que o bem jurídico que desrespeitou.

Pode ser justa uma decisão que admite confissão advinda de prova ilícita obtida por meio de tortura contra o réu acusado de furto simples? Óbvio que aqui, uma breve análise de proporcionalidade permite concluir que não. Primeiramente pois a tortura não daria à confissão um juízo de certeza. Além disso, o direito do réu violado teria sido a integridade física, ao passo que o direito da vítima direta seria mero bem patrimonial. Aquele direito, mais importante que esse.

O presente trabalho visou então a proposta de juízo de proporcionalidade nessas análises concretas, chegando-se assim às decisões mais justas.

Ou seria justa uma decisão que inadmitisse prova ilícita colhida mediante busca ilegal realizada na residência de um réu, em que se encontrasse um preservativo com material genético do acusado e de uma vítima de estupro? Uma gravação telefônica ilegal capaz de dismantelar uma quadrilha de tráfico de drogas deveria ser meramente desprezada quando fosse a única prova capaz de condenar os traficantes?

Uma aplicação do princípio da proporcionalidade faria concluir pela maior importância dos direitos da vítima de estupro, das vítimas do tráfico, e da sociedade como um todo, em prejuízo do direito do esturador e dos traficantes à intimidade do lar e intimidade telefônica, respectivamente. Isso pois as provas ilícitas seriam as únicas capazes de condená-los, e se apresentariam como provas cabais acerca da autoria delitiva, capazes de formar um juízo de certeza acerca dos fatos imputados.

Admite-se desde já que, num primeiro momento, seria possível que o juízo de proporcionalidade atribísse decisões relativamente díspares, a depender da região do país, e dos elementos intersubjetivos do julgador. Mas essas desuniformidades seriam rapidamente supridas diante dos inúmeros recursos cabíveis aos tribunais superiores, que formariam rapidamente uma jurisprudência unificada.

Constata-se que o uso de provas ilícitas *pro societate* deve ser considerado em casos excepcionalíssimos, podendo ser admitido sempre que o juízo, utilizando o princípio da proporcionalidade, infirmar que o direito do réu, violado no colhimento da prova, for menos relevante que os bens jurídicos desrespeitados pelo réu quando da prática do delito. Ainda, quando essa prova for cabal a afirmar de modo inequívoco pela culpa do acusado, e quando for a única capaz de fazê-lo. Deve, o juízo de admissibilidade, ser feito por juiz competente, e por decisão motivada.

Dessa forma, respeitados os parâmetros do parágrafo anterior – sem prejuízo de outros a serem acrescentados, vez que os presentes se deram mediante estudo próprio – as provas ilícitas *pro societate* estão em conformidade com a ordem constitucional brasileira, que prima pela relativização dos princípios e garantias fundamentais sempre que outro princípio, no caso concreto, se mostrar mais relevante.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Código Penal. Vade Mecum. 9ª ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal. Vade Mecum. 9ª ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição Federal. Vade Mecum. 9ª ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal>. Acesso em 05 jan. 2013.

ALEXY, Robert. *Teoriade los derechos fundamentales. 1. ed., Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.*

HABERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.337, p.125-134, jan./mar.1997.

CARVALHO, Michele Aurélio de. Flexibilização da inadmissibilidade das provas ilícitas. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Discente/07.pdf>. Acesso em 05 jan. 2013.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

MEDEIROS, Júlio. O mito da proibição de provas ilícitas “pro societate” no processo penal. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14356>. Acesso em: 19 jan.

2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

RICARDI, Fabiane Gomes Diniz; PINTO, Daniel Tajra. As provas ilícitas a partir da reforma processual de 2008. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2363&idAreaSel=1&seeArt=yes>. Acesso em 20 jan 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

PEREIRA, Flávio Cardoso. A investigação criminal realizada por agentes infiltrados. Disponível: <http://www.r2learning.com.br/>. Acesso em: 12. fev. 2013.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal. Teresina: Jus Navegandi. 2001. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2110&p=2> >. Acesso em: 14 fev. 2013.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.