

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS PROVAS ILÍCITAS E OS PRINCÍPIOS MITIGADORES DA SUA
INADMISSIBILIDADE**

Juliane Cano Rodrigues Scalon Magro

Presidente Prudente/SP

2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS PROVAS ILÍCITAS E OS PRINCÍPIOS MITIGADORES DA SUA
INADMISSIBILIDADE**

Juliane Cano Rodrigues Scalon Magro

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2003

AS PROVAS ILÍCITAS E OS PRINCÍPIOS MITIGADORES DA SUA INADMISSIBILIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Mário Coimbra

Cristiane de Oliveira

Fabiana Cano R. Pacito

Presidente Prudente, 25 de novembro de 2003

A Deus Altíssimo, digno de toda honra e glória, que me abençoou com o dom da vida.

Aos meus amados pais pelo imensurável esforço e apoio em todos os momentos de minha vida.

Por isso é que eu lhes digo: não fiquem preocupados com a vida, com o que comer, nem com o corpo, com o que vestir. Afinal, a vida não vale mais que a comida? E o corpo não vale mais do que a roupa?

Olhem os pássaros do céu, eles não semeiam nem colhem, nem ajuntam em armazéns. No entanto, o Pai que está no céu os alimenta. Será que vocês não valem mais do que os pássaros?

Portanto não fiquem preocupados dizendo: o que vamos beber, o que vamos comer? O que vamos vestir? Os pagãos é que ficam preocupados com essas coisas. O Pai de vocês que está no céu sabe que vocês precisam de tudo isso.

Evangelho de São Mateus 6, 25-32

Agradecimentos:

Ao Professor Mário Coimbra, pela orientação deste trabalho.

Às advogadas Cristiane de Oliveira e Fabiana Cano R. Pacito, por terem aceitado meu convite para comporem a banca examinadora deste estudo.

E a todos que, de alguma forma, colaboraram para a realização do presente trabalho.

RESUMO

É exatamente no confronto Estado de Direito X Liberdades Públicas, correlatas às exigências de tutela da coletividade e da pessoa humana, que consiste a problemática aduzida nesta obra.

Na medida em que o propósito constitucional é prestigiar e defender certos direitos fundamentais, é preciso reconhecer que tal comando deve ceder nas hipóteses em que sua observância intransigente levaria à lesão de um direito fundamental mais valorado.

Assim, a questão que se coloca é a possibilidade de utilização, no processo crime, de provas dessa natureza, em prol do resguardo de outros valores constitucionalmente relevantes, tais como a vida, a liberdade, a privacidade, a segurança e outros.

Em que pese os termos literalmente absolutos do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, algumas questões exurgem, como a aceitação ou não do princípio da proporcionalidade, que ainda divide doutrina e jurisprudência, e foram enfrentadas nesta obra.

Com o presente estudo, almejou-se esposar que o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não deve e não pode ser interpretado literalmente, de maneira radical, devendo sofrer mitigações, eis que nenhuma garantia constitucional é absoluta, por conta do princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas. Ante a crise da Justiça, caracterizada pela violência e impunidade, impõe-se sua mitigação, pois não se pode admitir que a vedação constitucional afigure-se de instrumento de salvaguarda de crimes.

PALAVRAS-CHAVE: Provas no Processo Penal; Provas Ilícitas; Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

It is exactly in the confrontation State of Right X Public Freedoms, you correlate to the demands of it tutors of the collectivity and of the human person, that consists the problem adduced in this work.

In the measure in that the constitutional purpose is to give prestige to and to defend certain fundamental rights, it is necessary to recognize that such a command should give in the hypotheses in that your uncompromising observance would take to the lesion of a fundamental right more valued.

Like this, the subject that is placed is the possibility of the utilization, in the process crime, of proofs of that nature, on behalf of the protection of other values constitutionally important, such as the life, the freedom, the privacy, the safety and other.

In that weighs the terms literally absolute of the article 5th, interruption LVI, of the Federal Constitution, some subjects appear, as the acceptance or not of the beginning of the proportionality, that still divides doctrine and jurisprudence, and they were faced in this work.

With the present study, it was longed for to marry that the constitutional beginning of the unadmissibility of the illicit proofs doesn't owe and it cannot be interpreted literally, in a radical way, should suffer mitigations, suddenly no constitutional warranty is absolute, due to the beginning of the relativity or coexistence of the public freedoms. In the face of the crisis of the Justice, characterized by the violence and impunity, it is imposed he mitigation, because cannot admit that the constitutional prohibition is figured of safeguard's of crimes instrument.

KEYWORDS: Proofs in the Penal Process; Illicit proofs; Beginning of the Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 – DA PROVA.....	11
1.1 – Síntese Evolutiva do Direito à Prova	11
1.2 – Importância da Prova no Processo Criminal	13
1.3 – O Direito à Prova e a Garantia de Ação e de Defesa.....	14
1.4 – O Dogma da Verdade Real.....	16
2 – DO ESTADO DE DIREITO.....	19
2.1 – Estado de Direito e Prova Ilícita.....	19
2.2 – Liberdades Públicas e Estado de Direito.....	20
3 – DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA.....	22
3.1 – Princípio da Auto Responsabilidade das Partes	22
3.2 – Princípio da Audiência Contraditória	22
3.3 – Princípio da Comunhão das Provas.....	23
3.4 – Princípio da Oralidade.....	24
3.5 – Princípio da Concentração.....	24
3.6 – Princípio da Publicidade.....	24
3.7 – Princípio do Livre Convencimento.....	25
4 – DAS PROVAS ILÍCITAS.....	26
4.1 - Terminologia e Conceito	26
4.2 - Prova Ilícita e Prova Ilegítima.....	27
4.3 - Provas Ilícitas por Derivação	27
4.4 - Pela Inadmissibilidade das Provas Ilícitas	30
4.5 - Pela Admissibilidade das Provas Ilícitas	32
5 – TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.....	34
5.1 – Aspectos Gerais.....	34
5.2 – Suprema Corte Norte Americana: a Doutrina da Razoabilidade e o Devido Processo Legal.....	35

5.3 – Corte Constitucional Alemã e o Princípio da Razoabilidade.....	36
5.4 – Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro.....	37
5.5 – Princípio da Proporcionalidade Pró-réu	38
5.6 – Princípio da Proporcionalidade Pró-societate.....	39
5.7 – Críticas à Teoria da Proporcionalidade.....	40
6 – RELATIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....	41
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos surgiram como uma reação às diversas violações, em especial do Estado, contra os direitos do ser humano. A sociedade se mobilizou e passou a exigir do Estado uma posição garantidora desses direitos. É o que se denominam liberdades públicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 consagrou de forma suficiente os mais importantes direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à privacidade, ao devido processo legal, e à inadmissibilidade das provas ilícitas (objeto do nosso estudo), entre outros.

Na medida em que o propósito constitucional é prestigiar e defender certos direitos fundamentais, é necessário que se reconheça que tal comando deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria à lesão de um direito fundamental mais valorado.

Assim, a questão a que se propõe esta obra é a da possibilidade da utilização, no processo crime, de provas ilícitas em prol de outros valores constitucionalmente relevantes, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e outros, através da aplicação de princípios que mitiguem a inadmissibilidade das provas ilícitas, haja vista que nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem que conviver com outras regras ou princípios também constitucionais.

1 – DA PROVA

1.1 – Síntese Evolutiva do Direito à Prova

Desde o surgimento dos primeiros agrupamentos familiares, o homem tem se revelado prisioneiro de suas próprias crenças, possuía uma visão muito limitada da vida social, e assim buscava nas superstições e na religião explicação para todos os tipos de acontecimentos (AVOLIO, 1999, p. 25). Tanto, que a bárbara legislação de nossos antepassados honrava com o nome de Julgamento de Deus (Ordalias) as provas de fogo, água fervendo, os duelos, e outros (CARNAÚBA, 2000, p. 7).

Nesta fase da evolução humana reinava um misto de veneração e terror (idem anterior, p. 6). O que dirigia a conduta humana não era a consciência do justo, e sim as crenças religiosas (idem ibidem, p. 7), que tinham o objetivo de afligir os culpados de modo que o bem auferido por estes com a prática delituosa fosse ultrapassada pelo mal causado pelas penas aplicadas (idem ibidem, p. 11).

A única forma de atender às determinações divinas era através de sacrifícios empreendidos em prol da sociedade, a fim de se aplacar a ira dos deuses.

Como essa situação de poder era demasiadamente forte entre as classes mais abastadas, acabou beneficiando algumas classes sociais e gerando muitos excluídos. Tantas foram as lutas entre as distintas classes sociais que findaram por enfraquecer-se todos. Assim, ocorreram vários problemas, principalmente a exclusão de grande número de pessoas que não satisfaziam as necessidades religiosas.

A partir desse instante, a marginalização os obrigou a unir-se e organizar-se e assim começaram a questionar as crenças da época e a pressionar a alteração de seus princípios, gerando um enfraquecimento da religião e do controle social que ela exercia.

Foi nesse estágio civilizatório que o homem conseguiu perceber-se como indivíduo, dono de seu destino e a questionar sobre a obtenção das provas criminais (CARNAÚBA, 2000 , p. 8).

O Estado, a partir desse momento passou a administrar uma sociedade heterogênea, onde, com o advento do Cristianismo, a idéia da individualidade humana e os princípios da igualdade e da fraternidade entre os homens tornaram insustentáveis as arbitrariedades no modo de construção das provas criminais, que até então eram ditadas por homens investidos por poderes divinos e inquestionáveis, que os submetiam a meios de prova violentos (idem ibidem, p. 9).

Desta forma, as Constituições tornaram-se o instrumento mais adequado para operacionalizar essa busca de harmonia social, segundo os ideais modernos e com ela, as restrições ao modo de coleta de provas e sua classificação em lícitas ou ilícitas com conhecemos atualmente.

Nesse paradigma, foi a Revolução Francesa que materializou efetivamente, dentro do Estado de Direito as limitações ao modo de colheita de provas, esquematizando a idéia dos direitos e garantias fundamentais.

A operacionalização do Estado de Direito evolui ao longo do tempo, de acordo com a situação social de cada época, convém ressaltar, que a Constituição Imperial do Brasil de 1824 foi a primeira a objetivar os direitos do homem, tornando-os concretos e efetivos, assegurando em meio aos direitos individuais, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (GROTTI, 1993, p. 55).

As legislações modernas foram gradualmente abandonando as formulas do processo inquisitorial, destarte, foi a atual Constituição Brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, a primeira entre as cartas mundiais a subjetivar os direitos do homem e garantir a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos em seu inciso LVI, artigo 5º, constituindo assim um dos pilares do Estado Democrático de Direito que é o Brasil.

Assim, verifica-se que o direito à prova como garantia constitucional resultou de uma lenta evolução humana, que durante eras vivenciou experiências que ensejaram a positivação das garantias e direitos constitucionais.

1.2 – Importância da Prova no Processo Criminal

A prova é de suma importância no Processo Penal, constituindo o elemento integrador da convicção do juiz a respeito ou não de certos fatos (BARROS, 2001, p. 1).

O crime, como todo fato humano, atinge toda a sociedade, causando-lhe desequilíbrio, o que exige do Estado providências de natureza persecutória no sentido de restabelecer a ordem e assegurar a punição dos culpados.

A propósito, segundo Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 193):

É de cristalina evidência que a apuração do crime e de sua autoria, visando a imposição de uma sanção penal a seu autor é de interesse coletivo. O corpo comunitário impõe ao Estado, no âmbito de seu escopo político, a proteção dos interesses coletivos.

Entretanto, hodiernamente, esta punição encontra limites, não podendo verificar-se de forma arbitrária. Há, em relação à ela um controle criado pelo próprio titular do direito de punir, surgindo como exigência do progresso jurídico conquistado pelo homem ao longo de sua história (MOSSIN, 1998, p. 193).

A aplicação do direito penal no caso concreto é função exclusiva do juiz. Porém, são os elementos probatórios que servem de dado instrutório para a sua convicção.

Nesse sentido, e com a costumeira sabedoria, José Frederico Marques (2000, p. 337) leciona que:

A finalidade do processo é a justa solução do litígio penal, a da instrução é a descoberta da verdade. Sobre a situação concreta que a instrução permite reconstruir, é que incide o julgamento. O magistrado criminal sopesa os dados colhidos na instrução e depois de formar sua convicção, aplica os mandamentos legais adequados aos fatos esclarecidos, desobrigando-se, dessa forma, do cumprimento da prestação jurisdicional consistente no julgamento da pretensão punitiva.

Verifica-se, pois, que o instituto da prova é de significativa importância para os fins punitivos do Estado. Não basta a simples existência de uma acusação para que a pena correspondente à infração delineada seja aplicada ao seu transgressor. É necessário que as provas sejam propostas (indicadas ou

requeridas) para que o juiz se manifeste sobre sua admissibilidade; se admitidas serão produzidas e introduzidas no processo, e ao final apreciadas e valoradas pelo juiz, que por intermédio da instrução própria, baseada na ampla defesa e no contraditório, para que se comprove judicialmente que o acusado foi seu autor e que sua conduta está adequada aos elementos que compõem o tipo penal que lhe é imputado.

O Estado, assim, deve restringir, impedir, e proibir a utilização de determinados meios de prova, ou o seu uso em relação a certos fatos, em prol de valores sociais, dentre os quais se destacam a liberdade e a intimidade, avultando a obrigação de sacrificar o mínimo dos direitos de personalidade do acusado. Eis a problemática concernente à prova ilícita, que está diretamente ligada à questão das liberdades públicas, que enfrentamos neste trabalho.

1.3 – O Direito à Prova e a Garantia de Ação e de Defesa

A atividade probatória representa o momento central do processo. Ligada à alegação e indicação dos fatos, visa oferecer ao magistrado a demonstração da veracidade dos fatos deduzidos ou levados ao conhecimento em juízo, de modo a excluir razoavelmente as incertezas, assumindo, desta forma, importância fundamental para a formação do provimento jurisdicional.

Se o escopo do direito de ação e de defesa é o de dar ao interessado uma adequada oportunidade de interferir sobre o desenvolvimento e o êxito do julgamento, pareceria evidente que o exercício concreto desse direito seja essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de servir-se dos instrumentos apropriados, as provas, com as quais se procura verificar aquele determinado evento (AVÓLIO, 1999, p. 35).

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva

possibilidade de representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.

Nos Estados Unidos da América, fala-se de um *right to evidence* em favor de quem age e se defende em júízo, garantido pelo *due process of law*.

Na Itália, a Corte Constitucional afirmou que a garantia constitucional fica prejudicada quando se limita o direito à prova.

Na Alemanha, sempre se reconheceu o direito à prova, que não se esgota na faculdade de produzi-la, mas compreende uma verdadeira pretensão a vê-la admitida.

A jurisprudência brasileira é tranqüila nesse sentido, falando na imprescindibilidade de se conferirem a ambas as partes do processo todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória. E, se assim não ocorrer, fala a jurisprudência, genericamente, em cerceamento de defesa ou de acusação.

A exigência do contraditório na formação das provas vem desdobrada em diversos aspectos, que se podem assim resumir:

- Proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes;
- Proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhida na ausência das partes;
- A obrigação do juiz, quando determine a produção de prova de ofício, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e poder oferecer a contraprova.

Em última análise, tanto será viciada a prova colhida sem a presença do juiz, como o será a prova colhida pelo juiz sem a presença das partes.

A concomitante presença de ambos – juiz e partes – na produção de provas é essencial à sua validade.

Importante ressaltar, ademais, sobre o direito à valoração das provas, pois, evidente, que de nada serviria assegurar às partes o direito à prova, se o juiz pudesse deixar de apreciá-la e valorá-la no momento do julgamento.

Por isso, todas as provas e alegações das partes, garantidas, como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de apurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio.

É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente deste. Por ele, o juiz forma livremente o seu conhecimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos.

Os elementos probatórios que legitimamente ingressam no processo destinam-se a integrar o material que o juiz há de ter presente no momento da decisão.

Trata-se de garantir às partes o direito de serem examinadas pelo órgão julgador as questões, de fato e de direito, que houverem suscitado, reclamando do juiz a consideração atenta dos argumentos e provas trazidos.

1.4 – O Dogma da Verdade Real

O princípio da verdade real, que também se denomina de verdade material, como originariamente concebido, diz respeito ao poder-dever inquisitivo do juiz penal, tendo por objeto a demonstração da existência do crime e da autoria.

A prova penal, assim, é uma reconstrução histórica, devendo o juiz pesquisar além da convergência das partes sobre os fatos, a fim de conhecer a realidade e a verdade dos fatos. É um princípio fundamental do processo penal, para que sejam aprovados em sua subsistência histórica, sem distorção, obstáculos e deformações. Isso compreende que o legislador tenha de eliminar do código toda limitação à prova, e que o juiz tenha de ser deixado livre na formação do próprio convencimento.

Costuma-se, destarte, associar o conceito de verdade real ao processo penal, onde é mínimo o poder dispositivo das partes em relação às provas. E, em contraposição a este, moldou-se o conceito de verdade formal, ligado ao processo

civil, onde seria absoluta a disponibilidade do objeto do processo e dos meios de prova.

Criou-se, assim, a antítese “material/formal”, que é criticável, quer do ponto de vista terminológico, quer do ponto de vista substancial.

Sob este último aspecto, a crítica mais evidente seria sobre a absoluta disponibilidade do processo civil. Além das ações de estado, onde os direitos substanciais em jogo são de caráter indisponível, o processo civil abrange uma gama crescente de outros direitos e interesses indisponíveis, tais o de estado, do consumidor, ao meio ambiente, etc.

Também sob o aspecto terminológico, sustenta a doutrina tradicional uma distinção calcada na adequação da verdade à realidade dos fatos, que no processo penal corresponderia à verdade pura e simples, enquanto no processo civil se chegaria a respeitar provados fatos incertos, simplesmente porque ambas as partes assim o admitiram.

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira, e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo. O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas. Assimular-se, pois, a verdade real à certeza absoluta e a verdade formal à certeza relativa seria também um erro, sob o ponto de vista da técnica da pesquisa da verdade, que é extremamente influenciada por regras éticas.

Essa imprópria e artificiosa distinção conceitual, levada a extremos por uma facção da doutrina, culminou na imagem de um processo penal voltado exclusivamente para a pretensão de punir, como expressão dos Estados totalitários.

A moderna doutrina processual entende que o juiz deve investigar a verdade material, não se contentando apenas com os fatos que a acusação e a defesa submeterem à sua consideração, mas admite limites a essa atividade, visto que, o direito não deve ser realizado a qualquer preço. Todo o direito processual nega o princípio segundo o qual o fim justifica os meios, por existir uma situação conflitiva entre os interesses da comunidade jurídica em realizar o

direito material (através da persecução penal) e o interesse dos cidadãos afetados em seus direitos pelo processo penal.

Conclui encontrar-se superado o conceito de verdade material, pela concepção de uma obtenção formalizada da verdade, a “verdade forense”, ou seja, a verdade obtida por vias formalizadas.

O princípio do livre convencimento do juiz, no sentido de liberdade na valoração da prova, é perfeitamente compatível com um procedimento probatório disciplinado em lei, inexistindo contradição com as regras que disciplinam a sua introdução material no processo.

O acerto judicial não é mais visto como uma operação técnica burocratizada, que possa suprimir o diálogo e o confronto de opiniões. Se a verdade é um objeto a ser alcançado no processo, não se pode mais contrapor a verdade formal à verdade material: no processo existe apenas uma verdade, a verdade judiciária, que é aquela que emerge de um procedimento desenvolvido em contraditório, e baseado necessariamente em critérios de admissibilidade ou exclusão das provas.

Há de se acrescentar, contudo, que o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes, abrindo a escolha, entre dois processos: um em que a dignidade do homem é aviltada; outro, em que é respeitada. Este último se torna tolerável até mesmo os inevitáveis erros. A dicotomia defesa social X direitos de liberdade assume freqüentes conotações dramáticas no juízo penal, avultando a obrigação do Estado de sacrificar o mínimo possível os direitos da personalidade do acusado como pedra de toque de um sistema de liberdades públicas no contexto de um Estado de Direito (AVÓLIO, 1999, p. 40-42).

2 – DO ESTADO DE DIREITO

2.1 – Estado de Direito e Prova Ilícita

O Estado de Direito é o contexto social que propiciou o surgimento de restrições legais à forma de colheita de provas, permitindo assim a classificação das provas em ilícitas ou lícitas.

Até que se instalasse o chamado Estado de Direito, foram necessários diversos passos na senda da evolução ocidental, sobretudo mudanças nas crenças religiosas, que se constituíram na base para a alteração da estrutura jurídica das nações.

Instituiu-se por meio da prefixação das formas de interferência estatal na esfera do livre arbítrio dos cidadãos em sua vida privada, assim como na vida da coletividade. O objetivo de sua existência é propiciar um ambiente de segurança social, através da certeza de que há previsão legal a orientar as ações estatais e individuais.

Tem a função de viabilizar uma convivência social harmônica e compatível com a dignidade dos seres humanos. Tal função se materializa mediante a fixação de normas que estabelecem parâmetros para a solução de conflitos antes que eles existam. É forma de garantir ao cidadão o conhecimento dos poderes e deveres estatais, como dos direitos e deveres dos indivíduos reciprocamente.

Apesar da prefixação de normas, nem sempre é possível atribuir valor absoluto às proposições normativas.

Elas podem dar margem a conflito nos valores fundamentais dos seres humanos. Conflito que somente pode ser solucionado por intermédio de uma avaliação objetivo-comparativa dos princípios constitucionais para decidir qual deles deve prevalecer no caso concreto, pois, nessas circunstâncias, admitem ser ponderados objetivando harmonizar os vários valores que encerram.

Se não houver certa margem de discricionariedade na interpretação e aplicação das leis, inviabiliza-se o fazimento da justiça, e, com isso, o equilíbrio social.

A necessidade de fixar normas reguladoras dos meios de obtenção de provas no processo penal, assim como sua admissibilidade, é um dos fatores concorrentes para a estruturação do Estado de Direito. Todavia, para fazimento da justiça no que se refere à punição efetiva dos criminosos e proteção aos valores e bens por eles violados, inclusive a materialização de alguns fins do Estado, não é possível decidir a priori, pela admissibilidade ou inadmissibilidade irrestrita das provas proibidas. Atribuir valor absoluto às normas tuteladoras dos direitos individuais, especialmente à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, pode constituir-se numa inversão de valores prejudicial à manutenção da ordem no corpo societário. Tal valoração pode favorecer situações de grande lesividade a relevantes interesses juridicamente tutelados e garantir aos violadores a impunidade, num ponto tal que chega, em alguns casos, a comprometer a estrutura do próprio Estado de Direito (CARNAÚBA, 2000, p. 14-15).

2.2 – Liberdades Públicas e Estado de Direito

Os direitos fundamentais possuem origem histórica, ou seja, foram frutos de uma evolução que os consolidou. Surgiram como uma reação às diversas violações, em especial do Estado, contra direitos do ser humano. A sociedade se mobilizou e passou a exigir do Estado uma posição garantidora desses direitos.

As liberdades públicas encontram-se declaradas na Constituição Brasileira de 1988, de forma mais abrangente e extensa que nas anteriores, com excepcional ênfase aos direitos concernentes às garantias do indivíduo em matéria penal e processual penal.

O exercício das ações investigatórias pelos órgãos incumbidos da persecução penal quase invariavelmente colide com a barreira protetora que as Constituições erigem em torno dos direitos do homem.

Contudo, as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, e tampouco 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. Desta forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservam as liberdades públicas de terceiras pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar sua responsabilidade perante o Estado.

Como observado pelo Ministro Moreira Alves, em lapidar voto-relator no *Habeas Corpus* nº 74.678-1/SP:

Evidente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa. (STF – 1ª T, HC 74.678-1/SP – rel. Ministro Moreira Alves, v. u. 15.ago.1997)

Note-se que não se trata de acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, uma vez que aqueles que produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas ilícitas. Assim agindo, em legítima defesa, a ilicitude na colheita da prova é afastada, não devendo pois incidir o inciso LVI, artigo 5º, da Constituição Federal.

A Constituição há de ser interpretada através da conjunção da letra do texto com as características históricas, políticas e ideológicas do momento, para se encontrar o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sócio-política-econômica, almejando sua plena eficácia.

3 – DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

3.1 – Princípio da Auto-responsabilidade das Partes

Decorre do ônus da prova, expressamente preconizado no artigo 156 do Código de Processo Penal:

“**Art. 156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

No processo, as partes não têm a obrigação, mas o ônus de produzir as provas referentes ao que foi alegado. Cada parte assume as conseqüências dos atos praticados e dos que tenha deixado de praticar, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos que comprovem as alegações feitas, e que lhe compete demonstrar.

Assim, as partes não estão obrigadas a provar o que alegaram, mas submetidas ao ônus de demonstrar essas alegações, pelos meios admissíveis, para evitar um prejuízo futuro (MARQUES, 2000, p. 350).

3.2 – Princípio da Audiência Contraditória

Em todos os atos processuais, às partes deve ser assegurado o direito de participar, em igualdade de condições, oferecendo alegações, como também produzindo provas em contrário. Tal exigência decorre do princípio da isonomia que deve haver entre as partes na relação jurídico-processual, e também em decorrência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa que assegura às partes as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas, e influir, enfim, no convencimento do juiz. Nesse sentido, Luiz Francisco Torquato Avólio (1999, p. 27) escreve com sabedoria: “O contraditório, pois,

pressupõe a paridade de partes: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes”.

Em conseqüência do contraditório, devem ser respeitados os seguintes aspectos: a) proibição de se utilizar fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; b) proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhida na ausência das partes; c) a obrigação do juiz quando determine a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e oferecer contra-prova. A concomitante presença de ambos – juiz e partes – na produção das provas é essencial à sua validade (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 2001, p. 123).

O contraditório se desdobra, em dois momentos: informação e participação. A informação está presente desde a citação, prosseguindo-se ao longo do processo com as devidas intimações. Já, no que se refere à participação, significa “participar da instrução”, preparando o espírito do juiz, não somente através das provas, mas participando do processo em todas as demais atividades, debatendo, oferecendo suas alegações, de fato e de direito, possibilitando assim incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo (AVÓLIO, 1999, p. 27-28).

3.3 – Princípio da Comunhão da Prova

No campo penal não há prova pertencente a uma das partes, nem ao juiz; pode ser ela utilizada pela parte que a produziu, como também pela parte contrária (MOSSIN, 1998, p. 197). Toda prova produzida integra um campo unificado, servindo a ambas as partes e ao interesse da justiça (ARANHA, 1994, p. 31), uma vez produzidas, tornam-se comuns, por interessarem a todos os envolvidos na relação jurídico processual.

3.4 – Princípio da Oralidade

Por força de tal princípio, haverá sempre predominância da palavra falada, mas, na verdade, existe um sistema misto, escrito e oral, pois os depoimentos, debates, alegações, são feitos oralmente, mas sempre reduzidos a termo.

3.5 – Princípio da Concentração

Por meio deste princípio, que é um desdobramento do da oralidade, busca-se concentrar toda a produção da prova em uma única, ou em poucas audiências, pois, quanto mais próximos da decisão do juiz são os movimentos processuais, tanto menor é o perigo de desaparecimento das impressões pessoais e dos fatos que a memória registra (MARQUES, 1965, p. 67).

A concentração, porém, tem que obedecer ao rito previsto pelo legislador para o tipo de crime que é objeto da acusação. Nesse particular, há diversificação de concentração, considerando-se os diversos procedimentos previstos pela legislação processual pátria (MOSSIN, 1998, p. 200).

3.6 – Princípio da Publicidade

Os atos judiciais e, portanto, a produção de provas, são públicos, devendo os atos processuais serem praticados publicamente diante dos cidadãos, por ser a publicidade do juízo a melhor garantia à própria justiça, admitindo-se somente como exceção o segredo de justiça.

Dada a relevância deste princípio, foi ele guindado a dogma constitucional, no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal:

“A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse coletivo o exigirem.”

Assim, diante do texto constitucional, como regra, a produção de provas em audiência é pública, podendo ser assistida por quaisquer pessoas, o que

concorrerá não só para justificar o caráter político do princípio, bem como as garantias do direito de defesa e a própria transparência do juízo na coleta de provas (MOSSIN, 1998, p. 201).

3.7 – Princípio do Livre Convencimento

Tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Isso significa que o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem provas e até mesmo contra a prova.

O magistrado não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos, mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas avalia segundo critérios críticos e racionais.

Essa liberdade de convicção, porém, não equivale a uma decisão arbitrária, posto que o convencimento deve ser sempre motivado.

4 – DAS PROVAS ILÍCITAS

4.1 – Terminologia e Conceito

Insta ressaltar que não há na doutrina unanimidade a respeito do termo. Nas diversas obras analisadas observam-se diferentes colocações, tais como: “prova proibida”, “prova vedada”, “proibições probatórias”, “provas ilegais”, “proibição de prova”, etc.

Contudo, ficaremos com a terminologia empregada pela Carta Magna de 1988, que em seu artigo 5º, inciso LVI, fala das provas ilícitas, que são aquelas obtidas por meios contrários à moral e aos bons costumes e principalmente quando atentatórias à dignidade e às liberdades públicas constitucionalmente asseguradas ao indivíduo.

A propósito, merece transcrição a lição lapidar de Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 2001, p. 132):

A questão da denominada “prova ilícita” ubica-se, juridicamente, na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação.

Quanto a um conceito preciso de prova ilícita, não podemos deixar de apresentar o de Torquato Avólio (1995, p. 39), que com a costumeira sabedoria preleciona que:

por prova ilícita ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana, mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e outros.

4.2 – Prova Ilícita e Prova Ilegítima

A prova ilícita é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, pois, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre aos direitos e garantias atinentes à dignidade humana. Assim, da violação dessas normas, é o próprio direito material que estabelece sanções próprias, inadmitindo a sua introdução no processo e, na hipótese de sua introdução no processo, a inutilização da prova ilícita, além da punição ao infrator que na colheita das provas infringir os direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Diversamente, por prova ilegítima entende-se ser aquela cuja colheita estaria infringindo normas de direito processual, pois alguns dispositivos da lei processual penal contém regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (artigo 207, do Código de Processo Penal) (AVÓLIO, 1999, p. 44). Porém, a sanção para o descumprimento dessas normas processuais encontra-se na própria lei processual, basta a sanção erigida através da nulidade do ato cumprido, e da ineficácia da decisão que se fundar sobre os resultados deste ato.

A prova ilegítima jamais produzirá efeitos no processo, eis que se realizada sem o amparo da lei processual penal, não tem qualquer valia. É considerada nula nos moldes do artigo 564, inciso III, do Código de Processo Penal. Cabe ressaltar que, se a prova for ao mesmo tempo ilícita e ilegítima, não trará dificuldades, pois será fulminada pela primeira (ARANHA, 1999, p. 50).

A grande problemática consiste em saber os limites da inadmissibilidade das provas ilícitas, no que pese a vedação constitucional das provas ilícitas frente aos direitos sociais.

4.3 – Provas Ilícitas por Derivação

A questão das denominadas provas ilícitas por derivação diz respeito àquelas provas em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da

informação obtida por prova ilicitamente colhida. É o caso, por exemplo, da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado.

A dificuldade está em saber se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ou não ser admitidas no processo.

A conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada, *fruits of the poisonous tree*, cunhada pela Suprema Corte norte-americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos sustenta que todas as provas derivadamente obtidas a partir de práticas ilegais devem ser excluídas.

A doutrina dos frutos da árvore envenenada suscitou e ainda suscita divergências doutrinárias e jurisprudenciais, quer no direito comparado, quer no direito brasileiro. Contudo a doutrina dominante vem firmando orientação no sentido de que tal modalidade de prova não pode jamais ser admitida no processo, pouco importando sua relevância para o deslinde da causa penal. Sacrifica-se, nesse passo, o princípio da verdade real em favor da vedação absoluta da prova obtida por meio ilícito e assim conseqüentemente a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

Está é a posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e mais intransigente com os princípios e normas constitucionais; a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que devem ser igualmente extraídas do processo (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 2001, p. 137).

Nesse sentido, incensurável a análise do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 69.912, que dispõe:

“Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do *fruit of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.”

Portanto, em sentido contrário, não podemos deixar de apreciar a crítica de Barbosa Moreira, ao *Habeas Corpus* nº 73.351 – SP, que concedeu o *writ* ao argumento de que a prova ilícita contaminou a prova obtida por meio dela, pois,

na hipótese versada, a apreensão de 80 kg (oitenta quilos) de cocaína só foi possível em virtude da interceptação telefônica:

Tal viés doutrinário (*fruits of the poisonous tree*) é adequado à nossa realidade, de modo especial na área da “criminalidade organizada”, concluindo por dizer a enorme dificuldade que sente em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade universal, em dar combate eficiente à praga do tráfico (MOREIRA, s. d., 113-114).

Ademais, encontram-se no próprio direito americano limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional que excepcionam da vedação probatória as provas derivadas das ilícitas quando a conexão entre umas e outras é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito, ou ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam ser descobertas, de qualquer outra maneira. No primeiro caso, fala-se em *independent source*, e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 2001, p. 138).

Embora haja tais limitações no direito comparado, no Brasil a doutrina majoritária posiciona-se no sentido de não admitir as provas ilícitas por derivação em respeito à Carta Magna, porém ainda falta um posicionamento mais preciso sobre a matéria, haja vista que para a doutrina sendo as provas ilícitas inadmissíveis, inadmissíveis também serão as delas derivadas, embora não exista nenhum texto de lei que assim as declare.

Contudo, já se encontram elaboradas as propostas de reforma para o Código de Processo Penal, presidida por Ada Pellegrini Grinover, que dentre tantas modificações, propõe a inclusão de um § 1º na nova redação do artigo 157: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não puderem ser obtidas senão por meio das primeiras” (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 2001, p. 139)

4.4 – Pela Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

Durante muito tempo, as provas ilícitas foram utilizadas pelas classes sociais dominantes, como forma de controle social. Contudo, a operacionalização do Estado de Direito evoluiu ao longo do tempo, e assim dividiu-se doutrina e jurisprudência a respeito da admissibilidade processual das provas ilícitas.

Pode-se afirmar que predominava até a Constituição Federal de 1988 a teoria da admissibilidade, embora alguns autores e o próprio Supremo Tribunal Federal já defendessem a inadmissibilidade, haja vista os direitos civis e políticos do indivíduo. É o que se pode observar em decisão transcrita na RTJ 84/609.

A primeira decisão é de 11.11.1977, ocasião em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa telefônica de mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial. (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHOS, 2001, p. 141).

Assim, a Carta Constitucional de 1988 veio consolidar a posição do Supremo Tribunal Federal, afastando do processo brasileiro a admissibilidade das provas ilícitas em seu artigo 5º, inciso LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

No exame das provas ilícitas a doutrina dominante tem firmado orientação no sentido de que tal modalidade de prova não pode jamais ser admitida no processo, pouco importando sua relevância para o deslinde da causa penal. Sacrifica-se o princípio da verdade real em favor da vedação constitucional da prova obtida por meio ilícito, não se admitindo, desta forma, qualquer afronta à lei.

Na Ap. 307-3, DF, o Ministro Celso Mello, ensina em seu voto que:

A nomeação inscrita no artigo 5º, inciso LVI, da Lei fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas Tendências do Direito Processual Penal*, pág 60-82, 1990, Forense Universitária) o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por elas apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade. A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de

não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, de prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.

Outros julgados no mesmo sentido:

Desentranhamento da prova ilícita – STF – “Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, a qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada”. (Pleno – Embargos de declaração em inquérito nº 731/DF – rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção 1, 7.jun.1996, p. 19.847)

Habeas Corpus e prova ilícita: STF – Impõe-se a extensão de habeas corpus, para anular-se o processo criminal, se a decisão se baseou em prova ilícita, a afastar qualquer caráter pessoal”. (1ª T – HC nº 74.113-1/SP – rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção 1, 4.abril.1997, p. 10.551)

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional moderna passou a prever uma atenuação à vedação das provas ilícitas, visando corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizados, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicações, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

Vê-se, porém, que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência são bem divididas quanto a este assunto. Enquanto uns defendem o absolutismo do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, outros defendem a mitigação do referido artigo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade/razoabilidade em determinados casos, como veremos a seguir.

4.5 – Pela Admissibilidade das Provas Ilícitas

Embora o artigo 5º, inciso LVI, da Magna Carta, estabeleça serem inadmissíveis no processo as provas ilícitas, vale ressaltar que nenhum preceito constitucional é absoluto. Os princípios não proíbem, permitem, ou exigem algo em termos de tudo ou nada. É preciso haver uma harmonização das normas, pois assegurar uma extensão absoluta ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas a determinados indivíduos significa negar a outros cidadãos outros tantos direitos igualmente importantes para a materialização dos objetivos fundamentais do Estado de Direito.

As normas jurídicas devem estar sujeitas a uma interpretação razoável sob pena de se transformarem em preceitos injustos, conduzindo para um afrouxamento ético dos nossos costumes.

Tem-se que levar em consideração os valores, aplicando-se o princípio da convivência das liberdades, sopesando os valores em jogo e assim chegar ao fim colimado pelo Direito – a Justiça.

Não que devêssemos retroagir a décadas, séculos atrás, e cometermos as mesmas barbáries que cometeram nossos antepassados ao conceberem todo e qualquer tipo de provas violentas e inquestionáveis. Devemos sim, respeitar os direitos que ao longo da evolução humana foram conquistados. Porém, não podemos esquecer que a Constituição de 1988 deveu-se em grande parte ao regime autoritário que recentemente havia se extinguido, e sob o qual eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais. É mister reconhecer que naquele momento histórico, não poderia ser diferente a opção pela inadmissibilidade das provas ilícitas. Portanto, com o contexto social contemporâneo e a crise da Justiça, é chegado o momento de buscar-se um meio termo.

Nesse sentido é Apelação Criminal 185.901-3:

EMENTA: Prova Criminal – Interceptação telefônica – Admissibilidade – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipóteses em que a polícia tendo suspeita razoável sobre envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso Provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (*due process*

os *law*) deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade (Ap. nº 185.901-3, Indaiatuba – 3º Câmara Criminal – Rel. Min. Segurado Braz – 30.10.95, v. u.)

Como observado, há casos em que necessário se faz a admissibilidade das provas ilícitas, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, sempre que houver conflito entre direitos fundamentais.

A admissibilidade das provas ilícitas no processo penal muitas vezes é imprescindível, a fim de se evitar a impunidade, que é danosa ao equilíbrio social e inviabiliza um dos propósitos do Estado de Direito, que é a promoção da Justiça.

Não é correto que um Estado se proponha a promover a justiça e permaneça sistematicamente deixando impunes crimes de alto poder lesivo para a sociedade, sob o argumento de que o modo de coleta das provas foi acintoso à privacidade do criminoso. Por essa razão, a inadmissibilidade constitucional de provas ilícitas no processo tem forçosamente de sofrer certas ressalvas que resultem de sua interpretação finalística, teleológica e da sua inserção sistemática no contexto das normas protetoras do direito processual penal.

5 – TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

5.1 – Aspectos Gerais

O princípio da proporcionalidade tem origem no direito americano, no qual é apresentado sob a denominação de “princípio da razoabilidade”. Contudo, atingiu seu ápice no direito alemão, que utiliza a denominação “princípio da proporcionalidade”.

Mas não é apenas a denominação que é diversa, o fundamento deste princípio também diverge naquelas legislações. O direito alemão justifica-se no Estado Democrático de Direito. O direito americano fundamenta-o no devido processo legal, no que foi seguido pelo Supremo Tribunal Federal.

O princípio da proporcionalidade constitui uma atenuação à doutrina constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas, prevendo sua utilização sempre que o interesse tutelado se sobrepuser a outros interesses, como por exemplo o da intimidade, da privacidade, assim para que o Estado atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos fundamentais, é necessário a existência de normas que pautem sua atividade e que, em alguns casos, nem mesmo a vontade da maioria seja capaz de derogar (Estado de Direito). É necessário ao Estado, ainda, reconhecer e utilizar um princípio regulador para ponderar até que ponto dar-se-á preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade) (AVÓLIO, 1999, p. 59).

Isto posto, quando uma prova é adquirida com infração a uma norma jurídica existem duas teses: uma diz que o interesse do Estado em esclarecer a verdade deve prevalecer, independentemente do modo como foi obtida a prova, sujeitando-se o infrator às sanções do ato que praticou; já a outra não admite a possibilidade de um comportamento antijurídico permitindo que quem o cometeu dele tire proveito prejudicando outrem.

Estas são, sem dúvida, teses radicais às quais o magistrado não se deve ater com rigor. É mais sensato deixar fluir no magistrado o livre convencimento, pois somente ele diante do caso concreto poderá avaliar aspectos que o levarão a decidir qual dos interesses em conflito será sacrificado e em que medida.

O juiz deve analisar se a medida é indispensável, verificando se a transgressão se explica por necessidade autêntica, que torne o comportamento da parte escusável, ou se, ao contrário, a alegação poderia ser provada por meios regulares, tendo a infração gerado dano superior ao benefício levado ao processo (MOREIRA, s. d., p. 125).

5.2 – Suprema Corte Norte Americana: a Doutrina da Razoabilidade e da Proporcionalidade e o Devido Processo Legal

O desenvolvimento do princípio da razoabilidade no direito americano se operou a partir da interpretação evolutiva da cláusula do devido processo legal, atualmente incorporada à Constituição Norte-americana através das emendas 5ª e 14ª (STUMM, 1995, p. 154).

O estudo evolutivo do princípio do devido processo legal no direito norte-americano se revestiu inicialmente em garantia de caráter estritamente processual, voltada a princípio para a regularidade do processo penal (direito ao contraditório, à ampla defesa, ao acesso à justiça, etc.) que se estendeu posteriormente aos processos civil e administrativo. Neste estágio evolutivo ainda era inconcebível qualquer valoração do mérito dos atos normativos e administrativos pelo Judiciário, sob pena de se considerar vilipendiado o princípio da separação dos poderes. Subseqüentemente, até meados dos anos 30, o princípio do devido processo legal, passou a incorporar, também em cunho substantivo, o que impulsionou o Judiciário para o exame de certas valorações administrativas e legislativas, o denominado ativismo judicial, com redefinição da noção de discricionariedade. A Suprema Corte passou a desempenhar o papel de fiel intérprete da doutrina do liberalismo econômico que considerava um verdadeiro sacrilégio qualquer interferência restritiva do legislador ordinário ao direito de propriedade e ao livre arbítrio das partes na celebração dos contratos, o

que acarretou a invalidação de diversas normas tidas como não razoáveis (STUMM, 1995, p. 158).

É exatamente nesta fase substantiva do devido processo legal que se constitui no direito norte-americano o princípio da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade, assim, erige-se em parâmetro de valoração dos atos do Poder Público (legislativo e administrativo) para aferir sua consonância com a razão e o ideal superior de Justiça, visando dissipar qualquer arbitrariedade ou abuso de direito.

Deste modo, resta evidenciado que o Poder Judiciário norte-americano tem na versão substantiva do devido processo legal um poderoso instrumento de aferição da justiça e razoabilidade das leis restritivas de direitos fundamentais.

5.3 – Corte Constitucional Alemã e o Princípio da Proporcionalidade

Num primeiro momento, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade restringia-se ao direito penal, fruto de uma evolução do princípio da legalidade, cristalizando entendimento da necessidade de proporção entre os crimes e os castigos. É considerado uma medida com valor suprapositivo do Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas (STUMM, 1995, p. 78).

No século XIX, o princípio da proporcionalidade se incorpora ao direito administrativo, como instrumento hábil a combater os atos administrativos arbitrários (violação da lei ou desvio de poder).

O princípio da proporcionalidade foi transplantado do direito administrativo francês para o direito administrativo alemão, tendo, eventualmente aplicabilidade no âmbito do poder de polícia da administração pública. Entendeu-se que a intervenção administrativa limitadora da liberdade individual deveria conformar-se aos estritos limites necessários à consecução dos fins constitucionais legítimos, proporcionada às circunstâncias.

A doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional alemã desenvolveram formulações teóricas em torno do princípio da proporcionalidade, decompondo-o em três sub-princípios cumulativos imprescindíveis à sua configuração:

- 1) Sub-princípio da adequação;
- 2) Sub-princípio da necessidade ou exigibilidade; e
- 3) Sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Por força do sub-princípio da adequação (*geeignetheit*), as medidas restritivas de direitos fundamentais devem ser aptas a atingir os fins colimados. Pressupõe-se que o legislador infraconstitucional esteja constitucionalmente legitimado a impor gravames a liberdades individuais na perseguição do fim legítimo (STUMM, 1995, p. 79).

Em decorrência do sub-princípio da necessidade ou exigibilidade (*erforderlichkeit*), impõe-se a verificação prévia da imprescindibilidade da adoção da medida restritiva, bem como da impossibilidade de sua substituição por outra menos gravosa. Objetiva-se causar o menor prejuízo possível aos direitos e interesses da coletividade em geral, na justa medida do necessário para a preservação do próprio ou de outro direito fundamental (idem anterior, 1995, p. 79-80).

O fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (*ubermassverbot*) é derivado do Estado de Direito. Por derradeiro, a válida utilização do princípio da proporcionalidade pressupõe, igualmente, a satisfação do requisito pertinente ao sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste numa ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, de modo que as vantagens superem as desvantagens.

5.4 – Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro

A aplicação do princípio da proporcionalidade (razoabilidade) pelo Judiciário brasileiro aponta para uma trajetória tímida. Indubitavelmente, inúmeros são os precedentes de aplicação implícita dos seus ideais intrínsecos. Contudo,

nota-se uma preocupação dos nossos juízes no sentido de evitar a invocação explícita do princípio em exame, a qual levou algumas décadas para se dissipar.

Em linhas gerais, é idêntica a explicação encontrada por todos aqueles que refletiram sobre o assunto: excessivo apego ao dogma da separação dos poderes.

A Constituição Federal de 1988 abrigou no inciso LVI, do artigo 5º, a cláusula do devido processo legal (*due process of law*): “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Alguns doutrinadores, influenciados pelo direito norte-americano, atribuem à cláusula do devido processo legal inserida na nossa Constituição uma dimensão maior, capaz de abarcar não só a versão adjetiva de garantia processual, mas também um cunho substantivo.

Outros, porém, não visualizam na supramencionada cláusula toda essa amplitude que seria desejável. Contudo, vislumbram, inspirados na doutrina germânica, o princípio da proporcionalidade como algo inerente ao Estado de Direito, integrando de modo implícito nosso ordenamento jurídico, como um princípio constitucional não escrito (BARROSO, 1996, p. 165-170).

É de se consignar que, já sob o império da Carta Magna de 1988, advieram inúmeras decisões fundadas, implícita ou explicitamente, nas idéias de proporcionalidade e da razoabilidade.

5.5 – Princípio da Proporcionalidade Pró-reu

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei*, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência. Tal posição mitiga, sem dúvida, o rigor da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas. Em tais casos, o sujeito estaria em situação de verdadeiro estado de necessidade, ou legítima defesa, cláusulas excludentes da antijuridicidade, vendo-se obrigado ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade. Assim, para evitar uma condenação, o réu se vê forçado

a exibir correspondência que a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XII, protege como um valor absoluto. Entre a inviolabilidade da correspondência e o direito à liberdade sobreleva este último (AVÓLIO, 1999, p. 72).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão proferida em 16 de setembro de 1992, que versava sobre processo criminal por lesões corporais graves, onde se admitiu uma fita contendo gravação de uma conversa telefônica ocorrida entre a ré e a vítima do processo, realizada pela própria acusada, entendeu que o direito à intimidade, como de resto todas as demais liberdades públicas, não tem caráter absoluto e pode ceder quando em confronto com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o da ampla defesa. Isso nada mais é que a aplicação pura e simples da Teoria da Proporcionalidade.

5.6 – Princípio da Proporcionalidade Pro Societate

Ao contrário do que vimos no item anterior, onde o princípio da proporcionalidade pro reo é admitido, aqui, infelizmente, o caminho tomado pela Constituição Federal de 1988, ao optar, pelo menos na aparência, por uma posição radical em face das provas ilícitas, deixou profundamente desamparada a sociedade, ao propiciar que alguém possa tirar proveito da sua própria torpeza.

Suponha-se que terceiro, não importa a razão, praticando interceptação telefônica, venha a tomar conhecimento de fato que possa levar à elucidação de crime gravíssimo. Para os adeptos da teoria da proporcionalidade, tal prova poderia ser aproveitada, tendo em conta que, entre a violação da privacidade do criminoso e o deslinde da infração penal da maior gravidade (homicídio, roubo, extorsão, tortura, etc.) prevaleceria, sem dúvida, a solução do caso com a conseqüente punição do criminoso.

Na hipótese formulada acima, o autor da interceptação teria que sofrer punição, fato que tornaria inócua a aplicação, na prática, da teoria da proporcionalidade em tal emergência. Quem se arriscaria a identificar-se entregando à autoridade policial ou ao Ministério Público a gravação obtida de forma ilegal?

A lei não nos dá solução para tal situação, aliás, nem mesmo o Ministério Público ou a autoridade policial poderia fazer uso de tal gravação, mesmo que ela lhes fosse remetida pelo autor da interceptação valendo-se do anonimato.

Acreditamos que a própria Lei Magna, ao vedar as provas obtidas por meios ilícitos, poderia ter acrescentado a ressalva “na forma da lei”, deixando ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar a matéria de maneira que pudesse, tanto quanto possível, abranger situações extremamente delicadas em que a sociedade se verá indefesa se o preceito constitucional, tal com está redigido, for recepcionado como dogma absoluto.

Diante do exposto, não há razão plausível para que não se adote, igualmente, a teoria da proporcionalidade pro societate.

5.7 – Críticas à Teoria da Proporcionalidade

A objeção que se costuma fazer ao princípio da proporcionalidade reside no subjetivismo que gera, pondo nas mãos do juiz um poder absoluto de apreciação sobre qual valor deve preponderar, fazendo surgir um “concretismo” perigoso, com graves riscos para a segurança individual.

A teoria da proporcionalidade encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais – interesse e valores – num plano abstrato.

Riscos há, não há dúvida, principalmente se não existir da parte do juiz perfeito equilíbrio entre o que se deva entender por atuação discricionária e postura arbitrária (AVÓLIO, 1999, p. 71).

Haveria, evidentemente que existir critério balizadores para a atuação do juiz, não me parecendo que a aplicação da proporcionalidade se deva ser estendida a todo e qualquer preço e para qualquer caso. É preciso determinar os valores em jogo, a ordem normativa das prioridades e o cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido).

6 – RELATIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A atual Carta Constitucional Brasileira, seguindo forte tendência mundial de respeito aos seres humanos e crescente reforço às garantias individuais, erigiu à condição de princípio fundamental o respeito à individualidade das pessoas, concretizando-os nos seus artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso IV, cujo conteúdo segue:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que deve respeito à pessoa humana e ao mesmo tempo precisa promover o bem de todos e a justiça.

Como pudemos perceber, é extremamente difícil, principalmente nos dias atuais, proteger um ou outro direito fundamental do indivíduo, e deixarmos toda uma sociedade desamparada, desprotegida frente a verdadeira guerra civil que assistimos diariamente.

Isto não significa que as provas ilícitas devam simplesmente ser admitidas, mas que a inadmissibilidade intransigente, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, também engendra violência, na medida em que legaliza arbitrariedades do indivíduo sobre o bem comum.

Recentemente houve, no Brasil, uma oportunidade em que a inaceitação popular se fez evidente em face da proteção estatal absoluta do direito de privacidade.

Trata-se da decisão judicial negatória da admissibilidade processual a uma prova dos crimes de tráfico de entorpecentes e formação de quadrilha, no processo respectivo.

A polícia instalou, de forma clandestina, um dispositivo de escuta num local onde suspeitava reunir-se uma quadrilha de traficantes de drogas. A medida surtiu o efeito desejado, e através das informações colhidas, a polícia apreendeu uma grande quantidade de cocaína em poder de um dos suspeitos. Em seguida, identificou-se os demais integrantes da quadrilha, que afirmaram, inclusive, que a droga era procedente da Bolívia.

O fato gerou acirrada polêmica, pois a medida policial evitou o tráfico de grande quantidade de entorpecentes, que, se fosse comercializada, traria sérios prejuízos à saúde física e psíquica de inúmeras pessoas.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem de *habeas corpus* (HC nº 69.912-0/RS, TP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 16.12.1993, m. v., DJU 25março1994) em favor dos traficantes, por maioria de votos, sob o argumento de que as provas colhidas ilicitamente não autorizavam a condenação.

A inadmissibilidade da prova ilícita em casos dessa natureza não significa proteção ao direito à privacidade dos traficantes, mas equivale a garantir-lhes o abuso desse mesmo direito em prejuízo da sociedade.

Agindo desta maneira, o Supremo Tribunal Federal vem cometendo injustiças gritantes, ora seja que a própria Constituição Federal inadmita sim as provas ilícitas, mas não absolutamente, como vem entendendo muitos dos estudiosos sobre o assunto, e o próprio Supremo, pois em seu § 2º, do artigo 5º, a Carta Magna firma: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes de regime e dos princípios por ela adotados”.

Esse dispositivo visa, justamente, evitar que haja injustiças decorrentes da aplicação intransigente de qualquer norma previsto no artigo em que se insere.

Somos levados a raciocinar que as normas constitucionais, para realizar seu objetivo, não devem, nunca, serem interpretadas de forma absoluta, e sim serem sopesados os valores em jogo, aplicando o princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios, a fim de que as normas constitucionais possam estar presas a uma acomodação harmônica, determinada por uma precisa gradação das denominadas normas fundamentais.

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada contradição dos princípios, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu artigo 29 afirma que:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou a uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamadas nesta Declaração.

Apontando a necessidade de relativização dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal afirma que um direito individual “não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas” (RT 709/418). Da mesma maneira, diz o Superior Tribunal de Justiça, em brilhante voto relator do Ministro Pedro Aciole:

Esta muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destroem lares e trazem dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente

cometem censurados delitos trazendo dor aos familiares das vítimas e à sociedade. (6ª T – RHC nº 2.777-0/RJ, rel. Min. Pedro Aciole – Ementário, 08/721) (MORAES, 1998, p. 46)

CONCLUSÃO

A mesma Constituição Federal que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos, ampara, da mesma forma, e no mesmo dispositivo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, que eventualmente terão que ser postos em confronto com a regra do artigo 5º, inciso LVI, para que se possa saber, diante do caso concreto, qual bem jurídico sobrelevar.

A questão da admissão ou não, no processo crime, de uma prova ilícita percebe-se tratar de algo extremamente complexo, e o presente estudo esteve voltado, unicamente, para o exame crítico da aplicabilidade intransigente do preceito constitucional esculpido no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira.

Não podemos nos furtar à análise do fato de que a Constituição de 1988 deveu-se em grande parte às circunstâncias históricas que a cercaram, sob as quais extinguiu-se recentemente o regime autoritário, onde eram freqüentes e graves as violações a direitos fundamentais. Natural que garantisse fortemente tais direitos.

Contemporaneamente, estamos vivendo outra realidade social. Vivenciamos uma época em que os valores estão se invertendo, numa verdadeira guerra civil, num caos urbano, associado à crise da Justiça.

Não se defende, no presente estudo, a violação dos direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição; muito pelo contrário, é em defesa desses direitos que o absolutismo da inadmissibilidade das provas ilícitas deve ser mitigado. É necessário que as garantias constitucionais sejam adequadas às realidades do momento e aos anseios sociais contemporâneos.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem, então, ser aplicados quando em confronto bens jurídicos diversos, sacrificando-se um deles proporcionalmente em favor do outro, considerado de maior relevância. As normas jurídicas devem estar sujeitas a uma interpretação razoável, sob pena de se transformarem em preceitos injustos.

Há que existir, evidentemente, critérios balizadores para a aplicação do princípio da proporcionalidade, que não deve ser estendido a todo e qualquer preço; somente em casos excepcionais e de extrema gravidade é que se justificaria o acolhimento da prova ilícita, e desde que a verdade dos fatos não possa emergir por outros meios.

Trata-se, sem dúvida, de uma teoria sedutora, tendo como único ponto negativo o fato do julgamento da admissibilidade ou da rejeição de tais provas ser subjetivo, logo passível de abusos e gerador de inseguranças. Porém, são vários os momentos em que a lei confia na valoração prudente do magistrado, o que deve ser repetido para a aplicação eficaz da presente teoria.

Assim, conclui-se que, por se tratar de direito fundamental e compor um sistema que exige convivência harmônica entre os princípios e as normas que regem o Estado Democrático de Direito, não há como conceber a inadmissibilidade das provas ilícitas sem ressalvas, ressalvas estas que tem a única finalidade de assegurar outros direitos e garantias fundamentais igualmente resguardados pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995
- _____. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BARROS, Antonio Milton de. **Da Prova no Processo Penal: apontamentos gerais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro, 1996, nº 4.
- CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scaranze; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musstti. **Inviolabilidade do Domicílio na Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Millenium, 2000, 7 v.
- _____. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965, 6 v.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral**. São Paulo: Editora Atlas, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas, *in Revista do Ministério Público/RJ* nº 04 (3ª fase).
- _____. A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas, *in Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, nº 337.
- MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 1998, 2 v.
- STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.