



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – UFJF**

**FACULDADE DE DIREITO**

**ELLEN DO NASCIMENTO MARTINS**

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE*  
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**Juiz de Fora  
2013**

**ELLEN DO NASCIMENTO MARTINS**

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE*  
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel, na área de concentração de Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago.

**Juiz de Fora  
2013**

**ELLEN DO NASCIMENTO MARTINS**

**A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE*  
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel, na área de concentração de Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago.

Juiz de fora,        de                    de 2013.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago - Orientador

---

Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

---

Prof. Luiz Antônio Barroso Rodrigues

Dedico este trabalho a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para que eu pudesse chegar até aqui, em especial, à minha querida família, alicerce para todas as minhas lutas e conquistas.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, sem o qual esta etapa jamais teria sido cumprida.

Aos meus pais Elaine e Augusto, minha eterna gratidão, por sempre acreditarem em mim e tornarem também seus os meus sonhos.

Ao meu querido irmão Bruno, agradeço pelo apoio e incentivo costumeiros.

Ao meu namorado Leandro, pelo grande estímulo, pela compreensão durante o período em que me ocupei deste estudo e, principalmente, por toda a serenidade transmitida.

Agradeço também ao meu orientador, Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago, pelos preciosos ensinamentos e pela constante disposição em ajudar na elaboração deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar a possibilidade de aproveitamento das provas ilícitas no processo penal brasileiro, em casos excepcionais, ainda que em desfavor do réu – *in malam partem* ou *pro societate*. Para tanto, após delineadas noções essenciais ao estudo do tema, apresenta-se a vedação das provas ilícitas como direito fundamental de caráter relativo, passível de colisão com outros interesses, inclusive coletivos. Na busca do método mais racional para a solução destes conflitos, chega-se ao princípio da proporcionalidade, cuja atenta aplicação não permitirá a prevalência de determinado direito sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. Ademais, analisa-se a verdade como pressuposto de justiça e de legitimidade das decisões judiciais, máxime das penais, onde estão em jogo interesses indisponíveis. Ao final, conclui-se que, em determinadas situações, as provas ilícitas *pro societate* encontram abrigo na ordem jurídica brasileira e devem, pois, ser admitidas no processo em nome da maior concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Provas. Processo Penal. Provas ilícitas. *Pro societate*. *In malam partem*. Princípio da proporcionalidade. Princípio da verdade real.

## **ABSTRACT**

*The present work aims to analyze the possibility of using of tainted evidences in the Brazilian criminal law proceedings, in exceptional cases, even at the disfavor of the defendant – in malam partem or pro societate. For that, after outlined essential notions regarding the study of the subject, it is shown the tainted evidences interdiction as a fundamental right of relative nature, liable of collision with other interests, including those of collective nature. In the pursuit of the most rational method to settle those conflicts, it comes to the principle of proportionality, whose application will not allow the prevalence of certain right over other of equal or greater judicial valorative stature. Furthermore, it is analyzed the truth as a legitimacy and justice presupposition of the judicial proceedings, where unavailable interests are at stake. In the end, it is concluded that in certain situations, the tainted evidences pro societate are found to be in the shelter of the Brazilian judicial law and shall, therefore, to be admitted in the name of the greatest fundamental rights accomplishment.*

*Keywords: Evidences. Judicial Proceedings. Tainted evidences. Pro societate. In malam partem. Principle of proportionality. Principle of real truth.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA</b> .....	10
1.1 Conceito e finalidade das provas.....	10
1.2 Elementos, fontes, meios e objetos de prova.....	11
1.3 Procedimento probatório.....	12
<b>2 O DIREITO À PROVA E AS LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS</b> .....	15
<b>3. PROVAS ILÍCITAS</b> .....	19
3.1 Noções gerais.....	19
3.2 Ilicitude por derivação.....	22
3.3 Aproveitamento das provas ilícitas.....	25
<b>4. PROVAS ILÍCITAS <i>PRO SOCIETATE</i> E SEU SUSTENTÁCULO PRINCIPOLÓGICO</b> .....	29
4.1 Breves considerações sobre os princípios.....	29
4.2 Princípio da proporcionalidade.....	30
4.3 Princípio da verdade real.....	33
4.4 Admissibilidade das provas ilícitas <i>pro societate</i> .....	36
<b>CONCLUSÃO</b> .....	45
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	47



## INTRODUÇÃO

As provas constituem o instrumento de que se valem os sujeitos processuais para comprovar os fatos submetidos à jurisdição, objetivando a maior coincidência possível com a realidade histórica.

Não obstante a verdade constitua um valor fundamental para a justiça e a legitimidade das decisões judiciais, impede-se sua busca a qualquer preço, com o sacrifício da dignidade humana e de outros direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 instituiu um amplo sistema de garantias individuais, entre elas a vedação das provas ilícitas, elencada no artigo 5º, LVI: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Embora, a princípio, o dispositivo constitucional referido pareça suficientemente claro, cuja interpretação não suscite grandes dúvidas, a norma representa apenas o ponto de partida da célebre polêmica a respeito das provas ilícitas.

A questão da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos constitui um dos debates mais conturbados do Direito Processual moderno. Em meio às incontáveis celeumas acerca do tema, doutrina e jurisprudência pátrias e internacionais discutem a possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade para fins de permitir o aproveitamento das provas ilícitas em prol do resguardo de interesses mais relevantes no caso concreto. Afinal, ainda que a norma do art. 5º, LVI da CF/88 seja aparentemente categórica, não se pode negligenciar os inúmeros conflitos de direitos fundamentais com os quais se depara o operador do direito, compelindo-o a sopesar os valores postos em jogo para que possa alcançar um resultado justo.

No Brasil, admite-se amplamente a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, ou seja, poderá o réu se valer das provas obtidas com infringência à lei sempre que sejam aptas a provar sua inocência ou lhe garantam qualquer outro benefício, tal como a diminuição da pena.

Neste trabalho, será analisada a viabilidade de utilização da prova ilícita também em favor da coletividade, em casos excepcionais, como resultado da aplicação do referido princípio também em sua dimensão *pro societate*.

Na eleição do tema, levou-se em conta, especialmente, a grande dificuldade de aceitação social da norma que impede o aproveitamento das provas ilícitas no processo quando a exclusão destas resulta na impunidade de graves crimes.

A partir desse contexto, serão analisados a legislação e diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes à matéria, incluindo breves remissões ao direito alienígena.

De início, será abordada a teoria geral da prova, com a exposição de aspectos e conceitos introdutórios à temática em análise.

No segundo capítulo, será examinado o direito à prova e sua relação com inúmeras outras garantias constitucionais, bem como a existência das limitações probatórias, com enfoque no processo penal.

Em seguida, o estudo será direcionado especificamente para as provas ilícitas. Serão apresentadas noções gerais, como a clássica distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, além de um breve histórico sobre os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e sobre a legislação a respeito das provas ilícitas. Posteriormente, será abordada a ilicitude por derivação e, mais adiante, o aproveitamento das provas ilícitas, o qual, segundo concepção majoritária, ocorre apenas em benefício do réu, seja com base no princípio da proporcionalidade ou por meio da aplicação de causas excludentes de antijuridicidade.

No quarto e último capítulo, será realizada uma análise acerca da viabilidade de admissão das provas ilícitas *pro societate*, em casos de extrema gravidade, com esboço nos princípios da proporcionalidade e da verdade real.

Ao término do estudo, será apresentada a conclusão.

Através deste trabalho, espera-se contribuir para o debate acerca do tema eleito. Além de sua extrema relevância para o mundo jurídico, a questão influi diretamente no desfecho dos casos concretos submetidos à jurisdição e, portanto, deve ser enfrentada pelos operadores do direito, em especial pelo Poder Judiciário, na sua busca infundável pela realização da justiça.

## 1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA

### 1.1. Conceito e finalidade das provas

As provas constituem o instrumento através do qual se busca a reconstrução de determinado cenário fático do modo mais fidedigno possível, com vistas a alcançar um pronunciamento judicial legítimo e justo.

Em outras palavras, embora comum a todas as áreas do conhecimento humano, *“a prova, no processo, é a atividade que se destina a apurar a verdade dos fatos necessária para a tutela jurisdicional efetiva dos direitos protegidos pelo ordenamento jurídico.”* (GRECO, 2010, 106)

Não obstante a grande preocupação do Direito em reconstruir judicialmente os fatos, conforme veremos mais à frente todo o cenário criado pelas partes, por meio das provas, pode acabar distante da realidade, na medida em que nem sempre é possível reproduzir nos autos aquilo que efetivamente ocorreu no mundo naturalístico, com todas as suas minúcias. Nesse sentido, mais correto referimo-nos a uma verdade processual: *“quem prova, no processo, convence o juiz; assim fazendo, vence a disputa. Isso não significa que o resultado do processo deva ser, necessariamente, adequado e amoldado perfeitamente à realidade.”* (NUCCI, 2009, 15)

Doutrinariamente, utiliza-se a palavra *prova* em diversos sentidos, sendo os principais: a) *prova como meio*, que corresponde ao instrumento pelo qual as informações são trazidas ao processo - meios de prova; b) *prova como atividade*, ou seja, ato de colheita de elementos de convicção acerca de determinado fato; c) *prova como resultado*, significando o produto extraído da análise dos elementos de informação levados aos autos.

No que tange aos destinatários das provas, nota-se que a convicção do julgador aparece como elemento único do conceito de prova em parte da doutrina. Todavia, tal *“concepção subjetivista de uma realidade objetiva”*, nas palavras de Greco (2010, 109), mostra-se deveras superficial, mormente diante das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Isso porque as provas não possuem apenas a função de formar o convencimento dos órgãos do Poder Judiciário; são também destinatárias das provas as partes,

que têm o direito de discutir sobre o material probatório que instrui os autos com o adversário e também com o magistrado, para, ao final, aceitarem ou não a decisão judicial como justa.

Neste ponto, cabe ressaltar a relevância das provas no processo moderno, visto que possibilitam, em grande medida, o controle da correção das decisões judiciais. Em outros tempos, já foram suficientes justificativas como a da inspiração divina do julgador<sup>1</sup>, porém hoje se exige uma avaliação racional dos fatos, fundada em elementos probatórios e argumentações controláveis por toda a coletividade.

## 1.2. Elementos, fontes, meios e objetos de prova

Os elementos de prova são todas as circunstâncias nas quais reside a convicção do juiz, a exemplo do conteúdo de um documento ou do depoimento de uma testemunha.

Fontes de prova, por sua vez, constituem as pessoas ou coisas das quais possam advir os elementos de prova.

Já os meios de prova são os tipos de fontes dos quais se vale o juiz para conhecer a verdade dos fatos, estejam eles previstos ou não em lei (estes últimos, os chamados meios atípicos de prova ou provas inominadas).

Assim dispõe o art. 332 do CPC: *“todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”*.

Em outras palavras, trata-se de um sistema aberto que, conforme leciona Greco, admite tudo que não for ofensivo à dignidade humana, aos direitos fundamentais ou a algum outro valor excepcionalmente relevante (2010, 124).

Como exemplos de meios de prova, cite-se a confissão e as provas testemunhal, documental e pericial.

Os objetos da prova, por fim, são os fatos alegados pelas partes, os acontecimentos ou circunstâncias que devem ser conhecidos pelo juiz, a fim de que possa

---

<sup>1</sup> O processo germânico medieval, por exemplo, era marcado por um forte componente religioso, sendo comum o uso de ordálias e juízos de deus, em que o acusado era submetido à determinada prova física; acreditava-se que Deus não o deixaria sair com vida, ou sem algum sinal evidente, caso estivesse faltando com a verdade. (CICO, Alceu. *A evolução do Direito Processual*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_81/artigos/Alceu\\_rev81.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Alceu_rev81.htm)> Acesso em 20.06.2013)

emitir um juízo de valor. Capez (2006, 282) destaca que “*somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.*”

Tomando por base este raciocínio, não constituem objeto de prova, como regra: a) *fatos notórios*, sendo que a notoriedade deve ser atual e abranger todo o território nacional; b) *fatos contidos em presunção legal absoluta* (ex.: o menor de 18 anos é penalmente inimputável); c) *impossíveis*, que fogem às comprovações científicas (ex.: existe vida após a morte); d) *irrelevantes e impertinentes*, os quais, em última análise, não influenciarão na solução da controvérsia. (NUCCI, 2009, 17)

Note-se que são os fatos – e não o direito – o objeto da prova, via de regra, já que se presume que o juiz conhece o direito. Entretanto, casos há em que deverá ser provado que a norma existe e está em vigor, a exemplo do direito estrangeiro.

Ademais, é importante ressaltar que, no processo penal, mesmo os fatos incontroversos devem ser provados, em face dos princípios da verdade processual e do devido processo legal, e também levando em consideração que estão em jogo direitos indisponíveis, quais sejam o *jus puniendi* estatal e a liberdade do réu.

### **1.3. Procedimento probatório**

O procedimento probatório pode ser dividido em quatro fases, a saber: proposição, admissão, produção e apreciação.

O primeiro momento da atividade probatória consiste na indicação das provas pelas partes. Na seara penal, o Ministério Público deverá arrolar as testemunhas e requerer as diligências que entender cabíveis em sua peça acusatória, conforme art. 41 do CPP. A defesa, por sua vez, deverá especificar as provas que pretende produzir na resposta à acusação (defesa preliminar), nos termos do art. 396-A do CPP. Os documentos, como regra<sup>2</sup>, poderão ser apresentados em qualquer fase do processo, a teor do que dispõe o art. 231 do referido

---

<sup>2</sup> No procedimento do Tribunal do Júri, exige-se que os documentos sejam juntados no mínimo três dias antes da instrução em Plenário, a teor do que dispõe o art. 479 do CPP.

diploma processual. Nada impede também que provas sejam produzidas nos tribunais, na fase recursal, tendo em vista a previsão do art. 616 do CPP.

Registre-se que o juiz está autorizado a determinar a produção de provas que entenda imprescindíveis para o deslinde da causa, buscando satisfazer seu convencimento. No processo penal, a referida permissão legal é encontrada em dispositivos como os artigos 156, II e 209, *caput* do CPP, sendo que, no primeiro deles, a lei faculta ao juiz determinar a realização de “diligências”, enquanto no segundo lhe é permitido ouvir outras testemunhas, além daquelas indicadas pelas partes.

Tal poder conferido ao juiz pelo ordenamento jurídico não é visto com bons olhos por parte da doutrina, sob o argumento principal de que a imparcialidade daquele restaria comprometida. Sem pretender adentrar a fundo nesta discussão, defendemos aqui que o juiz poderia determinar a produção de provas diante de flagrante desequilíbrio entre as partes, isto é, quando vislumbrar que a deficiência na iniciativa probatória de uma delas poderá conduzir a um prejuízo a sua defesa ou ao direito de acesso à justiça. Desse modo, prestigiar-se-ia a igualdade entre as partes e também a busca por uma melhor reconstrução dos fatos.

A segunda fase do procedimento probatório ocorre quando o juiz manifesta-se sobre a admissibilidade das provas pleiteadas. Embora não haja um dispositivo legal que cuide do momento próprio para a decisão de admissibilidade, parece-nos razoável que o juiz se manifeste assim que provocado. Exemplificando: ao receber a denúncia, o juiz deve se pronunciar acerca de eventual ilegitimidade da prova requerida.

A terceira fase, por sua vez, consubstancia-se na produção das provas, que diz respeito aos atos praticados em juízo com o objetivo de comprovar as alegações. Segundo Paulo Rangel (2007, 440), “*neste momento as provas que foram indicadas pelas partes são submetidas ao crivo do contraditório, pois a produção é exatamente a valoração, feita pelas partes, do material probatório*”.

Note-se que, com relação às provas documentais, o juízo positivo de admissibilidade já conduz a sua produção nos autos.

Por fim, a quarta e última fase do procedimento probatório, na qual ocorrerá a apreciação das provas na sentença pelo juiz, devendo este explanar as razões de seu convencimento.

Neste ponto, mister seja feita uma referência acerca dos sistemas de apreciação das provas. Os modelos mais conhecidos são os seguintes: a) *íntima convicção*, segundo o qual o juiz poderá valorar livremente as provas, sem a necessidade de fundamentar suas decisões. Este sistema é utilizado no Tribunal do Júri, já que os jurados votam de forma imotivada e sigilosa; b) *prova legal* ou *prova tarifada*, no qual o valor de cada prova é preestabelecido pelo legislador, restringindo-se, pois, a atividade de julgar do magistrado; c) *livre convencimento motivado* ou *persuasão racional*, que significa que o juiz poderá apreciar livremente as provas produzidas, atribuindo-lhes o valor que entender razoável, porém deverá fundamentar o seu convencimento, sob pena de nulidade. Este sistema possui matriz constitucional, conforme artigo 93, IX da CF, e é adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, a teor do artigo 155, “caput” do CPP.

Não se pode olvidar que a motivação constitui garantia do jurisdicionado contra arbitrariedades e subjetivismos no processo, servindo de instrumento para a aferição da observância de inúmeras outras garantias esparsas ao longo do ordenamento jurídico, voltadas ao alcance da justiça no caso concreto. De acordo com Leonardo Greco (2010, 271), a motivação é elemento incontestado de um processo justo, e não deve ser observada apenas para justificar racionalmente a decisão do magistrado, mas também para demonstrar que ele tomou ciência de todo o conteúdo do processo e que todas as questões suscitadas foram devidamente apreciadas.

## 2. O DIREITO À PROVA E AS LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS

A Constituição Federal de 1988 alberga inúmeros direitos e garantias individuais, inclusive de forma notavelmente mais ampla se comparada às constituições anteriores. Conforme veremos adiante, o direito à prova, ora em análise, embora não consagrado expressamente na Carta Magna, relaciona-se de modo íntimo ao direito de ação, ao contraditório e à ampla defesa, ao devido processo legal, que constitui “*princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual*” (PACELLI, 2012), entre outras garantias, todas de supedâneo constitucional.

De acordo com o artigo 5º, inciso XXXV da CF, “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Trata-se, pois, do direito de ação, também chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual se consubstancia no direito de exigir do Estado a tutela jurisdicional, independente do direito material invocado. Todavia, ao garantir esse direito, não se limita a Carta Magna a permitir o acesso aos tribunais, ciente de que é preciso assegurar-lhe também um conjunto de garantias.

É de se notar que o exercício concreto e efetivo do direito de ação depende da ampla produção probatória, na medida em que o magistrado apenas alcançará a certeza necessária para proferir a decisão através das provas. Assim, às partes envolvidas no litígio deve ser dado o direito de produzir as provas que entendam relevantes para a elucidação dos fatos controvertidos e a solução final. Ademais, é inquestionável que a parte que melhor desempenhar seu ônus probatório, produzindo as provas pertinentes, aptas a demonstrar a verdade dos fatos alegados, terá maior chance de obter triunfo na contenda processual.

Mais à frente, ainda no capítulo “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, a Lei Maior assim prevê: “*LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

De acordo com Luiz Francisco Torquato Avolio, o princípio do contraditório pressupõe a paridade de armas, “*corresponde ao princípio da igualdade das partes, dentro do processo, que terão as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas e influir, enfim, no convencimento do juiz.*” (AVOLIO, 2012, 28).



Como nuance do princípio do contraditório, destaca-se a ideia de efetiva participação, consubstanciada no direito de influir ativamente no desenvolvimento e no deslinde do processo. Neste ponto, insere-se justamente o direito à prova, pois nada melhor do que provar para exercer influência sobre o convencimento do julgador.

Em respeito ao contraditório, podemos citar como exemplo a proibição de que as partes se utilizem de prova produzida fora do processo (prova emprestada), quando colhida sem a participação da parte a quem deva afetar, bem como o dever do magistrado de consentir na participação dos interessados na produção das provas.

Prosseguindo na análise, não há dúvidas de que a defesa também possui direito à produção das provas, sobretudo àquelas destinadas a afastar os fatos em que se funda a ação. No processo penal, o acusado goza da presunção de inocência, a qual apenas pode ser superada pela prova efetiva de sua culpa, exigindo-se, para a condenação, o estado de certeza do magistrado. Entretanto, tal situação não desnatura a importância da produção das provas pela defesa, lembrando que o direito de acesso ao Poder Judiciário se expressa não somente no direito de ação, mas também no direito de defesa. Ao réu deve ser dado o direito de provar, por exemplo, a inverdade da acusação que lhe é imputada, e, conforme veremos mais à frente, autoriza-se, de modo bastante pacífico e em nome da ampla defesa, até mesmo o ingresso nos autos de provas obtidas ilicitamente.

Vejamos o que diz o autor Paulo Rangel:

*É cediço que a sociedade, encarnada na figura do Ministério Público, tem o direito de exigir do Estado-juiz a punição daquele que ofende a ordem jurídica, submetendo-o, assim, ao império da ordem e da lei. Porém, não é menos verdade que aquele que for acusado da prática de um injusto penal tem o direito de se contrapor à pretensão acusatória, ou seja, exercer seu direito de defesa. (RANGEL, 2007, 406)*

Na seara penal, o direito à prova não é apenas processual, porquanto a acusação necessita de um suporte probatório mínimo a fim de que a denúncia seja recebida pelo magistrado. Neste ponto, interessante ressaltar que há entendimento doutrinário no sentido de que são provas apenas aquelas produzidas no bojo do processo, em contraditório e perante o juiz natural, sendo os atos de prova produzidos no inquérito meros elementos de informação, via de regra<sup>3</sup>. Entretanto, preferimos adotar neste trabalho uma conceituação mais

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 130-134.

ampla de prova, significando qualquer elemento que possa gerar nos envolvidos no litígio a convicção acerca de determinado fato, mesmo porque, em muitos momentos, o próprio Código de Processo Penal utiliza o termo “prova” deste modo mais abrangente.<sup>4</sup>

Por fim, é preciso esclarecer que o direito à prova surge como garantia implícita no devido processo legal, que é um princípio fundamental da ordem jurídica brasileira, base para a aplicação dos demais princípios e garantias, e também um dogma constitucional: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (cf. art. 5, LIV, CF).

É evidente que não basta dar às partes a possibilidade de se pronunciar sobre os fatos da causa e suas pretensões, sendo imprescindível proporcionar-lhes o direito de provar a veracidade das alegações deduzidas em juízo, direito esse sem o qual não se concebe um devido processo legal.

Entretanto, a despeito da relevância do direito à prova para uma tutela jurisdicional efetiva e sua estreita relação com inúmeras garantias constitucionais, a atividade probatória encontra limites de diversas naturezas, impedindo-se a busca pela verdade dos fatos de qualquer modo e a qualquer custo.

No processo penal, onde o indivíduo vê ameaçada sua liberdade pelo direito de punir do Estado, torna-se mais nítida a necessidade de imposição de limitações probatórias.

Não obstante se trate de um direito, ao juiz da causa é permitido, por exemplo, examinar a pertinência da prova requerida (cf. art. 400, §1º do CPP), com o objetivo primordial de evitar atos meramente protelatórios, sem qualquer utilidade potencial à resolução da controvérsia, em prestígio aos princípios da boa-fé e da celeridade processual.

Ainda como limitações à atividade probatória, citemos a prova do estado das pessoas, que deverá obedecer às restrições estabelecidas na lei civil, consoante parágrafo único do art. 155 do CPP, bem como àquela atinente ao segredo profissional, segundo a qual são proibidas de depor as pessoas que devam guardar segredo, conforme art. 207 do mesmo diploma processual.

Ademais, tanto as partes quanto o Estado, detentor do monopólio da jurisdição, devem respeitar a barreira protetora que a Constituição erige em torno do indivíduo,

---

<sup>4</sup> Como exemplo, cite-se o art. 6º, III do CPP, o qual dispõe que a autoridade policial deverá “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”.

protegendo sua intimidade, honra, imagem, assegurando a inviolabilidade de seu domicílio, entre outras garantias. Luiz Francisco Torquato Avolio (2012, 24) destaca que *“tanto as liberdades quanto o próprio processo sujeitam-se a preceitos e finalidades éticas, daí a necessidade de imposição de limites às ingerências estatais e à própria atividade probatória das partes”*. Nesse sentido, a vedação das provas obtidas por meios ilícitos também representa uma restrição do direito à prova, todavia, considerando que essa constitui a questão nuclear do presente trabalho, preferimos tratá-la separadamente, a seguir.

### 3. PROVAS ILÍCITAS

#### 3.1. Noções gerais

Vimos no capítulo anterior que a liberdade probatória não vigora de forma absoluta em nosso sistema jurídico, de modo que a busca pela verdade encontra limites, tanto de índole material quanto processual. Um desses obstáculos, e possivelmente o mais discutido, consiste na vedação das provas obtidas por meios ilícitos, consagrada pela Constituição Federal e também pelo Código de Processo Penal.

De início, é importante mencionar que grande parte da doutrina distingue as provas ilícitas das provas ilegítimas, sendo ambas espécies do gênero *provas vedadas*. Prova ilícita propriamente dita seria aquela colhida com infração a normas ou princípios de direito material, enquanto a prova ilegítima seria aquela violadora do direito processual. Exemplificativamente, seriam ilícitas as provas colhidas com ofensa ao direito de privacidade, a confissão mediante tortura ou apreensão de documento realizada com violação de domicílio, e provas ilegítimas o interrogatório do réu sem que lhe tenha sido conferido o direito à entrevista prévia com seu advogado, bem como a exibição de documento em plenário do Júri com desobediência ao que dispõe o art. 479 do CPP. Enquanto nas provas ilícitas a violação ocorre no momento da colheita da prova, nas segundas a ofensa à lei processual se dá no momento de sua produção nos autos.

A par dessa distinção, existem inúmeras outras terminologias e classificações doutrinárias. A título de exemplo, cite-se a classificação do autor Paulo Rangel (2007, 413), que divide o gênero *prova ilegal* em três espécies: a) *prova ilícita*, colhida com ofensa ao direito material; b) *prova ilegítima*, violadora do direito processual; c) *prova irregular*, quando ocorre o descumprimento de formalidades legais, a exemplo de um mandado de busca no qual não constem os fins da diligência. De toda feita, registre-se que, neste trabalho, a expressão *provas ilícitas* se destina a abarcar, precipuamente, as lesões ao ordenamento jurídico em seu aspecto material.

Luiz Fernando Torquato Avolio (2012, 43) adverte que o tema das provas ilícitas foi negligenciado durante um longo tempo. Isso porque o apego excessivo pela busca da verdade real e o dogma do livre convencimento do juiz, somados à escassa sensibilidade

para os valores constitucionais, ou mesmo à ausência de garantias positivadas pelo legislador constituinte, impediam um debate aprofundado sobre a questão.

Diante desse quadro, os primeiros pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre as provas obtidas ilicitamente foram no sentido de admiti-las no processo, sob o pressuposto de que a mácula na colheita da prova não comprometeria, necessariamente, a veracidade da informação. Dentre os juristas alemães, Schönke defendia que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre formalidades antijurídicas no procedimento; Guasp reputava eficaz a prova ilicitamente obtida, ou seja, considerava a verdade revelada por ela, sem prejuízo da aplicação de sanções ao responsável pelo comportamento ilegal do qual a prova havia se originado. Na doutrina italiana, aludia-se à máxima *male captum, bene retentum* (“mal colhida, mas bem preservada”), partilhando da mesma conclusão quanto às provas ilícitas (AVOLIO, 2012, 44).

No Brasil, até o advento da Constituição de 1988, também preponderava a teoria da admissibilidade, especialmente no direito de família, argumentando-se que a indisponibilidade de certos direitos, nesta seara, deveria conduzir à prevalência da busca pela verdade real.

Com o passar do tempo, grande parte dos operadores do direito se atentou para a necessidade de resguardar os direitos do indivíduo e protegê-lo face a práticas probatórias abusivas, passando a cogitar da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, ainda que com o sacrifício da verdade e da própria pretensão punitiva estatal. Conforme explicita Avolio (2012, 47), “*a doutrina dominante reporta-se aos novos preceitos constitucionais, para reforçar a perspectiva de que o objetivo principal deve ser a salvaguarda dos direitos do homem*”, referindo-se o autor, neste excerto, à nova concepção da doutrina alemã.

Ademais, percebeu-se que, além de atuar no controle da atividade estatal persecutória, tutelando direitos e garantias individuais, a vedação das provas ilícitas funcionaria também como garantia da qualidade do material probatório a ser utilizado no processo, impedindo o aproveitamento de elementos despidos de credibilidade ou cuja idoneidade probatória seja questionável, a exemplo da confissão obtida mediante tortura.

Seguindo a tendência no direito comparado, a Constituição brasileira de 1988 explicitou tal vedação às provas ilícitas em seu art. 5º, inciso LVI, *in verbis*: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Com este enunciado,

positivou-se uma restrição à atividade probatória e uma garantia fundamental inerente ao Estado Democrático de Direito, onde os fins não justificam os meios, não se admitindo a prova do fato a qualquer preço, ao arrepio das liberdades públicas e, por conseguinte, da própria lei.

Referindo-se à preocupação do constituinte ao vedar a introdução, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, Nucci (2009, 15) assim afirma:

*Afinal, o que é injusto, ilegal, contrário ao ordenamento jurídico, não deve ter força suficiente para gerar, no espírito do julgador, a convicção de culpa ou de inocência. A busca pela geração da certeza dos fatos alegados limita-se pela limpidez dos argumentos, calcados em provas igualmente lícitas.*

Cumprе ressaltar que a vedação das provas ilícitas, juntamente com inúmeras outras garantias insculpidas no texto constitucional brasileiro, representam a síntese de um momento histórico e político no país, no qual o povo insurgia-se contra os abusos cometidos durante o regime da ditadura militar. Superada essa conturbada página da história do Brasil, optou o constituinte por priorizar o resguardo da vida privada dos indivíduos e da dignidade humana, buscando evitar as intoleráveis violações sistemáticas aos direitos fundamentais de outrora.

Duas décadas após a promulgação da Constituição Federal, o legislador ordinário logrou estender a previsão sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas ao Código de Processo Penal. A Lei 11.690/08 conferiu a seguinte redação ao *caput* do art. 157 do referido diploma processual: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Note-se que a nova lei foi além do que previu o legislador constituinte, esclarecendo o que se deve entender por ilícito, além de ter estabelecido o destino das provas ilícitas, ou seja, a sanção de desentranhamento - e posterior inutilização -, prevista no §3º do dispositivo supracitado.

Nucci (2009, 36) defende a instauração de um incidente para apurar a ilicitude da prova, podendo o magistrado valer-se, por analogia, dos dispositivos atinentes ao incidente de falsidade (arts. 145 e seguintes do CPP), dada a ausência de procedimento legal específico. Reconhecida a ilicitude, deve o juiz proferir uma decisão declaratória nesse sentido, determinando o desentranhamento da prova e sua conseqüente destruição.

Valendo-se da teoria da tipicidade - segundo a qual a conduta que não se insere no tipo é juridicamente inexistente -, Luiz Fernando Torquato Avolio (2012, 89) conclui que a prova ilicitamente obtida deve ser considerada como inexistente e totalmente ineficaz desde a sua origem: “(...) *as provas ilícitas, porque consideradas inadmissíveis pela Constituição, não são por esta tomadas como provas. Trata-se de não ato, não prova, de um nada jurídico, que as remete à categoria da inexistência jurídica.*”

Entretanto, uma vez admitidas provas ilícitas no processo e valoradas pelo juiz em sua sentença, a despeito da vedação constitucional, será o ato jurisdicional eivado de nulidade. Por óbvio, o alcance da referida proibição deve extrapolar a segunda fase do procedimento probatório, qual seja a do juízo de admissibilidade, abrangendo também os demais momentos relativos à prova, sob pena de frustrar a *ratio essendi* do princípio da vedação das provas ilícitas. Ademais, ainda que não se possa efetivamente impedir que o magistrado se deixe influenciar pelas provas inadmissíveis com as quais obteve contato, ao menos lhe será defeso fundamentar sua decisão com base nestas.

Registre-se, por fim, que, atualmente, doutrina e jurisprudência dominantes no Brasil manifestam-se pela inadmissibilidade das provas ilícitas, mitigada, entretanto, por muitos, pela teoria da proporcionalidade, mormente no que tange à prova ilícita utilizada em benefício da defesa, conforme veremos mais à frente. Cumpre mencionar que, de forma minoritária, ainda existem adeptos do entendimento de que sempre deverá prevalecer o interesse da Justiça no descobrimento da verdade. Segundo esta vertente, a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento formador do convencimento do juiz, de modo que a prova seria válida e eficaz, sem prejuízo da sanção do infrator.

### **3.2. Ilicitude por derivação**

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), cuja origem é atribuída à Suprema Corte norte-americana, prevê que toda prova obtida em decorrência de outra que foi colhida ilicitamente será também ilícita, embora por si mesma não seja dotada de qualquer vício. Em outras palavras, “*concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.*” (AVOLIO, 2012, 67)

Assim, revelam-se inadmissíveis os elementos probatórios que derivam ou possuem fundamento causal em prova comprometida pela mácula da ilicitude originária, devendo ser desentranhados do processo, seguindo a sorte desta última.

Como exemplos de provas ilícitas por derivação, citem-se a confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser apreendido, bem como a prova testemunhal possibilitada pela interceptação telefônica feita sem ordem judicial.

É imperativo destacar que a tradicional doutrina em comento nada mais é do que uma decorrência lógica da vedação das provas ilícitas. De fato, o escopo do legislador ao estabelecer tal proibição não poderia ser alcançado limitando-se seus efeitos às provas diretamente obtidas. Se o objetivo é impedir a violação de direitos fundamentais, é necessário repudiar não apenas a violação em si, mas tudo o que dela deriva. Se o indivíduo que colheu a prova ilicitamente puder aproveitar as informações fornecidas por esta para chegar a outras provas, às quais somente teria acesso a partir da primeira, haverá, por óbvio, um estímulo a práticas ilícitas. Conforme assevera Nucci (2009, 32),

*de nada adiantaria preservar os direitos e garantias humanas fundamentais no nascedouro da produção da prova, permitindo-se, depois, a utilização de derivações flagrantemente inconsistentes, pois calcadas em alicerces podres. É o conhecido brocardo: “árvore envenenada não pode dar bons frutos”.*

A Constituição Federal de 1988 não veda, expressamente, as provas ilícitas por derivação, porém com o advento da Lei n.º 11.690/08, a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. Assim enuncia o §1º do art. 157 do Código de Processo Penal, inserido pela mencionada lei:

*§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.*

É de se observar que a aplicação da teoria supramencionada não é irrestrita, ao contrário, comporta temperamentos até mesmo no direito americano, responsável por sua criação. A novel legislação brasileira trouxe exceções à vedação das provas ilícitas por derivação, estabelecendo dois casos em que os elementos probatórios derivados poderão ser aproveitados no processo: a) quando não evidenciado o nexo de causalidade entre ambas (prova derivada e prova ilícita); b) quando a derivada puder ser obtida por uma fonte independente da primeira (ilícita).



No primeiro caso, conforme observa Nucci (2009, 34), não há, de fato, prova ilícita por derivação, na medida em que, ausente o nexo de causalidade, que constitui o liame vinculador entre duas provas, deixa de existir, igualmente, a derivação. A segunda exceção legal, também inserida por zelo do legislador, aduz à situação em que a prova possui variadas fontes e, sendo uma delas lícita e independente das demais, isso já será suficiente para a admissão da mencionada prova como lícita no processo.

Nesses termos, nem sempre uma prova obtida por meios ilícitos conduzirá, necessariamente, à inadmissibilidade de todas aquelas a ela subsequentes. Resta claro que um alargamento excessivo da doutrina dos frutos da árvore envenenada será capaz de produzir um quadro vultoso de impunidade. Assim, Pacelli (2012, 355) defende o não trancamento do inquérito, ainda que ilícita a prova inaugural, sendo necessário um exame minucioso de cada situação concreta para avaliar eventual derivação da ilicitude.

A questão das provas ilícitas por derivação já suscitou grandes discussões inclusive entre os ministros do Supremo Tribunal Federal. De início, quando chamado a se manifestar sobre o assunto, o Tribunal chegou a entender pela não aplicação da teoria norte-americana<sup>5</sup>, entretanto, atualmente, opta por acolher a doutrina dos frutos da árvore envenenada, ressalvada a desvinculação causal com a ilicitude originária.

Neste último sentido, o julgamento do HC 93.050/RJ, de relatoria do Min. Celso de Mello, cuja ementa, pertinente ao assunto, colaciona-se:

(...)  
 A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS 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 estatais, que

<sup>5</sup> V. HC 69.912/RS, publicado em 26/11/1993.

*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 estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, 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 - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - 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)", v.g. (STF, HC 93050, Relator Min. Celso de Mello, Publicado em 01/08/2008)*

Saliente-se, por fim, que, se a temática das provas ilícitas gera inúmeras controvérsias entre os operadores do direito, tal fato se deve, em grande medida, especificamente ao problema da ilicitude por derivação. A recente regulamentação da matéria não é suficiente para dirimir todas as dúvidas; ao contrário, ela conduz a algumas dificuldades práticas, que demandarão profundo exame do caso concreto, tais como o que se deve entender por “fonte independente de prova” e o que seriam exatamente os “trâmites típicos e de praxe” aos quais alude o §2º do art. 157 do CPP. Conforme se vê, o legislador se valeu de expressões de difícil identificação e controle por parte dos interessados na atividade probatória, o que deve ser evitado a todo custo no âmbito do processo penal.

### **3.3. Aproveitamento das provas ilícitas**

Como vimos, as provas que foram obtidas com violação a normas constitucionais ou legais encontram vedação expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Consoante já dito, tal proibição representa, indubitavelmente, um considerável avanço na estrutura de proteção dos direitos fundamentais.

Ocorre que a inadmissibilidade das provas ilícitas vem sendo flexibilizada, sobretudo em benefício do réu. Doutrina e jurisprudência dominantes tem se pronunciado no sentido de admitir tal mitigação com vistas a privilegiar o direito de defesa, garantido constitucionalmente e de forma prioritária no processo penal - onde reina o princípio do *favor*

*rei* - e também em homenagem aos valores supremos da liberdade humana e da justiça. Assim, prevalece o entendimento de que o réu poderá se valer, no processo, das provas obtidas com infringência à lei (material ou processual), sempre que sejam aptas a provar sua inocência ou lhe garantam qualquer outro benefício, tal como a diminuição da pena.

Por óbvio, não há qualquer interesse do Estado e da sociedade em condenar pessoas inocentes - o que, em última análise, significaria a impunidade do verdadeiro culpado - ou mesmo puni-las além do que é realmente devido. Em um Estado Democrático de Direito, seria inconcebível e uma grande injustiça impedir o réu de fazer prova de sua inocência sob o argumento de que interceptação telefônica do qual se valeu não foi realizada com autorização judicial ou de que a correspondência, fundamental a sua defesa, não poderia ter sido violada, por exemplo.

Saliente-se que a vedação das provas ilícitas objetiva justamente proteger os direitos e garantias individuais, e não conduzir a injustas e desarrazoadas condenações. Sobre este ponto, assim leciona Pacelli (2012, 320):

*(...) o seu não aproveitamento, fundado na ilicitude, com a finalidade de proteção do direito, constituiria um insuperável paradoxo: a condenação de quem se sabe e se julga ser inocente, pela qualidade probatória da prova obtida ilicitamente, seria, sob quaisquer aspectos, uma violação abominável ao Direito, ainda que justificada pela finalidade originária de sua proteção (do Direito).*

Tem-se entendido que, quando a colheita da prova ilícita é realizada pelo próprio acusado, sua conduta está amparada por uma excludente de ilicitude, vez que presente uma das causas de justificação: o estado de necessidade ou a legítima defesa. Assim, em última análise, a conduta do réu será resguardada pelo próprio direito, em homenagem à ampla defesa, havendo apenas uma aparente violação às normas legais. Saliente-se que, de acordo com Pacelli (2012, 320), haverá a exclusão da ilicitude e a prova será validamente aproveitada no processo penal ainda que seja obtida por terceiros, e mesmo que não possuam conhecimento da situação de necessidade do acusado.

Nesse sentido, o julgamento do HC nº 74678/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal afastou a ilicitude de gravação de conversa telefônica realizada em legítima defesa:

*"Habeas corpus". Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento 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 crime -, é ela,*

*por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido.*

(STF, HC 74678, Rel. Min. Moreira Alves, Publicado em 15/08/1997)

De outro lado, se não afastada a ilicitude, pode-se cogitar do aproveitamento das provas obtidas por meios ilícitos através da utilização da proporcionalidade, cujo exame mais detido será feito a seguir. De toda forma, adiante-se que a aplicação desta teoria parte do pressuposto de que a vedação das provas ilícitas não possui caráter absoluto, devendo ser interpretada de forma coerente e razoável, de modo que sucumbirá, em casos excepcionais, perante bens jurídicos de maior valor no caso concreto.

Mais uma vez, a teoria da proporcionalidade vem sendo invocada, na maior parte dos casos, apenas sob a ótica do direito de defesa, ou seja, *pro reo*. Decerto, em inúmeras situações, o mal causado na infração praticada com a finalidade defensiva será menos relevante juridicamente do que aquele que ocorreria com a condenação de um inocente. Exemplificando: o acusado grava uma conversa telefônica realizada entre ele e outro interlocutor, sem o conhecimento deste, e obtém prova de sua inocência. Neste caso, não se pode olvidar que a liberdade do réu possui maior peso do que o sigilo das comunicações e, portanto, mostra-se razoável a quebra deste sigilo em benefício daquele, que não possuía outros meios (lícitos) para se defender. Prevalece, pois, o direito do réu de livrar-se da punição por um crime que não cometeu, evitando que seja privado injustamente de sua liberdade.

Mister ressaltar que o próprio legislador, diante de um contraste de valores, optou por privilegiar o direito de defesa face à intimidade no art. 233, parágrafo único do Código de Processo Penal, quando permitiu que as cartas interceptadas ou obtidas por meios criminosos possam ser exibidas em juízo pelo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que sem o consentimento do signatário.

A doutrina que defende o aproveitamento das provas ilícitas em favor da defesa argumenta que a vedação destas provas foi estabelecida com o objetivo de controlar a atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando atos ilegais por parte dos agentes públicos, que são os grandes responsáveis pela produção da prova. Assim, essa garantia individual não poderia ser utilizada contra quem é seu originário titular, impedindo-se a

utilização de prova ilícita favorável ao réu, e tampouco poderia ser afastada em prol da acusação.

Entretanto, a inadmissibilidade das provas ilícitas não se destina unicamente ao Estado, lembrando que os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto na relação entre o Estado e o particular quanto na relação entre particulares. A nosso ver, o aproveitamento de dados probatórios obtidos ilicitamente no processo penal deverá ocorrer, em determinados casos, não sob a ótica do destinatário da norma, mas em respeito ao princípio da proporcionalidade, quer seja em favor do réu (*pro reo* ou *in bonam partem*) ou em prol da acusação (*pro societate* ou *in malam partem*). Conforme será exposto à frente, defendemos que esse indispensável critério hermenêutico possa ser invocado também como respaldo à utilização da prova ilícita em desfavor do réu, em situações excepcionais nas quais seja mais relevante a defesa do interesse público e da coletividade.

## 4. PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE* E SEU SUSTENTÁCULO PRINCÍPIOLÓGICO

### 4.1. Breves considerações sobre os princípios

De início, rememore-se que o modelo jurídico tradicional era voltado apenas para a interpretação e aplicação das regras. Modernamente, no entanto, o sistema jurídico passou a ser concebido como um conjunto de regras e princípios.

Distinguem-se ambas as espécies de normas jurídicas por inúmeros critérios, destacando-se que as regras são comandos objetivos, descritivos de condutas a serem seguidas, enquanto os princípios constituem mandados de otimização, devendo ser aplicados na maior intensidade possível, levando-se em conta os elementos fáticos e jurídicos presentes na hipótese. A partir dessa combinação de normas, confere-se ao ordenamento jurídico a carga necessária de segurança jurídica - papel desempenhado pelas regras - e, ao mesmo tempo, evita-se seu engessamento, vez que os princípios permitem a incorporação dos valores da época, adequando o sistema à realidade.

No lugar de simples fontes subsidiárias, os princípios, jungidos à própria Carta Magna, passaram a deter supremacia e foram alçados à categoria de vetor axiológico e verdadeiro fundamento de todo o sistema jurídico. Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, 545):

*Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo.*

O reconhecimento da normatividade dos princípios contribuiu para a concretização do direito como um todo, mas trouxe grandes avanços especificamente na proteção das liberdades públicas. Atualmente, entende-se que o magistrado não deve ficar adstrito à mera aplicação literal de dispositivos legais, senão deverá interpretá-los em consonância com os inúmeros princípios que integram o sistema jurídico de modo que melhor realize os direitos fundamentais e o ideal de justiça no caso concreto.

## 4.2. Princípio da proporcionalidade

A ideia encerrada no princípio da proporcionalidade sempre esteve ligada à compreensão do direito, simbolizado pelo equilíbrio da balança de Thémis. Porém, de acordo com AVOLIO (2012, 57), a transposição do princípio para o plano constitucional se deve, em grande parte, ao Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), o qual foi lançando mão de expressões como “excessivo” (*übermassig*), “inadequado” (*unuangemessen*) e “necessariamente exigível” (*efforderich, unerlasslich*) até sedimentar o princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsprinzip*) como postulado aplicável a toda atividade estatal e extensivo aos vários ramos do direito.

O princípio da proporcionalidade, também chamado de razoabilidade, contempla três subprincípios: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2009, 366), o primeiro subprincípio exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A necessidade, por sua vez, significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo seria igualmente eficaz na consecução de tais objetivos. Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe uma rigorosa ponderação e equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

No Brasil, ao contrário do que ocorre em outros países, não há uma referência expressa no texto constitucional ao princípio da proporcionalidade, todavia isso não representa nenhum óbice ao seu reconhecimento. Discute-se a sua sede material, em outras palavras, sua derivação, se do Estado de Direito, dos direitos fundamentais ou de outro princípio, como o devido processo legal, mas o que releva é que o princípio vem sendo aplicado em grande medida, de forma cada vez mais intensa, pelos juízes e tribunais brasileiros, inclusive e especialmente pelo Supremo Tribunal Federal.

Paulo Bonavides (2006, 434), sobrelevando o papel do princípio da proporcionalidade no cenário jurídico atual, assim considera-o:

*O que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.*

O princípio em análise tem por objetivo equilibrar valores fundamentais antagônicos para que se chegue a uma justa e segura aplicação do direito. Ao que interessa no presente trabalho, a teoria da proporcionalidade insere-se no tema da inadmissibilidade das provas ilícitas permitindo que se afaste a vedação probatória em determinadas circunstâncias, nas quais outros valores constitucionalmente assegurados sejam mais relevantes. Trata-se, pois, da análise dos bens jurídicos em contraste e verificação acerca de qual deles possui maior peso no caso concreto, tomando como base a ideia de relatividade dos direitos.

A vedação das provas ilícitas, como de resto todos os demais direitos fundamentais, não possui caráter absoluto, e deverá ceder em determinadas situações, quando em confronto com outros direitos de maior valor no caso concreto. Saliente-se que a tutela normativa de qualquer bem ou valor é sempre abstrata; no plano da realidade concreta, surgirão, inevitavelmente, situações de conflito entre valores igualmente protegidos pela Carta Magna, nas quais, segundo Pacelli (2012, 344), “*somente um juízo de proporcionalidade na interpretação do Direito, orientado pela vedação do excesso e máxima efetividade dos direitos fundamentais, é que poderá oferecer soluções plausíveis*”.

Sobre a inexistência de direitos absolutos, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 93250:

*Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. 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. (STF, HC 93250, Rel. Ellen Gracie, Publicação em 26/06/2008)*

De acordo com AVOLIO (2012, 62), a jurisprudência alemã, além de aplicar certas causas de justificação, como a legítima defesa e o estado de necessidade, admite exceções à proibição das provas obtidas inconstitucionalmente quando se trata de realizar exigências superiores de caráter público ou privado, valendo-se da noção de proporcionalidade. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por sua vez, admite a plena utilização da prova ilícita quando favorável ao réu, em nítida aplicação da teoria da razoabilidade.

No Brasil, consoante já dito, a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa é de grande aceitação pela doutrina e jurisprudência. Em



contrapartida, são poucos os que admitem este princípio em sua dimensão *pro societate*, ou seja, para respaldar a utilização de provas ilícitas pela acusação.

A seguir, colaciona-se trecho de ementa de julgado, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, em que o Supremo Tribunal Federal rejeitou a invocação do princípio da proporcionalidade para se admitir a valoração de prova ilícita em desfavor do réu:

*I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. (STF, HC 80949, Rel. Sepúlveda Pertence, Publicação em 14/12/2001)*

No mesmo sentido, o julgamento do HC nº 79512/RJ:

*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.*

(...)

*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.*

(STF, HC 79512, Rel. Sepúlveda Pertence, Publicação em 16/05/2003)

Não obstante seja esse o entendimento dominante, defendemos, conforme será melhor exposto a seguir, que a proporcionalidade possa ser invocada como fundamento para a admissão de provas ilícitas também em desfavor do réu, em situações excepcionais em que observância intransigente do artigo 5º, inciso LVI da CF levaria à lesão de um direito fundamental ainda mais valorado no caso concreto.

Convém mencionar que não faltam críticas à teoria da proporcionalidade, no sentido de que ela encerra um subjetivismo ínsito e constitui um parâmetro demasiado vago e perigoso especialmente para a sistematização das vedações probatórias. No entanto, não se trata de uma opção do aplicador do direito; ao contrário, a utilização da proporcionalidade constitui medida necessária para garantir a convivência dos direitos fundamentais e a salvaguarda de valores antagônicos.

Conforme destaca Luís Roberto Barroso (2009, 310-311), as Constituições modernas são documentos essencialmente dialéticos, consagrando bens jurídicos que se contrapõem. Assim, sendo inevitável a existência de colisões de normas constitucionais, impõe-se a utilização da ponderação<sup>6</sup>, já que a subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, tampouco os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialidade – quando a colisão se dá entre dispositivos da Constituição originária.

### **4.3. Princípio da verdade real**

De modo geral, atribui-se à prova uma função objetiva de revelação da verdade, a partir da qual o magistrado formará seu convencimento. Contudo, muito se questiona sobre o alcance desta verdade no processo, vale dizer, sobre a possibilidade de descoberta de uma verdade plenamente condizente com os fatos ocorridos.

Tradicionalmente, o conceito de verdade real (ou verdade material) é associado ao processo penal, seara em que o juiz teria o poder-dever de investigar a fundo a realidade

---

<sup>6</sup> De acordo com BARROSO (2009, 336-338), há quem situe a ponderação como um componente do princípio mais abrangente da proporcionalidade, outros já a vislumbram como um princípio próprio. De toda feita, para o autor, “*a ponderação socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito*”.

dos fatos, dada a relevância dos interesses envolvidos - o *jus puniendi* estatal e a liberdade humana. Em contrapartida, o conceito de verdade formal - aquilo que resulta verdadeiro em face das provas carreadas aos autos - é comumente ligado ao processo civil, no qual o juiz se limitaria a assistir inerte à produção probatória pelas partes.

Entretanto, tal dicotomia material-formal é criticável no cenário jurídico contemporâneo. No processo civil, o princípio dispositivo foi mitigado, a ponto de se permitir ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício. Saliente-se que também neste âmbito existem direitos e interesses de caráter indisponível, como o estado das pessoas, o meio ambiente, entre outros. No campo do processo penal, por sua vez, substituiu-se o sistema puramente inquisitivo pelo acusatório, não deixando completamente à margem uma parcela de dispositividade das partes em relação às provas. Poderá o juiz criminal superar eventual desídia das partes na colheita probatória, não se contentando apenas com os fatos que a acusação e a defesa submetam a sua consideração, mas essa atividade judicial será cercada de limites, incluindo aqueles advindos da adoção do sistema acusatório.

Também sob o aspecto terminológico essa antítese se mostra inadequada. Isso porque a moderna doutrina processual prefere aludir a uma verdade jurídica, que constitui aquela obtida por vias formalizadas, ou seja, que emerge de um procedimento baseado em critérios de admissibilidade e de exclusão de provas previamente estabelecidos. Em outras palavras, a verdade, que interessa a qualquer processo, seja cível ou penal - não obstante as peculiaridades procedimentais de um e outro - será sempre processual, dependente da contribuição das partes e do juiz e baseada nos elementos de prova que se encontram nos autos, o que, por vezes, conduzirá a um afastamento da realidade histórica.

Não se duvida da grande dificuldade de o processo revelar a verdade ou formular juízos de certeza a respeito dos fatos. As partes somente produzem provas de circunstâncias que a elas interessam; o paradigma da celeridade acaba por representar, de certa forma, um entrave à busca da verdade; as técnicas de pesquisa desta são cercadas por diversos limites ético-jurídicos e o próprio conhecimento humano impede que a verdade absoluta esteja sempre acessível.

Entretanto, em que pese a grande descrença de que a verdade real possa ser descortinada pela atividade probatória das partes, seu alcance deve ser um escopo, uma meta a ser perseguida pelos sujeitos processuais. Isso porque a verdade constitui valor fundamental

no Estado Democrático de Direito, visto que é pressuposto de justiça e de legitimidade das decisões judiciais, mormente das penais, em que estão em jogo interesses indisponíveis e de grande relevância. A dificuldade em alcançá-la não diminui seu valor para o processo e para a concretização da justiça, elencada pela Carta Magna como valor supremo e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, Pacelli (2012, 318) afirma que *“por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional”*.

Por óbvio, não se pode admitir a busca da verdade a qualquer preço, colidindo com a barreira protetora constitucional. Tampouco se deseja sobrestimar o conceito de verdade para dar guarida a desvios de autoridades públicas, tal como ocorria nos Estados autoritários. A tentativa de obtenção da verdade a custo de tortura, por exemplo, é impensável e jamais poderá ser admitida. Todavia, não se deve perder de vista o objetivo da maior aproximação possível entre a verdade atingível dentro das limitações do processo e a verdade material. Quanto mais perto a verdade processual estiver da realidade, mais legítima terá sido a aplicação do direito e mais próximo se estará da justiça.

Decerto, a verdade apenas será legítima com a observância do procedimento, mas é indispensável que este seja orientado pela noção de proporcionalidade, intrínseca ao devido processo legal. Assim, em situações excepcionais, será razoável que a verdade obtida nos autos seja considerada pelo magistrado, ainda que revelada através de provas ilícitas.

Destacando a importância da busca pela verdade no processo, assim se manifesta Greco (2010, 140):

*“A descoberta da verdade é o adequado elemento funcional do conceito de prova, como pressuposto da realização da justiça e da tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos. Os obstáculos à realização desse objetivo devem ser, sempre que possível, removidos, e as dificuldades em alcançá-lo não devem atirar-nos no ceticismo ou na falácia de soluções redutoras, como as da verdade formal, do julgamento fortemente influenciado por presunções ou por valorações probatórias aprioristicamente estabelecidas.”*

Registre-se que, sem a busca da verdade, o processo pode se transformar em mero ato de arbítrio e, por consequência, a própria atividade judiciária passará a representar um fator de desagregação social. Afinal, os indivíduos somente se sentem motivados a

conviver sob o império da lei quando acreditam que a justiça dará a cada qual o que lhe é de direito, em consonância com a verdade. Nesse sentido, a verdade é também pressuposto da própria legitimidade política do Poder Judiciário.

Ademais, considerando o processo como um instrumento de tutela efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico, não poderá aquele negligenciar a busca pela verdade, já que o direito decorre dos fatos. Negar a capacidade do processo em revelar a verdade seria, em última análise, impedir o próprio acesso ao direito.

#### **4.4. Admissibilidade das provas ilícitas *pro societate***

Vimos até aqui que grande parte da doutrina e da jurisprudência admite a utilização de prova ilícita favorável ao acusado, seja com base no princípio da proporcionalidade ou por meio da aplicação de causas excludentes de antijuridicidade, tendo em vista a preponderância de valores como a ampla defesa, a liberdade humana e a justiça.

Defendemos, no presente trabalho, que a proporcionalidade, aliada ao princípio da verdade real, seja utilizada também para respaldar a utilização, em prejuízo do réu, de prova ilicitamente obtida, em casos excepcionais nos quais se imponha a restrição de direitos individuais em prol de interesses da coletividade.

Tradicionalmente, o princípio da proporcionalidade era analisado apenas sob o viés da proibição de excesso, significando uma proteção contra o arbítrio estatal. Hoje, no entanto, o princípio passou a ser concebido de forma mais ampla, ou seja, ao lado da ideia de proibição do excesso, surgiu uma nova perspectiva: a proibição da proteção insuficiente. Assim, veda-se também a falta de uma atuação positiva do Estado; noutros termos, não pode este ficar aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos.

A garantia dos direitos fundamentais apenas enquanto direitos de defesa contra ingerências ilegítimas do Poder Público revela-se incompatível com os desígnios do legislador constitucional e insuficiente para a efetiva e integral proteção dos indivíduos. Ao Estado é também imposto o dever de agir, tomando todas as providências necessárias para a realização dos direitos fundamentais, inclusive protegendo-os contra agressão de terceiros.

Nesse sentido é a lição de Gilmar Mendes, em seu artigo intitulado *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*:

*Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot).*

*Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:*

*a) Dever de proibição (Verbotspflicht), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;*

*(b) Dever de segurança (Sicherheitspflicht), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;*

*(c) Dever de evitar riscos (Risikopflicht), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.*

Ademais, para além de um garantismo negativo e da clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais, deve-se destacar o viés social do Estado brasileiro, que se propõe a assegurar uma série de direitos de índole coletiva. O Estado Social é valor previsto já no próprio preâmbulo da Constituição Federal, que estabelece como fins da atuação estatal a garantia do bem-estar, da segurança, da justiça, entre outros. Tão grande é o prestígio dos direitos sociais que nos deparamos com um capítulo especialmente dedicado a eles no catálogo dos direitos e garantias fundamentais.

É nesse contexto de Estado voltado à concretização de direitos fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, e também da justiça enquanto valor supremo, que se coloca a análise da possibilidade de utilização da prova ilícita *pro societate* no processo penal brasileiro.

Apesar da resistência em se aceitar este tipo de prova ilícita, cremos que, nos dias atuais, a expansão da prática de crimes graves, em grande parte oriundos de organizações criminosas altamente especializadas, impõe a necessidade de resguardar valores fundamentais da coletividade, o que, em determinadas situações, implica restringir o âmbito de proteção de direitos individuais.

Fernando Capez (2006, 305) defende a aplicação do princípio da proporcionalidade também em benefício da sociedade:

*A aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo é praticamente unânime na doutrina. Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve também ser admitido pro societate, pois o confronto que se estabelece não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa a resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal.*

Se, por um lado, em grande parte dos casos, a acusação dispõe de mais recursos do que o réu - o que, em tese, justificaria a admissão das provas ilícitas apenas em sua vertente *pro reo* -, essa posição de proeminência do Estado não se verifica em outros, por exemplo quando no pólo passivo da persecução penal está a criminalidade organizada, que hoje assola a sociedade e nada tem de fraca e vulnerável. Nesse sentido, manifestou-se José Carlos Barbosa Moreira, em seu artigo denominado *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*:

*Todavia, 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? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais.*

Nesta mesma vertente, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2008, 76-77), defendendo a possibilidade de utilização da proporcionalidade *pro societate* para evitar que perigosos criminosos fiquem impunes, pontua que “(...) não devemos esquecer que o crime organizado é, quanto a sua execução, quase perfeito, porque planejado cientificamente (...)”.

Assim, não se deve adotar o posicionamento extremado de que o princípio da proporcionalidade incide, exclusivamente, em favor dos interesses do acusado. Afinal, o princípio em análise tem por escopo equilibrar valores fundamentais antagônicos para que se chegue a um resultado justo, independente de quem venha a ser favorecido.

Outrossim, a eficácia dos direitos fundamentais tem de ser valorada também sob a perspectiva da sociedade como um todo, que merece ser resguardada da prática reiterada

de graves infrações mediante a proteção penal. Não se deve esquecer que os interesses sociais, tanto quanto os individuais, são indispensáveis à promoção do homem.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, 367) defende que o aproveitamento da prova obtida ilicitamente pela acusação poderá ocorrer nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial* e *finalística* da norma da inadmissibilidade. Em última análise, segundo o autor, as provas ilícitas poderão ser validamente utilizadas em prejuízo do réu quando não foram produzidas pelo Estado, senão por um particular. Assim explica:

*Por inaplicabilidade potencial e finalística estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI da CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.*

Em que pese a razoabilidade de se acolher a prova também em hipóteses como esta, a Suprema Corte, no julgamento do RE nº 251.445/GO, entendeu pela ilicitude e, por conseqüência, inadmissibilidade da prova, em razão de ter sido obtida com violação do domicílio do suposto autor, acusado de crimes de natureza sexual contra menores, ainda que um dos autores da subtração fosse uma das vítimas. A seguir, colaciona-se trecho da ementa:

*PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica (...) (STF, RE 251445 GO, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 21/06/2000, Data de Publicação: DJ 03/08/2000 PP-00068)*

O que se vê é que os adeptos da utilização da prova ilícita somente em favor da defesa se amparam na concepção unicamente liberal das garantias individuais que, conforme já dissemos, é insuficiente para a proteção dos direitos fundamentais em sua plenitude. No caso em epígrafe, uma aplicação atenta do princípio da proporcionalidade certamente conduziria à prevalência da proteção da infância e da juventude, garantida por diversos



dispositivos constitucionais<sup>7</sup>, em detrimento do direito do réu de ver afastada a prova colhida de modo ilícito.

Embora a Constituição Federal haja adotado a tese proibitiva das provas ilícitas de modo categórico, em situações excepcionais se impõe a necessidade de restringir a aplicação da norma do art. 5º, LVI, temperando sua aparente rigidez, a fim de se obter uma concordância prática com outros direitos mais relevantes no caso concreto e também constitucionalmente protegidos.

Consoante já mencionado, a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas, bem como todos os demais direitos fundamentais, não possui caráter absoluto, de modo que possa ser exercida indiscriminadamente e sob quaisquer circunstâncias. Ao contrário, deverá ser relativizada quando sua aplicação literal e intransigente conduzir a resultados injustos. Saliente-se que o próprio direito à vida, bem maior e de cuja existência decorrem todos os demais direitos, encontra limites na lei. A idéia de sopesar valores está intimamente ligada ao ideal de justiça e o magistrado, que não se resume a mero aplicador da lei, por vezes deverá fazer ponderações, inclusive para manter a unidade e coerência da ordem jurídica, a qual abriga distintos interesses, não raro incompatíveis entre si.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, conforme trechos de ementas transcritas a seguir:

*HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, LAVAGEM DE DINHEIRO E QUADRILHA. BUSCA E APREENSÃO DE AGENDA ENCONTRADA EM PODER DO PACIENTE. OFENSA AO DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL ESPECÍFICA AUTORIZANDO A MEDIDA. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ARTIGO 240 E 243 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ILICITUDE NÃO VERIFICADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. É cediço que não existem direitos absolutos, motivo pelo qual, apesar de a Constituição prever o direito à privacidade e à intimidade, admite-se a sua relativização diante do princípio da proporcionalidade. 2. O sigilo das comunicações disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal não inviabiliza o conhecimento de dados sigilosos, porquanto a Suprema Corte entende que o preceito refere-se somente à comunicação dos dados, e não a estes em si mesmos. 3. O artigo 240 do Código de Processo Penal, ao tratar da busca e apreensão, apresenta um rol exemplificativo dos casos em que a medida pode ser determinada, no qual se encontra a hipótese de arrecadação de objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu, não havendo qualquer ressalva de que não possam dizer respeito à intimidade ou à vida privada do indivíduo. 4. Assim, estando a agenda em poder do paciente quando da sua prisão, e constituindo documento que guarda estreita relação com os fatos investigados na presente ação*

---

<sup>7</sup> A título de exemplo, v. artigos 6º e 227 da Constituição Federal.

penal, não há qualquer impedimento a que seja feita sua apreensão. (...) 9. Ordem denegada. (grifou-se)  
(STJ, HC 200901389478, Rel. Jorge Mussé, Publicado em 13/12/2010)

*Constitucional e Processual Penal. "Habeas Corpus". Escuta Telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis...as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (REASONABLENESS). O 'princípio da exclusão das provas ilícitamente obtidas' (EXCLUSIONARY RULE) também lá pede temperamentos.*  
(STJ, HC nº 3982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, Publicado em 26.02.96)

Entendemos que todo cidadão merece amparo de seus direitos fundamentais, porém, na medida em que faça uso irregular desses direitos, praticando crimes de extrema gravidade, não poderá invocar princípios constitucionais para se blindar diante da persecução penal e garantir sua impunidade, a qual se mostra indiscutivelmente repugnada pela sociedade.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no mesmo sentido, conforme ementas a seguir colacionadas:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. ESTELIONATO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA PELA VÍTIMA DE CRIME. PROVA ILÍCITA. INCARACTERIZAÇÃO. 1. "As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado (...)" (Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383). 2. Não há falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime. 3. Recurso improvido.*  
(STJ, RHC 200101988420, Relator Hamilton Carvalhido, Publicação em 20/10/2003)

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E CORRUPÇÃO PASSIVA. NULIDADE PROCESSUAL. ILICITUDE DE PROVAS ORIUNDAS DA INTERCEPTAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. SIGILO*

**ABSOLUTO. DIREITO FUNDAMENTAL. PONDERAÇÃO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS ABSOLUTOS. COEXISTÊNCIA ENTRE OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.** 1. Os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal, contemplados na dimensão objetiva, consistem em norte para atuação valorativa do Estado na realização do bem comum. Já na dimensão subjetiva, permitem ao indivíduo se sobrepor à arbitrariedade estatal. 2. O Estado tem o dever de proteção dos indivíduos frente ao próprio poder estatal (eficácia vertical), bem como em face da própria sociedade, justificando a eficácia horizontal dos direitos humanos nas relações particulares. 3. Não há falar em sobreposição de um direito fundamental sobre outro. Eles devem coexistir simultaneamente. **Havendo aparente conflito entre eles, deve o magistrado buscar o verdadeiro significado da norma, em harmonia com as finalidades precípua do texto constitucional, ponderando entre os valores em análise, e optar por aquele que melhor resguarde a sociedade e o Estado Democrático.** 4. Os direitos e garantias fundamentais, por possuírem característica essencial no Estado Democrático, não podem servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas, razão por que não vislumbro constrangimento ilegal na captação de provas por meio da quebra do sigilo de correspondência, direito assegurado no art. 5º, XII, da CF, mas que não detém, por certo, natureza absoluta. 5. Ordem denegada (grifou-se) (STJ, HC 200703052501, Rel. Arnaldo Esteves Lima, Publicado em 02/08/2010)

No HC n.º 70.814-5, o Supremo Tribunal Federal também já admitira uma prova ilícita, obtida com afronta à privacidade de indivíduo recolhido em estabelecimento penitenciário, mediante a violação de correspondência, na qual constava informação referente a seqüestro de um juiz de Direito. Entendeu-se que “*a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas*”.

Cite-se ainda o julgamento da Rcl n.º 2.040/DF, envolvendo a extradição de uma artista mexicana. Diante da alegação, feita por esta, de que teria sido vítima de estupro nas dependências da Polícia Federal, o STF deferiu a realização de exame de DNA na placenta da gestante, ainda que com a sua oposição, em nítida aplicação do princípio da proporcionalidade *in malam partem*.

Vejamus trecho elucidativo da ementa:

7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. (STF, Rcl 2040, Relator Min. Néri da Silva, Publicação em 27/03/2013)

Ante a todo o exposto, resta claro que, em determinadas situações, impõe-se a aceitação das provas ilícitas mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua dimensão *pro societate*, como forma de proteger valores da coletividade mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova.

Ilustrando a necessidade de se ponderar os interesses em conflito para garantir uma adequada e justa aplicação do Direito, Capez (2006, 305/306) assim discorre:

*Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, a qual seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se sirva para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, a qual ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não.*

São inquestionáveis as conseqüências desastrosas que podem advir da impunidade de certos criminosos, os quais perpetram delitos bárbaros e hediondos sem o menor pudor. A sociedade clama pela efetividade do processo penal e proteção da dignidade da pessoa humana de todos os seus integrantes. Conforme assevera Pacelli (2012, 342), o combate à criminalidade e, sobretudo, à macrocriminalidade, integra o conjunto de medidas governamentais necessárias à proteção dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Por óbvio, os direitos do acusado devem ser garantidos, mas a efetiva manutenção da segurança e ordem públicas é também uma preocupação, e, justamente neste ponto, insere-se o princípio da proporcionalidade, cuja aplicação indicará o interesse que deve prevalecer no caso concreto.

Frise-se que não se pretende fazer da aplicação do referido princípio uma constante. Impõe-se sua utilização apenas em caráter excepcional, em casos nos quais a inadmissão da prova ilícita levaria a resultados verdadeiramente repugnantes, auferíveis por meio da prudente e atenta análise dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, ao princípio da proporcionalidade é dada a função essencial de corrigir distorções da aplicação literal da norma e impedir a concretização de injustiças.

Da mesma forma, não se objetiva dar abrigo a uma atividade judicial marcada pela livre discricionariedade. Afinal, qualquer decisão que restrinja direitos fundamentais com base em ponderações deve ser exaustivamente fundamentada - o ônus argumentativo se

potencializa nas hipóteses em que a solução não decorre de mera lógica subsuntiva -, de modo que as partes e as instâncias superiores possam aferir sua racionalidade e justiça.

## CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, vimos a relevância do instituto das provas para o processo, notadamente para o processo penal, no qual estão em jogo interesses indisponíveis e de grande valia: *o jus puniendi* estatal e a liberdade humana. Aos litigantes deve ser conferida a possibilidade de buscar e apresentar elementos capazes de provar suas alegações e influir no convencimento do magistrado, caso contrário não há que se falar em direito de ação. Afinal, este não se resume à mera possibilidade de instaurar um processo, abarcando também uma série de garantias que objetivam permitir uma justa e eficaz prestação jurisdicional.

Ocorre que a atividade probatória das partes encontra limites, dentre os quais a vedação constitucional das provas ilícitas. Assim, devem os sujeitos processuais respeitar a barreira protetora que a Carta Magna erige em torno do indivíduo, ainda que isso signifique, em última análise, a não aplicação da lei penal.

É inquestionável a importância desta limitação para o controle da atividade estatal persecutória, da própria qualidade do material probatório e, em suma, para todo o sistema dos direitos fundamentais. Entretanto, pode suceder que a proibição das provas ilícitas, que não possui caráter absoluto, entre em conflito com outros interesses também constitucionalmente protegidos. Assim, apenas o princípio da proporcionalidade, considerado também em sua faceta de proibição da proteção deficiente - expressão do atual Estado Democrático e Social de Direito -, será capaz de equilibrar os valores antagônicos e possibilitar a racional aplicação do direito.

Consoante já dito, em determinadas situações, a aplicação literal da norma do art. 5º, inciso LVI da CF poderá conduzir a resultados flagrantemente injustos e repugnantes, que impliquem no sacrifício de valores e direitos mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova. Nesses casos, caberá invocar o princípio supramencionado para fins de admitir o aproveitamento das provas obtidas de modo ilícito, seja *pro reo* ou *pro societate*.

Embora sejam poucos os adeptos deste entendimento, defendemos que a proporcionalidade, aliada ao princípio da verdade real, seja empregada também para respaldar a utilização da prova ilícita em desfavor do réu, em casos de extrema gravidade nos quais se imponha a restrição de direitos individuais em prol de interesses da coletividade.

Diante da realidade pela qual está passando a sociedade brasileira, com o crescimento a passos largos do crime organizado, urge repensar a aplicação da teoria da proporcionalidade na seara das provas. Não se admite mais uma proteção absoluta às liberdades públicas, e estas não podem ser usadas como salvaguarda de práticas criminosas, como escudo ao infrator da lei penal.

Frise-se que o mesmo diploma que veda a admissão das provas obtidas ilicitamente também garante a vida, a liberdade, o bem-estar, a segurança pública, entre outros direitos e, conforme é cediço, o operador do direito deve sempre ter em mente a unidade, a continuidade e a coerência do ordenamento jurídico, buscando uma interpretação sistemática dos direitos previstos na Carta Magna e a defesa global dos valores por ela estabelecidos. Nesse sentido, poderá suceder que, em determinados conflitos entre direitos fundamentais, a admissão das provas ilícitas para proteger aqueles interesses da coletividade seja a decisão que mais adequadamente realize a vontade constitucional *in concreto* e que melhor se amolde ao sistema como um todo, cabendo ao intérprete legitimá-la por meio da argumentação jurídica.

Certamente, a possibilidade de se admitir a valoração de qualquer prova ilícita dentro de um processo judicial deve ser considerada com cautela. Por óbvio, não se pode passar por cima de todas as garantias individuais, sempre a pretexto de defender o superior interesse público ou a funcionalidade da justiça penal. O magistrado deverá estar atento às peculiaridades de cada caso e a utilização do princípio da proporcionalidade *pro societate* apenas será possível em caráter excepcional, em crimes de especial gravidade e quando o litigante não possuir meios perfeitamente consentâneos a lei para demonstrar a veracidade de suas alegações.

Diante de todo o exposto, resta claro que a complexidade da temática das provas ilícitas sugere posições mais flexíveis, contemporizando radicalismos. Somente a atenta ponderação dos interesses em jogo afigura-se capaz de permitir que se chegue a uma solução conforme a justiça e focada na maior concretização dos direitos fundamentais, não apenas dos individuais, mas também daqueles titularizados pela sociedade como um todo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Disponível em <[http://www.dantaspimentel.adv.br/site/Content.aspx?sCod\\_IssueToLoad=%20178](http://www.dantaspimentel.adv.br/site/Content.aspx?sCod_IssueToLoad=%20178)> Acesso em 24.07.2013.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CICO, Alceu. *A evolução do Direito Processual*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_81/artigos/Alceu\\_rev81.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Alceu_rev81.htm)> Acesso em 20.06.2013.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.



MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm)> Acesso em 24.07.2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Atlas: São Paulo, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.