

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA
INFRAPROTEÇÃO NA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS**

Danilo Fonseca Bariani

Presidente Prudente

2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA
INFRAPROTEÇÃO NA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS**

Danilo Fonseca Bariani

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcos Vinícius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente

2014

**DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA
INFRAPROTEÇÃO NA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Marcos Vinicius Feltrim Aquotti
Orientador

Fernanda de Matos Lima Madrid
Examinador

Jaeme Lúcio Gemza Brugnorotto
Examinador

Presidente Prudente, 31 de outubro de 2014.

Vine, Vide, Vice.

Júlio César ao derrotar
Farnaces, rei de Bósforo,
nas planície de Zela.

AGRADECIMENTOS

“O momento que você desejaria a eternidade”, assim disse Clóvis de Barros Filho, ao estipular diálogos sobre a felicidade. O sonho não tão distante de lecionar; de transportar ensinamentos vitamínicos ao próximo e preferir estar com as mãos sujas de pó de giz do que com conquistas ingloriosas, comuns e meramente cotidianas, eis o momento que desejo a eternidade.

Agradeço, sobretudo, à Deus, que nunca me desamparou nas horas difíceis e me concedeu um dos maiores dons que um homem pode sonhar em ter: A fé. Enxergou, com sua infinita visão e sabedoria, minha coragem silenciosa de cada dia. Uma monótona uniformidade da vida cotidiana – como predizia Dostoievsk – cheia de dedicações que ninguém louva, de heroísmo que passam despercebidos, sem despertar o interesse de quem quer que seja. Uma significativa atmosfera plúmbea, verdadeiro herói – em toda extensão da palavra – por suportar àqueles desafios do cotidiano.

Agradeço aos meus pais, ao meu irmão e principalmente a minha querida namorada Isabela Pontalti de Lima, pois devo uma parcela muito grande a essas pessoas, que são anjos que me abençoam cotidianamente com seus sorrisos, palavras, conselhos e, me dão força para nunca desistir.

Agradeço aos meus fiéis amigos, em especial ao Bruno de Araújo Chico, amizade consolidada desde os tempos de outrora e que, durante a minha vida acadêmica, sempre me auxiliou, cooperou e esteve ao meu lado nos bancos da graduação.

Agradeço, também, a todos os meus professores do curso de Direito, que sempre cultivaram em meu coração o sincero anseio e sonho de um dia me tornar um grande profissional.

Agradeço ao meu orientador o professor Marcos Vinícius Feltrim Aquotti, pessoa fantástica da qual tive o privilégio de conhecer e receber um grande ensinamento, não somente jurídico, como de vida, espírito iluminado pelo saber jurídico e, sobretudo, pela esperança que deposita, cotidianamente, em seus alunos. Obrigado por acreditar em mim, és um sincero e valioso amigo, espero um dia lhe render orgulho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo primordial resgatar um tema que desde sempre tem gerado uma grande discussão na doutrina e no processo penal brasileiro. Trata-se da admissibilidade das provas ilícitas *pro réu e pro societate*. Em primeiro lugar, realça os princípios constitucionais que dão impulso para essa discussão. Em um segundo momento expõe uma visão panorâmica da discussão, ocasião em que são analisados os principais posicionamentos – na doutrina e jurisprudência, sobre essa admissibilidade. Por fim, conclui que deve sim ser admitida as provas ilícitas, devendo sempre buscar a verdade real, realizando a solução do caso concreto com equidade.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais. Devido Processo Legal. Vedação das provas ilícitas. Admissibilidade das provas ilícitas.

ABSTRACT

Keywords: This work has as main goal to rescue a theme that has always generated a great discussion in doctrine and in the criminal justice process. This is the admissibility of defendant's illegal evidence pro and pro societate. Firstly, it highlights the constitutional principles that give impetus to this discussion. In a second step presents an overview of the discussion, at which explores the main positions - in doctrine and jurisprudence on the admissibility. Finally, I conclude that yes should be allowed the illegal evidence and should always seek the real truth, making the solution of concrete with equity case.

Keywords: Constitutional Principles. Due Process. Sealing of illegal evidence. Admissibility of illegal evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	12
2.1 Norma-Princípio.....	13
2.2 Norma-Regra.....	14
2.3 Postulado Normativo.....	15
2.4 Princípio do Devido Processo Legal.....	16
2.4.1 Devido Processo Legal Material ou Substancial.....	17
2.4.2 Devido Processo Legal Formal.....	18
2.5 Princípio do Contraditório.....	18
2.6 Princípio da Ampla Defesa.....	20
2.7 Princípio da Vedação das Provas Ilícitas.....	21
2.8 Princípio da Presunção do Estado de Inocência ou Não-Culpabilidade.....	23
3 DAS PROVAS.....	25
3.1 Conceito de Prova.....	25
3.2 Objeto da Prova.....	26
3.3 Finalidade da Prova.....	28
3.4 Procedimento Probatório.....	28
3.5 Ônus da Prova.....	30
3.6 Classificação das Provas.....	31
3.6.1 Testemunhal.....	31
3.6.2 Documental.....	33
3.6.3 Pericial.....	35
3.6.3.1 Exame de Corpo de Delito.....	37
4 VEDAÇÃO DAS PROVAS.....	40
4.1 Provas Ilícitas.....	41
4.2 Provas Ilícitas por Derivação.....	43
4.3 Provas Ilícitas frente a Constituição Federal de 1988.....	46
4.4 Correntes Doutrinárias sobre a Admissibilidade das Provas Ilícitas.....	47
4.4.1 Teoria Obstativa.....	47
4.4.2 Teoria Permissiva.....	49
4.4.3 Teoria Intermediária.....	50
4.5 Teoria da Proporcionalidade.....	50

4.5.1 Críticas a Teoria da Proporcionalidade.....	52
4.6 Teoria da Proporcionalidade e Prova Ilícita “Pro Réu”.....	53
4.7 Teoria da Proporcionalidade e Prova Ilícita “Pro Societate”.....	55
4.8 Admissibilidade da Prova Ilícita.....	58
5 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

Para que seja assegurada uma coerência na aplicação das normas de diversas áreas do Direito o nosso ordenamento jurídico é constituído por um sistema lógico e coordenado, revestido por princípios. Sem dúvida, juridicamente, o princípio é norma, de conteúdo abrangente, que serve de instrumento para o conhecimento e aplicação do direito positivo.

Portanto, existem os princípios constitucionais, são aqueles constantes do Texto Maior, evidentemente, e que se destinam a limitar o poder de punir (*jus puniendi*) do Estado, punindo os devidos abusos, já os princípios infraconstitucionais, que são encontrados em códigos e leis especiais não possuem um carácter limitador, mas impulsionam a persecução penal.

As normas são gênero, se subdividindo em norma-princípio, norma-regra e os postulados normativos. Sendo que os princípios (todos) possuem efeito vinculante à todos.

Ambos são normas de direito que vinculam as pessoas, porém não afrontam direitos e garantias fundamentais, haverá momentos em que surgirão conflitos entre esses direitos fundamentais que regulamentam a convivência em sociedade¹.

Assim, contudo, tem-se questionado a aplicação das provas obtidas por meios ilícitos a fim de que sejam preservados direitos e garantias também tutelados pela constituição, onde existe uma maior aceitação entre operadores do

¹ No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um *conflito positivo de normas constitucionais*, a saber, entre uma norma consagradora de certo direito fundamental e outra norma consagradora de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é da *máxima observância* dos direitos fundamentais envolvidos e da sua *mínima restrição* compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa. Por conseguinte, a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente em uma *relação de conciliação* com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de *concordância prática* dos direitos ou interesses em conflito. Não se pode falar em restrição de um determinado direito fundamental em abstrato, ora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse fundamental diverso. (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 84)

direito a aplicabilidade das provas proibidas *pro réu*, com o único fim de favorecimento do réu, pela defesa.

Entretanto, sua aplicação em favor da sociedade, utilização das provas ilícitas *pro societate* existem posicionamentos minoritários, pois consiste na aplicabilidade dessas provas pela acusação, comprovando assim a responsabilidade do agente infrator.

A fim de que se alcance a verdadeira Justiça, ou seja, aplicação das normas de maneira adequada, se faz necessário uma análise minuciosa sobre a admissibilidade das provas ilícitas, pois tal matéria é de suma importância para o direito processual penal e direito penal.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em seu artigo primeiro da Constituição Federal de 1988, vem estabelecer como regime de governo pátrio o Estado Democrático de Direito, aonde vem a ter como suas bases na soberania nacional, na dignidade da pessoa humana e cidadania, no direito à livre iniciativa, nos valores sociais do trabalho e no pluralismo jurídico.

Tais elementos vão refletir na interpretação e aplicação das normas penais e processuais penais, em especial observância à dignidade da pessoa humana e o pluralismo jurídico, quando da análise de fatos relevantes para o Direito. Sendo assim a dignidade da pessoa humana vem a ser um limite reconhecido constitucionalmente à intervenção do Estado na vida do cidadão². Ademais, de nada adiantaria direitos sem medidas que efetivamente os garantissem, ou seja, os direitos são apenas declaratórios necessitando de garantias³, como medidas assecuratórias.

Diante disso, a Constituição Federal estabelece princípios, expressos ou tácitos, firmando os direitos subjetivos individuais e suas garantias, como forma de regramentos constitucionalmente estabelecidos para o processo penal⁴.

² A simples existência de direitos fundamentais separados de suas garantias de nada vale, pois os direitos permitem a realização das pessoas e têm interferência imediata nas esferas jurídicas, enquanto as garantias estabelecem-se em função com o nexó que possuem com aqueles. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T. IV, 2^o ed., Coimbra Editora, 1988, p. 89)

³ Além disso, Greco Filho (1989, p. 125) apontou dois motivos para o estabelecimento de garantias pela Constituição da República, sendo que o primeiro, em virtude da origem histórica das garantias individuais, basicamente instituídas como proteção contra o arbítrio penal; o segundo, em virtude de estar diretamente envolvida no processo penal a liberdade pessoal, em que o confronto Estado – particular é imediato e concreto, aí aparecendo decididamente a necessidade de garantias. (GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁴ Neste sentido, José Laurindo de Souza Netto (2006, p. 42), entendeu que resultam então, indispensáveis as previsões de que a lei ordinária nunca viole um princípio, eliminando o núcleo essencial dos direitos constitucionalmente previstos, além de um estrito controle judicial na atividade de todos os órgãos do Estado, de proibição das jurisdições de exceção, pela da garantia do juiz legal ou natural; de proibição de provas obtidas com violação da autonomia ética da pessoa. Em suma, exige o respeito aos princípios constitucionais e que a interpretação e a aplicação dos preceitos legais se perspective a partir da Constituição. (SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal – Sistemas e Princípios**. 4^o tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 42)

Então, os princípios constitucionalmente estabelecidos impõem limites ao poder punitivo do Estado, evitando o desrespeito às garantias estabelecidas pela Carta Magna.

2.1 Norma-Princípio

São normas que ocupam um alto escalão normativo, estando no topo do ordenamento jurídico, por assim o ser, existem uma pequena quantidade de normas-princípio.

De acordo com a nova teoria do Direito, princípios são normas imediatamente finalísticas que pontuam para um estado ideal de coisas a ser perseguido, sem descrever a conduta para tanto. Hoje os princípios⁵ detêm força normativa.⁶

No entanto, apesar da pouca quantidade, possuem uma grande abrangência, alcançando um vasto espaço do ordenamento jurídico. Porém é dotada de *baixa densidade normativa* ou norma rarefeita, isto é, flexível, por assim o ser, inspira a criação de outras novas regras, servindo como fundamento de validade, e servem para interpretá-las, sendo bem adaptáveis. Ou seja, a norma-princípio pode ser concretizada no processo e também nas leis.

A exacerbação de princípios levaria a uma insegurança jurídica muito grande, e um ordenamento que possui apenas regras levaria a uma situação iminente de injustiça. Quando o legislador institui um princípio, ele pretende apontar um valor a ser atingido, os princípios possuem uma finalidade secundária. Também pretende impor destinatários que tenham condutas compatíveis com o Estado ideal que se quer atingir.

⁵ Os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso que se exterioriza na hipótese de colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. (DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 26)

⁶ Doutro modo, afirma Alexy (2008, p. 669) que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 669)

Quando uma norma-princípio colide com outra elas se misturam, por assim dizer, assim, referida colisão, segundo entendimento do STF, será resolvida pela técnica de ponderação de valores constitucionais, isto é, pôr-se-á ambos os princípios em conflito, na *balança constitucional*.

Sendo assim, os princípios convivem conflituamente, o leitor desavisado abre a constituição no art. 5º e vai entender que o legislador constituinte acendeu ao mesmo tempo uma vela para Deus e outra para o Diabo, assim, ao mesmo tempo em que a constituição instituiu o direito a intimidade, e o direito à liberdade de imprensa, ou seja, a prevalência de um jamais vai aniquilar o outro.

2.2 Norma-Regra

São normas que representam a matéria prima do nosso ordenamento jurídico, existindo em uma grande quantidade e estando, assim, submetida a uma ordem hierárquica. Sendo uma norma casuística, pois é exercido para cada caso específico, assim, é dotada de alta densidade normativa, ou seja, é rígida, em razão justamente, de ser projetada para um caso em concreto.

Nesse jaez, em havendo colisão de normas-regras, não podemos nos submeter há técnica de ponderação, aplicando-se, ao invés disso, apenas uma das regras em colisão.⁷

Não é possível a coexistência entre duas regras opostas, a regra segue a lógica do tudo ou nada. Regra é uma norma descritiva que indica uma conduta a ser seguida pelo destinatário. Sendo assim, a aplicação de uma regra se dá mediante *subsunção* (amoldar o fato a norma).

⁷ Em primeiro lugar, a atividade de ponderação ocorre na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito. Costuma-se afirmar que quando duas regras entram em conflito, de duas, uma: ou se declara a invalidade de uma das regras, ou se abre uma exceção a uma das regras de modo a contornar a incompatibilidade entre elas. Em razão disso, sustenta-se que as regras entram em conflito no plano abstrato, e a solução desse conflito insere-se na problemática da validade das normas. Já quando dois princípios entram em conflito deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso, assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação. (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2009, p.57).

Ponderação é utilizada para a solução de conflitos de princípios, já a solução de regras se vale do critério da especialidade, cronológico.

De fato, o conflito entre normas-regras se traduz no que chamamos de antinomia, sendo esta, resolvida segundo os critérios de especialidade, cronologia e hierarquia. Não obstante, havendo uma anomia, será solucionada através da analogia.

2.3 Postulado Normativo

Termo criado por Humberto Ávila⁸, seria uma meta-norma, pois orienta a aplicação da norma princípio, estando, desta forma, em patamar superior às normas princípios. Em outras palavras, os postulados normativos visam orientar a aplicação das normas princípios quando existe entre eles, algum tipo de conflito.

O postulado normativo mais conhecido é o chamado “princípio da proporcionalidade”, pois serve para aplicar outra norma, porém este princípio vem sendo utilizado pelos magistrados de forma desorganizada, e para que isso não venha a se tornar uma conduta gravosa para o Direito foi constituído um limite para a aplicação de postulados, sendo este dividido em três submáximas, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pela adequação, vamos analisar se a restrição imposta é apta a atingir o fim a que se destina;

Pela necessidade, vamos analisar se a restrição imposta é a menos gravosa possível, com a mesma eficácia.

⁸ A compreensão concreta do Direito pressupõe também a implementação de algumas condições. Essas condições são definidas como postulados normativos aplicativos, na medida em que se aplicam para solucionar questões que surgem como a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas: contingentes, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque surgem diante de um problema concreto; e extremas, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a ele. Entre os princípios postulados aplicativos estão a proporcionalidade, a razoabilidade e proibição de excesso, que serão analisadas adiante e em pormenor. (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2009 p.155).

E para finalizar vamos analisar a proporcionalidade em sentido estrito, que visa o sopesa mento, o balanceamento dos valores postos em jogo, exatamente, a ponderação.

Atualmente, de acordo com o doutrinador Humberto Ávila somente podemos encontrar três postulados normativos, que são:

- a) Dogma da dignidade da pessoa humana – quando há questões de direito material, sempre irá prevalecer a dignidade da pessoa humana, quando postos em colisão.
- b) Em sede de direito processual – temos o postulado do devido processo legal.
- c) Postulado da proporcionalidade – que busca um equilíbrio entre as normas-princípio, sendo aplicado tanto em sede de direito material quanto de direito processual.

2.4 Princípio do Devido Processo Legal

O “devido processo legal”⁹ é uma expressão que deriva do inglês *due of process law*, sendo assim, de fato, a origem histórica do princípio é inglesa (art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem Terra aos barões ingleses). Em seu art. 5º, inc. LIV da Constituição Federal, vem assegurar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Qualquer ato que o Estado exerça em face de algum indivíduo, somente poderá ser considerado legítimo, se este indivíduo participou deste processo. Ou seja, o devido processo legal legitima as atividades do Estado, isto porque vivenciamos um regime

⁹ Vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador”, porquanto, “deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão”, não havendo lugar para a interferência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam observados os condicionamentos e limites que decorrem da cláusula *due process of law*. (SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008. p. 137)

democrático. Sendo que o devido processo legal é uma cláusula limitativa do poder estatal.

Tomando-se uma visão moderna, tem-se que referido princípio se desmembra em devido processo legal substancial e devido processo legal formal, do qual, iremos conferir no próximo tópico.

2.4.1 Devido processo legal material ou substancial

Este princípio está ligado ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, assumindo, portanto, uma garantia que vem a proteger o particular contra qualquer atividade estatal que venha a lesão qualquer direito fundamental. Trata-se de um princípio de conceituação aberta, sendo assim, sua aplicação deverá ser analisada a cada caso, avaliando-se, se houve, pela atuação do Estado algum direito lesado do particular.¹⁰

Devemos então nos atentar de que todos os atos de “poder” que o Estado venha a praticar, interferindo nos direitos fundamentais das pessoas, este deve ser equilibrado, razoável e proporcional ao resultado que se almeja obter. Preocupa-se, assim, com o resultado gerado pelo processo no âmbito de garantias fundamentais do indivíduo. Ou seja, qualquer ato estatal somente pode interferir em um direito fundamental, se for de forma proporcional aos fins almejados pela função pública.

¹⁰ O desrespeito ao devido processo legal pode ser oposto a atos de qualquer natureza, emanados de qualquer dos órgãos do governo e de qualquer dos Poderes do Estado, inclusive do Legislativo. Vale dizer, o Estado não pode legislar abusivamente, mas deve fazê-lo respeitando o princípio de proporcionalidade; este por sua vez, arrima-se em várias cláusulas constitucionais, donde ressalta, dentre elas, principalmente, aquela que garante o substantivo *due process of law* (CF, art. 5º, LIV). (Rel. Celso de Mello, j. 7.3.1996, DJU. 24.11.2000, p. 86. STF, AT, ADIn 1.407-2.)

2.4.2 Devido processo legal formal

Por sua vez o devido processo legal formal, possui como conteúdo certas garantias de natureza processual¹¹, que são tanto no decorrer do processo quanto no que diz respeito à sua relação com o Poder Judiciário.

Existe uma mera sucessão de atos processuais previstos em lei, que devem ser praticados para legitimar a sentença final¹², vedada a supressão de qualquer fase ou ato processual ou o desrespeito à ordem do processo.

Diante disso, constitui o devido processo legal um conjunto de garantias suficientes para possibilitar às partes o exercício pleno de seus direitos, poderes e faculdades processuais.

2.5 Princípio do Contraditório

Este princípio encontra-se fundamentado no art. 5º, LV, da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

Sendo assim esse princípio orienta o processo em um formato bilateral e dialético, ou seja, o desfecho de um processo é a síntese da confrontação de teses, ideias e provas apresentadas pelas partes.¹³

¹¹ A cláusula do devido processo legal estabelece a garantia do acusado de ser processado segundo a forma legalmente prevista, reconhecendo no processo penal, além de sua instrumentalidade, também sua natureza constitucional. (Rel. Ary Belfort, JTA CrimSP, 69/300. TACrimSP, AP.)

¹² Ao lado dessa dimensão fundamentalmente procedimental – que constitui o sentido original do devido processo legal, paulatinamente alargado com o tempo –, o devido processo legal formal consubstancia-se também na disponibilização, aos cidadãos, de mecanismos eficazes de atuação perante o poder estatal. A implementação de um devido processo legal, portanto, implica garantir às partes uma atuação efetiva durante o desenrolar do processo (deduzindo pretensões, produzindo provas, fazendo alegações), na busca do convencimento do juiz, obrigando este à plena obediência ao princípio. Nesse sentido, já se reconhece o cabimento de recurso extraordinário por ofensa direta a Constituição Federal, quando o órgão julgador deixou de analisar pressupostos de recorribilidade, e, portanto, fez com que seu silêncio configurasse vício (de procedimento) infrator da garantia do devido processo legal. (Rel. Marco Aurélio, j. 29.2.2000, DJU. 22.2.2002, p. 34. STF, 2ªT., HC 79.572-3.)

É o contraditório que legitima a decisão, pois sem o contraditório não há possibilidade de sentença válida, e para se chegar a essa sentença válida temos a ampla defesa, chamada de ampla¹⁴, pois abarca duas modalidades de defesa, sendo que uma delas é a autodefesa e a outra a defesa técnica, que se encontra em concomitância.¹⁵

É de grande importância, pois define que o processo é fenômeno bilateral ou dialético, que enseja debate entre as partes, de fato, tudo no processo é passível de discussão. Nesse jaez, a grande importância do contraditório legitima a decisão final, pois a parte participou e influenciou o processo e o conflito está esclarecido aos olhos do estado-juiz. Igualmente, relaciona-se à motivação da decisão, pois esta deve estar relacionada ao que foi debatido em contraditório, sendo defeso ao juiz decidir fora dos limites do que foi debatido, sob pena de caracterizar uma decisão autoritária, definida como decisão *extra petita* ou *ultra petita*.

Assim, o juiz deve decidir dentro dos limites objetivos da lide. Isso por que o juiz exerce o poder em nome do Estado, mas o poder não lhe pertence de fato, assim, toda conduta abusiva será considerada ilegítima.

¹³ O direito à informação não se esgota com o conhecimento do réu do conteúdo da acusação, devendo o mesmo ser comunicado, durante todo o processo, dos atos que possam afetar direta ou indiretamente o seu direito de defesa. Essa informação posterior deverá observar o período de tempo que o acusado possa alegar, tomar medidas ou realizar provas que julgue conveniente. (SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. 1^o ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 19).

¹⁴ Numa visão macroscópica, o contraditório vai abranger a garantia de influir em processo com repercussão na esfera judiciária do agente, independentemente do polo da relação processual em que se encontre. Como afirma o autor, a “própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um ‘interessado’ e um ‘contra-interessado’, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis, e, sobre o outro, efeitos prejudiciais”. (FAZZALARI, Élio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.p. 122).

¹⁵ O agente, autor ou réu, será admitido a influenciar o conteúdo da decisão judicial, o que abrange o direito de produzir prova, o direito de alegar, de se manifestar, de ser cientificado, dentre outros. (L.G. Carvalho Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p. 142).

2.6 Princípio da Ampla Defesa

A autodefesa é uma garantia fundamental do indivíduo de apresentar sua versão dos fatos perante a autoridade pública competente¹⁶, qualquer que seja, vamos encontrar o seu fundamento legal no art. 5º, da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes”).

Por assim o ser, a autodefesa estabelece que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, ou seja, ninguém é obrigado a colaborar com o Estado quando este exerce o seu poder punitivo. Outrossim, é garantia personalíssima, somente podendo ser exercida pelo indivíduo, inclusive, ao exercê-la, o indivíduo não tem compromisso com a verdade, podendo até mentir para o Estado, personalizado na autoridade pública atuante.

Em razão disso, o indivíduo também não é obrigado a fornecer qualquer material para exame pericial, participar de reconstituição de crime, valer de seu direito de silêncio, dentre outros.

A autodefesa é personalíssima e intrasferível, sendo este um tipo de defesa praticada exclusivamente pelo acusado, ou seja, exclui-se, portanto o advogado de defesa. A defesa técnica por sua vez, é praticada exclusivamente por advogado devidamente inscrito nos quadros da OAB. Por assim o ser, pressupõe um conhecimento jurídico, pois se baseia em teses jurídicas.

Defesa técnica é aquela que, em regra, somente pode ser exercida por advogados, pois depende de conhecimento jurídico e capacidade postulatória. Além disso, e ainda em regra, a defesa técnica é exercida no decorrer do processo, ou seja, no curso da ação penal.

¹⁶ O princípio da ampla defesa consubstancia-se no direito das partes de oferecer argumentos em seu favor e de demonstrá-los, nos limites em que isso seja possível. Conecta-se, portanto, aos princípios da igualdade e do contraditório. Não supõe o princípio da ampla defesa uma intimidade de produção defensiva a qualquer tempo, mas, ao contrário, que está se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado por lei. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. ??, p. 104).

Há situações, contudo, em que o réu exercerá tanto a autodefesa quanto a defesa técnica, como o *habeas corpus*, que pode ser impetrado por qualquer pessoa. Nesse jaez, o *habeas corpus* inverte o polo da lide, pois quem propõe é o réu da persecução em face ao Estado, ora persecutória.

Existe também um princípio que vai envolver a autodefesa e a defesa técnica, no entanto vai precisar de mais um elemento que é a defesa efetiva, sendo este chamado de plenitude de defesa, princípio do júri.

A defesa efetiva por sua vez extrapola o conhecimento restritamente jurídico, pois exige um maior conhecimento sobre coisas como religião, sociedade e etc. Em outras linhas a defesa efetiva é aquela apta a absolver o réu, ou seja uma boa defesa. Isto encontra-se do Código de Processo Penal, o juiz dissolve conselho de sentença, e marca um outro julgamento, ou seja, o juiz presidente do júri vai ser o fiscal da plenitude de defesa.

2.7 Princípio da Vedação das Provas Ilícitas

Vigendo o império da Lei, em estado em que a lei vigora, o Estado não pode construir processos e persecuções baseado em ilegalidades, de fato, ao Estado é defeso “camuflar” ilegalidade sob traje de prova. O Estado não pode praticar crimes para provar outros crimes.

Encontramos no art. 5º, LVI, da Constituição Federal seu fundamento legal (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”). Assim sendo, a prova somente é considerada válida e apta a influenciar o juízo quando é feita dentro dos parâmetros legais.¹⁷

¹⁷ O princípio constitui, em verdade, uma vedação a que o juízo adote, como elemento de convencimento no curso do processo penal, elementos de prova obtidos por meios considerados ilícitos. O valor “justiça” não é absoluto, mas relativo. Nesse sentido, não pode ser perseguido à tout prix. Assim, conquanto o processo penal tenha por finalidade a busca pela verdade real, esse valor encontra limites em outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico, principalmente nos direitos e garantias fundamentais assegurados ao cidadão. Provas obtidas por meios ilegítimos, portanto, não devem influir na formação do convencimento do juiz. (MOUGENOT BONFIM, Edilson. **Curso de processo penal**. 7ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89).

Temos como exemplo de crimes praticados e tipificados a pretexto de produção probatória, a confissão mediante tortura, a invasão de domicílio sem mandado. Nesse jaez, a própria prova obtida nestas condições ilícitas, antes de ser prova, já são ilícitas.

Diante disso, uma prova leva ao nexu causal de outra, por assim o ser, se a prova ilícita leva a outra prova ilícita, ambas serão reputadas ilícitas, ainda que a última esteja em consonância com a lei – assim, trata-se de prova ilícita por derivação. Uma prova ilícita por derivação é formalmente ilícita, mas é casuisticamente ilícita, ou seja, a ilegalidade contamina o processo, em outras linhas este tipo de prova é formalmente correto, mas a maneira de qual foi produzido, derivado de prova ilícita, torna a prova até então lícita em prova ilícita.

Nesse diapasão cumpre mencionar a teoria da fonte independente da prova ou da descoberta inevitável da prova, prevista no art. 157 do CPP, esta teoria busca limitar a ilicitude de provas por derivação. Esta teoria diz que, mesmo havendo no processo uma prova ilícita, mas havendo também uma outra investigação paralela, essas não se cruzam, como por exemplo uma investigação pela polícia e uma outra investigação pela Ministério Público, as duas descobrem o crime, uma de forma lícita e a outra de forma ilícita, neste caso será considerada válida estas provas, pois mesmo com a ilicitude, houve um meio de prova lícita, não invalidará o processo, podendo condenar com base nas provas lícitas produzidas no processo.

A teoria da descoberta inevitável da prova traduz o ideal da ruptura no nexu causal entre a prova ilícita e aquela prova ilícita por derivação. Ou seja, por exemplo, consegue-se um depoimento incriminador mediante tortura, mas após este fato, esta mesma prova ilícita, obtiveram um depoimento testemunhal, sendo esta uma prova lícita, chegando por fim a mesma descoberta, mesmo tendo sido descoberto por prova ilícita, se, a autoridade investigativa, pode de outra forma, descobrir, agora de forma lícita, o crime.

2.8 Princípio da Presunção do Estado de Inocência ou Não-Culpabilidade

Vamos encontrar o seu fundamento legal no art. 5º, LVII, da Constituição Federal¹⁸, sendo a proteção do réu contra o poder de punir do Estado. Significa dizer que o Estado tem o ônus de provar a culpa do réu¹⁹, a fim de efetivamente interpor a proteção decorrente da presunção de inocência.

Por força deste princípio²⁰ é que se tem 02 modalidades de absolvição no processo penal, sendo uma delas a absolvição categórica, onde se tem a absoluta certeza da inocência, provada pelo réu, e a outra é a absolvição dubitativa, baseada na incerteza da culpa, decorrente da insuficiência de provas. Por assim o ser, o princípio do *in dubio pro réu*, na esfera penal e processual penal, é dele decorrente.

Contudo, a Constituição Federal também confere à persecução, especificamente para o Ministério Público, um instrumento para interpor a barreira da presunção de inocência, que é a ação penal, prevista em seu art. 129, I, do Texto Maior.

Insta salientar, finalmente, que a sentença que absolve é chamada de absolutória, e não absolvitória, pois a presunção de inocência, enquanto a ação não

¹⁸ Preceitua o presente dispositivo constitucional que ninguém será considerado culpa até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988).

¹⁹ O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção. Não é outro o entendimento do STF, que por sua composição plenária, firmou o entendimento de que o status de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade do cárcere cautelar pressupõe devida demonstração. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **HC 84.078**, de 05/02/2009).

²⁰ A propósito da dimensão do princípio da presunção de inocência, o autor enfatiza a necessidade de “cristalizar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento”. Cria-se assim “um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal”, porem, “sem impedir que o Estado cumpra sua missão de investigar e punir os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos de persecução penal previstos em lei”, assegurando o combate legítimo e efetivo da criminalidade”. (Sarmiento, George. **A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro**. In: Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Estudos comemorativos aos seus vinte anos. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 242 – 243).

é julgada, é relativa, com a prova da inocência, esta deixa de ser presunção e passa a ser uma verdade absoluta. Ou seja, a sentença absolutória deriva-se do absoluto, e não de absolvição, pois se assim o fosse, seria uma sentença absolutória.

3 PROVAS

Para melhor entendimento do tema, a seguir serão abordados os aspectos jurídicos relevantes relacionados às provas, dentre eles o conceito de provas, o objeto da prova e, não obstante, a finalidade da prova.

3.1 Conceito de Provas

Prova²¹ é todo elemento de convicção trazido aos autos para evidenciar fatos juridicamente relevantes para a resolução da demanda e para a aproximação da verdade.

Ou seja, são elementos de convicção, trazidos ao processo para demonstrar ao juiz a veracidade dos fatos, bem como, servindo de instrumento para que o magistrado, de ofício, forme sua consciência de justiça.

São as provas que vão sustentar a decisão final. Ou seja, o juiz vai se embasar nas provas trazidas ao processo.

Diante disso, provar é buscar a verdade jurídica, demonstrando a certeza em que se alega.

Existem dois tipos de verdade, a formal e a material, de forma que a verdade material é aquela vista por uma pessoa, e, portanto é baseada em um fato, diferentemente da verdade formal que é aquela em que a lei diz que é verdade, independentemente de fatos. Atualmente a verdade é produto de um consenso, e assim sendo, é efêmera, de forma que, em uma democracia, as minorias e as majorias mudam.

²¹ Na ótica de Fernando Capez (2000, p. 241), prova é o conjunto conjunto de atos praticados pelas partes, pelo qual juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao conhecimento do magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Habermas, filósofo da escola de Frankfurt, defende que a verdade é intersubjetiva, não existe, portanto, verdade absoluta, mas sim uma verdade consensualizada pela razão momentânea.

Diante da nossa realidade, a prova, no processo, pressupõe o contraditório, onde a discussão na busca pela verdade real legitima a decisão final.

3.2 Objeto da Prova

O objeto da prova²² é o “*fato probando*”, é todo fato ou circunstância que esteja sob apreciação judicial e necessite de comprovação.

Diante disso, pode-se afirmar que o objeto da prova é um fato controvertido, determinado e relevante para o desfecho da causa analisada judicialmente. Portanto, é de suma importância a distinção entre objeto *da* prova e objeto *de* prova²³.

Neste sentido, como regra, o direito não precisa ser provado. Eventualmente será necessário provar a existência e a vigência do Direito estadual, municipal, consuetudinário e alienígena.

I) Os fatos notórios, ou seja, são aqueles de conhecimento público, de conhecimento de toda a sociedade, que, portanto, não dependem de contraditório para a convicção do juiz. Estes fatos notórios, segundo alguns autores, dizem que

²² Ensina Fernando Capez (2000, p. 241) que Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. (...) 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.

²³ Objeto *da* prova: o foco são os *fatos relevantes*. Lembre-se de que o réu defende-se dos fatos, e não da tipificação jurídica dada a estes. É a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. Objeto *de* prova: diz respeito ao que é pertinente ser provado. É saber o que se precisa provar. Identificando o que é preciso provar, por exclusão, elimina-se o que a parte não precisa perder tempo em demonstrar, pois a lei dispensa. Ex: não se precisa provar que 25 de dezembro é Natal, já que este é um fato notório, e por força do art. 334, inc. I do CPC, independente de demonstração probatória.

isto, é uma afronta ao contramajoritarismo do judiciário, de forma que, por se basear em fatos de conhecimento de todos, se torna suscetível a pressões sociais.

II) Os fatos axiomáticos, estes são fatos que, em razão de sua obviedade, não precisam ser provados, são indiscutíveis, indúvidos.

III) Fatos negativos ou não fatos, nada mais é do que os fatos que não ocorreram, sendo impossível sua prova. Em razão disto, é chamado de fato diabólico, ou seja, o fato está dividido da prova, de forma que se o fato não existiu, não tem como ser provado. Assim, como se prova um crime omissivo, provando que o agente praticou outro ato diverso do que deveria, mas não há como provar a omissão em si.

IV) Fatos incontroversos, este é um fato afirmado e não contestado, é fato provado. É chamado por alguns autores de ponto pacífico, pois que não é questionado e sua existência é aceita de comum acordo. Sempre o Ministério Público tem que provar, mesmo que não haja óbice perante o réu, isso porque no processo penal, a mera não contestação pelo réu não faz fato incontroverso.

V) Fatos presumidos por lei são aqueles fatos tidos como verdadeiros e que, por isso, independem de prova. No Processo Penal, a presunção mais relevante é a presunção de inocência, determinada constitucionalmente, *ônus probandi* da acusação. Ao contrário do que se poderia supor, também existe presunção contra o réu, a exemplo do artigo 217-A do Código Penal, com sua nova redação, que estabelece presunção de vulnerabilidade sexual aos menores de 14 anos, isto é, que os menores de 14 anos não possuem discernimento suficiente para escolher os seus parceiros sexuais.

Nesse jaez, no Supremo Tribunal Federal está presunção de violência contra vulneráveis é discutida por duas correntes:

A primeira delas adota a presunção absoluta, a violência contra vulnerável é presumida *júri et de jure*, que não admite prova em contrário, em nenhuma hipótese.

Entretanto para outra corrente, adota a presunção relativa, a violência contra vulnerável é presumida *júris tantum*, que admite prova em contrário, devendo-se analisar casuisticamente, isto é, caso a caso, tratando por tanto da corrente mais prudente a ser seguida.

3.3 Finalidade da Prova

A prova quando produzida, possui duas finalidades:

I) Finalidade meramente informativa – Ocorre quando a prova não serve para condenar, pois que, nesta finalidade, é colhida sem contraditório, sem observância da pessoa investigada, trata-se de uma prova do inquérito policial, que se destina a informar o juiz ou o Ministério Público de algum fato relevante;

II) Finalidade Instrutória – É a finalidade por excelência da prova, dá-se quando a prova é apto a sustentar uma decisão judicial de mérito, sendo o juiz o seu destinatário imediato. Com efeito, a prova instrutória sustenta o “*decisium*”, pois crivada pelo contraditório, sendo lapidada pelo debate das partes, onde uma prova somente pode sustentar o convencimento do juiz se debatida perante o magistrado, pelas partes.

Pode se dizer que a prova é discutida desde sua produção, passando pelo momento em que é encartada no processo, até sua possibilidade de convencimento do juiz, trata-se então do contraditório pleno.

3.4 Procedimento Probatório

O procedimento probatório é composto das seguintes etapas:

a) Proposição ou indicação: é o momento em que a prova deve ser requeridas e produzidas na instrução processual. Normalmente, o oferecimento das testemunhas e outras diligências pelo Ministério Público devem ser realizados na inicial e na resposta preliminar, para a defesa.

“O legislador processual penal estabelece em quais momentos procedimentais deve ser indicada a prova, principalmente a testemunhal, pois a documental pode ser produzida em qualquer fase do processo, salvo os casos expressos em lei” (MOSSIN, 1998, p. 225).

b) Admissão: é o ato em que a autoridade judicial autorizará a realização das provas requeridas, deferindo ao não sua produção. Normalmente são deferidas, exceto nos casos de serem impertinentes ou protelatórias.

O juiz “deve sopesar os pedidos de prova com bastante equilíbrio e critério, a fim de evitar procrastinação e alcantinas, e tutelar, por outro lado, com segurança, os direitos de defesa” (FREDERICO MARQUES, 2000, p. 329).

c) Produção e contraditório: é a etapa que traz ao juízo diversos elementos formadores da convicção do magistrado. À produção segue o contraditório, com as partes tomando contato e participando ativamente do que é produzido²⁴.

d) Valoração: é o momento em que caberá ao magistrado manifestar-se acerca de todas as provas produzidas, fazendo uma valoração, imputando-lhe, conforme sua convicção, a importância devida²⁵.

“Ao juiz cabe atribuir-lhe o valor que merecem daí decidindo sobre a procedência ou improcedência ao pedido. O juiz deve avaliar as provas e julgar a ação procedente ou improcedente, aplicando o direito ao caso concreto”. (GRECO FILHO, 1995, p. 189).

Diante o exposto, pela fase de valoração o juiz forma a sua convicção do fato fático, através das provas a ele apresentadas, valorando-as e sopesando-as, deverá ainda afastar as provas ilícitas ou ilegítimas, sob pena de nulidade manifesta, em evidente *error in procedendo*.

²⁴ Nessa orientação, leciona Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 228) É com a execução ou produção da prova que o magistrado colherá elementos de convicção voltados a sua pronuntiatio iudicis. O objetivo colimado neste momento dissertativo não é como salta à evidência, a análise das provas em espécie, (...) mas a ordem de sua produção.

²⁵ “Ao juiz cabe atribuir-lhe o valor que merecem daí decidindo sobre a procedência ou improcedência ao pedido. O juiz deve avaliar as provas e julgar a ação procedente ou improcedente, aplicando o direito ao caso concreto”. (GRECO FILHO, 1995, p. 189).

3.5 Ônus da Prova

O ônus não se confunde com obrigação, de fato, o ônus é faculdade das partes, uma vez que, caso não seja exercido, não haverá prejuízo para ninguém, salvo contra a parte que não a exerceu, assim, é verdadeiro encargo exclusivo da parte, sendo verdadeiro direito potestativo. A obrigação, a seu turno, se descumprida, pode prejudicar outrem, não por menos, o titular da obrigação é compelido a cumpri-la, em benefício daqueles terceiros que podem ser prejudicados.

O direito de provar, em síntese, é um ônus, de forma que a parte pratica se quiser, de forma que, caso não venha a praticar a prova, ele e tão somente a parte que deixar de produzir a prova será prejudicado, arcando com as consequências. Em consonância estabelece o artigo 156 do Código de Processo Penal que o ônus de provar é dever de quem alegou, excepcionando no aspecto em que o juiz poderá requisitar, de ofício, diligências para solver dúvidas ainda existentes²⁶.

Segundo a doutrina majoritária, no processo penal, para a defesa não há que se falar em ônus, mas vige o princípio da obrigatoriedade de defesa.

De forma que o Ministério Público é muito mais exigente uma vez que, necessita romper a barreira da presunção relativa de inocência.

Com relação ao ônus da defesa, é mais ameno, uma vez que não necessita provar a inocência, de forma que, basta que a defesa coloque em dúvida a acusação apresentada pelo Ministério Público. O direito de defesa é indisponível, ultrapassando o âmbito individual do réu e atingindo toda a sociedade, uma vez que visa evitar a condenação errônea do réu inocente.

Não por menos, sendo condição de validade do processo, sem defesa não há julgamento válido ou condenação legítima. Deveras, o Estado se limita no seu poder punitivo em benefício do réu, ainda que este não se manifeste.

²⁶ De acordo, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 240) A atividade do juiz, pois, é meramente supletiva e, assim mesmo, não tem ele o dever de determinar tal ou qual diligência. Por isso, devem as partes diligenciar a realização das provas, sob peã de sua desídia levá-las a um resultado desfavorável.

Tendo o juiz a faculdade de determinar diligências, de forma supletiva, cuidando para que sua atuação seja comedida, não ferindo a imparcialidade que lhe é devida.

3.6 Classificação das Provas

A seguir serão abordados os aspectos jurídicos relacionados a classificação das provas, para um melhor entendimento do tema, dentre eles a prova testemunhal, a prova documental e, prova pericial, das quais vejamos:

3.6.1 Testemunhal

Trata-se do meio de prova oral em que determinada pessoa, após receber um determinado evento relevante para o julgamento da causa, passa a ter o dever de colaborar com a justiça, informando o fato. Assim, só será testemunha quem percebe ou presencia um fato e não somente quem quer.

Desta forma, vamos ter dois deveres, sendo que um deles é o dever de ir a juízo e o outro é o dever de falar em juízo, que são interdependentes.

A testemunha somente deve declarar aquilo que percebeu ou sentiu, a prova testemunhal, portanto, é sensorial. Assim, a testemunha não é chamada a proceder a um juízo de valores, sendo, por isso, defeso às partes formular-lhe perguntas subjetivas, de fato, a prova testemunhal não é uma prova técnica, não se admitindo que a testemunha fale aquilo que é de seu conhecimento.

A testemunha fala de fatos já ocorridos, consumados, não podendo tentar falar sobre acontecimentos hipotéticos. Com efeito, não há testemunho “*post factum*”, salvo em caso da chamada testemunha fedatária, que dá fé, que legitima documento em aspecto formal.

Não há testemunho por meio escrito, devendo dar-se oralmente, onde o juiz será o destinatário da prova testemunhal. O juiz estabelece uma relação direta com a testemunha, a fim de obter o seu convencimento, devendo o magistrado proceder com muita prudência ao avaliar essa prova. É corolário do princípio da identidade física do juiz²⁷.

Vale destacar que, conforme o artigo 202 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa esta submetida a ser testemunha, não existindo nenhum tipo de impedimento. Motivo pelo qual a prova testemunhal ser um meio de prova oral, e terá o seu valor atribuído de acordo com a convicção formada pelo julgador.

Ainda, o artigo 206 do Código de Processo Penal vem tratar da dispensa da prova testemunhal, onde ocorre uma relativização do dever de depor, que não é absoluto, o testemunho é opção do depoente, pois poderá acontecer de possuir laços de amizade ou parentesco com o réu, sendo assim, é parcial.

Logo, nesta hipótese, a testemunha opta por depor ou não, se o fizer, deporá na condição de mero informante, quando não prestará juramento com a verdade do que se alega, o que gera entendimento de que não poderá ser sujeito ativo do crime de falso testemunho, sendo este um crime próprio.

Entretanto, a despeito disso, o juiz pode impor o dever de testemunhar quando não houver outra prova à disposição, a exemplo da hipótese do corpo de delito direto, nesta hipótese, contudo, a prova testemunhal será relativizada.

O contraditório da prova testemunhal se divide em duas partes, em ordem sucessiva, temos então em um primeiro plano a contradita, sendo este um contraditório que recai sobre a pessoa da testemunha e não sobre o seu depoimento. Portanto, é empregada para preservar a testemunha imparcial e neutra. Assim, antecede o depoimento e as perguntas das partes, sendo que, se acolhida, sequer haverá prova testemunhal. Deve ser feita com as provas pré-constituídas,

²⁷ Nesse sentido aludi Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 266): A força probante do testemunho deve sempre originar-se da presunção, e jamais da certeza, partindo-se da premissa segundo a qual a testemunha que está depondo conseguiu verificar com exatidão como os fatos efetivamente ocorreram que está consciente de declarar a verdade dela exigida em lei. Logo, a reconstrução histórica dos fatos por ela posta em juízo no correr da instrução probatória, por presunção, é o retrato fiel dos acontecimentos.

sendo discutidas e deferida pelo juiz de plano, isto é, no ato, não se podendo interromper o processo para esse fim mediante incidente.

Na prova testemunhal primeiro se ouve a testemunha de acusação e, ato contínuo, as de defesa, ressaltando que se houver a inversão desta ordem gera nulidade da prova. Do mesmo modo, quem inicia a inquirição das testemunhas é a própria acusação.

Perfaze-se então que as testemunhas devem se apresentar em juízo para depor, identificando-se. Prestará compromisso em dizer a verdade sob pena de crime de falso testemunho. Poderá ser contraditada onde o juiz determinará se será ou não ouvida. Finalmente será interrogada pelo juiz, e depois perguntada pelas partes, sendo primeiro pela que a arrolou.

3.6.2 Documental

É o meio de prova baseado em qualquer suporte material capaz de demonstrar o fato juridicamente relevante.

Logo, o Código de Processo Penal, em seu artigo 232, dispõe que documentos são “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

É todo suporte material capaz de atestar a ocorrência de determinado fato relevante para o deslinde da lide penal²⁸.

A prova documental, além de suporte material, é considerada uma “prova fria”, pois não admite juízos valorativos por parte de outras pessoas a não ser o magistrado.

²⁸ Deste modo ensina Vicente Greco Filho (1998, p. 237): O documento, portanto, é composto de dois elementos: o físico ou material e a linguagem simbólica. O elemento físico ou material pode ser qualquer coisa apta a conservar os símbolos, e estes, por sua vez, não são apenas os gráficos ou visuais.

Ou seja, a prova é produzida em um contexto e utilizada em outro, diferentemente das chamadas “provas quentes”, onde o juiz não analisa a forma de como foi feito, mas o documento em si. Em razão disso, o contraditório da prova documental será pautado na autenticidade da elaboração do documento. Sendo assim, é a única prova que pode ser objeto de outra prova.

Já se analisado quanto aos seus autores pode ser classificado considerando quem o fez e assinou ou mesmo a pessoa para quem se elaborou o documento. Tal classificação pode ser dividida em:

1) Documento Público: é aquele dotado de fé-pública, isto é, de presunção de veracidade e autenticidade do seu conteúdo e forma. De fato, é autêntico na forma, pois é expedido, elaborado por órgão público, e é autêntico em seu conteúdo, pois comprova uma relação jurídica de direito público. Temos ainda o documento substancialmente público, sendo este público em sua forma e conteúdo e o documento formalmente público, é aquele que embora tenha sido editado por um órgão público, o conteúdo deste documento estampa uma relação de direito privado²⁹.

2) Documento privado: é aquele particular em sua forma e no conteúdo, isto é, é aditado por uma pessoa física ou jurídica de direito privado e, além disso, trata de relações jurídicas de direito privado.

O documento público é de aceitação obrigatória de toda e qualquer autoridade pública, em vista de sua presunção relativa de autenticidade, oponível a todas as autoridades e repartições. O documento particular, doutro modo, pode ser rejeitado por autoridades públicas, isso não significa que o documento particular seja falso, mas apenas que não goza de aceitação plena.

“É o que é feito ou assinado por particulares, sem a interferência de funcionário público no exercício de suas funções”. (MIRABETE, 2006, p. 313).

Em regra, o documento pode ser apresentado em qualquer fase do processo, desde que não tenha encerrado a fase de instrução, o que obstará seu contraditório, isto é, até as alegações finais.

Porém, de acordo com entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, diz que é plenamente possível juntar documentos após a fase instrutória, isto por que, o juiz

²⁹ Julio Fabbrini Morabete (2006, p. 313) complementa informando que: Documento público é o expedido na forma prescrita em lei, por funcionário público, no exercício de suas atribuições. São requisitos a qualidade do funcionário público que o redige; a sua competência na matéria e no território; a formação do ato durante as suas funções públicas; e a observância das formalidades normais exigidas na espécie.

pode converter a sentença em diligência, ou seja, requerer mais documentos antes de julgar. No entanto o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Federal, defende que, em havendo prejuízos para o processo, é necessário se fazer novo interrogatório caso seja juntado novo documento já tendo findada a fase instrutória.

Logo, vale apontar o artigo 145 do Código de Processo Penal, o qual nos diz sobre o contraditório da prova documental, que é realizado mediante abertura de vista do documento a outra parte, no prazo de 05 (cinco) dias, de forma que, a parte verificando qualquer irregularidade com o documento, a parte, de acordo com o artigo em comento proporá um incidente de falsidade documental.

3.6.3 Pericial

Prova pericial é aquela que depende da análise de um objeto, fundada, em uma área do conhecimento humano, ou seja, caracteriza-se por um estudo científico do fato.

Trata-se de um meio de prova baseado na análise técnica e científica de um determinado objeto, visando o esclarecimento de fatos relevantes para o julgamento da causa. Também conhecida como prova material ou ainda, prova técnica.

Nesse sentido ensina Fernando Capez (2000, p. 255): *“Trata-se de um juízo de valoração científico artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por um especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional”*.

O perito detém grande poder no processo, uma vez que dificilmente a perícia será contestada pelo juiz, sendo prova de grande confiança e que influência, em grande monta, a convicção judicial, sendo conhecida de “prova crítica”, possuindo um valor especial, pois está além das demais provas e aquém da sentença.³⁰

³⁰ Nesse sentido leciona Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 316): Diante dessa realidade incontestável, não resta a menor dúvida de que no Direito Processual Penal pátrio as provas têm o mesmo valor. Entretanto, na valoração desses elementos de convicção, a prova pericial, por

Para ter valor científico, assim como qualquer trabalho científico, deve ter um método e uma forma a ser seguido, que está disposta no artigo 159, *caput* do Código de Processo Penal. Em regra a perícia deve ser realizada pela figura do perito oficial, aprovado em concurso público, sendo servidor público, pois quando realiza perícia tem fé pública, sendo que tudo que é por ele exarado presume-se verídico e autêntico, razão pela qual se dispensa qualquer juramento de verdade, quando o perito é oficial, para realização da perícia basta somente um profissional.

No caso da não existência desse perito oficial, de acordo com o §1º do artigo 159 do referido código, temos a figura do perito não oficial ou louvado, é o especialista em um ramo do conhecimento humano, que não foi aprovado no concurso público, mas é pessoa de confiança do juízo. Se o perito é não oficial, em seu lado deverá atestar a veracidade daquilo que ele está declarando, comprometendo-se com a verdade.

Igualmente, em caso de perito não oficial, exige-se, no laudo pericial, dois signatários. Devendo os dois peritos participar da perícia.

Devemos destacar que a perícia pode ser solicitada de ofício pela autoridade policial, de ofício, na fase do inquérito policial, pelo juiz, de ofício, ou a requerimento das partes.

Ressalto ainda, o valor probatório independe se foi feito na fase do inquérito ou no correr da ação. De acordo ensina José Frederico Marques (1965, p. 354)³¹.

A despeito disso, contudo, o juiz não está vinculado à perícia, mas, para tanto, deve motivar sua decisão de afastar a perícia, bem como se utilizar do *esclarecimento do perito*, assim, o juiz, quando em xeque a capacidade do perito, deve convocá-lo para prestar esclarecimento.

comportar conclusão dos expertos louvada em conhecimento científico, deverá preponderar sobre a testemunhal, salvo se alguma razão de ordem instrutória indicar um comportamento contrário ao *director litis*.

³¹ A perícia realizada em qualquer fase do procedimento penal é sempre ato instrutório emanado de órgão auxiliar da Justiça para a descoberta da verdade. Seu valor é o mesmo, quer se trate de perícia realizada em juízo, quer se cuide de exame pericial efetuado durante a fase preparatória do inquérito. A sua força probante deriva da capacidade técnica de quem elabora o laudo e do próprio conteúdo deste.

O contraditório de tal prova se dá através do chamado assistente técnico, sendo este um perito contratado pelas partes, patrocinando interesse da parte que o contratou, razão pela qual não é imparcial. Como se vê, é através do assistente técnico que se estabelece o contraditório da prova. O assistente então não lavra laudo pericial, mas *parecer técnico*, justamente para estabelecer tal contraditório da prova pericial.

A despeito disso, não existe momento de contraditório específico da prova, sendo que a prova pode ser contestada até a sentença, inclusive, com a apresentação do parecer técnico.

3.6.3.1 Exame de corpo de delito

É o conjunto de perícias que, agregadas, demonstram o evento criminoso, isto é, a materialidade do crime. Não é, portanto, uma só prova, como conhecimento popular o faz supor.

Corpo de delito é o “rastro do crime”, ou seja, toda impressão material ou física deixada pelo crime³².

Em regra, se prova a materialidade do delito por exame de corpo de delito integral. De fato, quanto mais incompleto o exame, maior a dúvida da materialidade.

Entretanto, quando o crime não deixa vestígios, crime formal, em razão de sua própria natureza, não se dependerá de exame de corpo de delito para provar a materialidade, vez que se torna impossível.

Para comprovação da materialidade do delito, vamos ter o exame de corpo de delito ativo e passivo, onde ambos devem ser realizados.

³² Assim, Nicoli Framarino Dei Malaresta (1960) apud Mossin (1998, p. 330) sustenta que o corpo de delito: Só pode significar aquilo que representa a exteriorização material e a aparição física do delito. Mas a exteriorização material e a aparição física do delito não podendo consistir senão no que imediatamente se liga à consumação do próprio delito, representam, por assim dizer, a sua figura física. Nem todas as materialidades constituem, portanto corpo de delito, mas somente aquelas imediatamente ligadas à consumação criminosa. Só nestas consiste a exteriorização e a material individualização do delito, somente elas representam a sua figura física; e aquela figura física, para se usar de linguagem arrojada, é o corpo da entidade jurídica que se chama delito.

O exame ativo é aquele feito no instrumento do delito (arma de fogo) e no autor do crime, isto é, tudo o que for usado para praticar a conduta típica. Assim, o exame ativo demonstra a conduta sob a ótica do criminoso.

Já o exame passivo é aquele realizado diretamente no corpo da vítima. Assim, é a análise da conduta sob a ótica da vítima.

Tais modalidades de exame se integram e acabam por fechar um contexto único da materialidade do delito.

Existe ainda outra classificação, que nos trás o corpo de delito direto e indireto. Direto é quando o exame é feito quando se localiza os vestígios do crime, sendo realizado sobre os rastros do crime e comprovando sua materialidade. Entretanto, o indireto é o exame realizado quando não há vestígios do crime. É feito com base em depoimentos testemunhais, sendo, portanto, prova indireta, a chamada “prova da prova”.

A realização do exame de corpo de delito é obrigatória nos delitos materiais, conforme dispõe o artigo 158 do Código de Processo Penal, cuja materialidade depende exclusivamente deste exame, não podendo ser substituído pela confissão do acusado. Vale destacar, caso o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não seja realizado, acarretará a nulidade absoluta³³.

Não obstante, o Código de Processo Penal, em seu artigo 167 indica que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

Diante dessa orientação segue o acórdão RF 130/541: “A ausência do exame de corpo de delito e o não-suprimento pela prova testemunhal acarretam a nulidade do processo”.

Entretanto, caso a perda dos vestígios se der por negligência da pessoa interessada ou por autoridade a quem lhe era devido à produção do exame, não caberá à substituição do exame de corpo de delito pela prova testemunhal.

³³ Essa nulidade é ratificada pela RTJ, 114/1064:É inquestionável a imprescindibilidade do exame de corpo de delito, quando a infração penal deixar vestígios. Trata-se de exigência peculiar aos delitos materiais, imposta pelo art. 158 do CPP. A omissão dessa formalidade – considerada juridicamente relevante pelo próprio estatuto processual penal – constitui circunstância apta a invalidar, por nulidade absoluta, a própria regularidade do procedimento penal-persecutório.

Justamente com o intuito de evitar tal situação o legislador autorizou em seus artigos 161 e 797 do Código de Processo Penal a realização da perícia em qualquer dia e qualquer hora.

Logo, com esses dispositivos almejou-se um resultado eficiente das perícias, visto que, se houvesse demora na sua confecção, poderiam desaparecer elementos essenciais para a comprovação da materialidade do delito.

4 VEDAÇÃO DAS PROVAS

Aos seus artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal brasileiro, tratamos a matéria de provas, enumerando os meios de prova.

Porém, trata-se de um rol exemplificativo, conforme doutrina majoritária, ou seja, admite outros meios de provas, desde que não agridam a moralidade e a dignidade da pessoa humana, visto que são direitos fundamentais³⁴. Neste sentido, no que tange aos meios de provas e a sua devida consonância com a Carta Magna, Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 200)³⁵. Sendo assim, a vedação a certos tipos de provas, ou meios pelos quais foram adquiridas tem como fundamento maior proteger os direitos fundamentais em face das medidas estatais equivocadas³⁶.

Logo, podemos nos valer-se do Código de Processo Penal pátrio que não estabelece de forma taxativa, os meios de provas utilizadas no processo. Entretanto, estabelece regras para que tais provas não venham a se confrontar com a Magna Carta, dando mais ênfase no que tange aos direitos fundamentais.

Entendemos então, que toda prova que venha a contrariar à Constituição Federal são consideradas provas proibidas, isto é, devem ser impedidas de serem feitas, impondo-lhes penalidades.

³⁴ Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 221) observa que: Assim, não há, em princípio, nenhuma restrição aos meios de provas, com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana. E por que não são admissíveis? Em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo de Direito Material.

³⁵ É, assim, nas normas constitucionais e nos princípios gerais da Lei Maior que se devem subsumir a avaliação substancial do ilícito extrajudicial e a qualificação processual de sua repercussão dentro do processo, deduzindo-se a proibição de admitir as provas obtidas contra a Constituição e sua ineficácia, diretamente desta.

³⁶ Diante o exposto, ensina Germano Marques da Silva (1993, p. 101) que: Um dos meios que a lei se serve para proteger os cidadãos contra ingerências abusivas nos seus direitos é a proibição de prova. A proibição de prova assume desde logo grande importância pelo seu efeito dissuasor. Se os direitos do cidadão são violados, as provas que se obtenham de tal violação não poderão ser atendidas no processo, são proibidas. Pretendem-se com tal proibição evitar o sacrifício de direitos das pessoas, por parte das autoridades judiciárias, dos órgãos de polícia criminal ou dos particulares, privando de eficácia as provas obtidas ou produzidas ilegalmente: as provas proibidas não podem ter efeito no processo.

O doutrinador Adalberto José Q. T. Camargo Aranha (1994, p. 43) *“Prova proibida, conceito genérico, é toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. A que deve ser observada à distância pelo ordenamento jurídico”*.

Sendo assim, essas provas, por sua vez, podem atingir normas de naturezas diversas e, conseqüentemente, terão efeitos diversos, como se verá a seguir.

4.1 Provas Ilícitas

Existe em nosso ordenamento o que chamamos de prova ilícita ou ilegítima, vale ainda ressaltar que as normas podem ser de ordem material ou processual.

Sendo assim, toda vez que se violar uma regra do direito material, princípios gerais do direito, dos costumes, no que tange a sua produção, caracteriza-se a prova ilícita.

Diante disso, ensina Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 253) que as provas ilícitas são *“as que contrariam as normas de Direito Material, quer tanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção”*.

Temos como exemplo de uma prova que fere direito material, onde a polícia invade uma casa sem autorização judicial ou outra causa autorizadora, e apreende uma arma pertencente ao morador. Logo, pode-se dizer que juntado ao processo a apreensão dessa arma, em regra, será uma prova ilícita.

Outro exemplo em que se pode verificar a presença da prova ilícita é aquela em que o empregador viola correspondência de seus funcionários, visto que a constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II veda.

Quando uma prova violar normas processuais, ou seja, inobservância do devido processo legal, estará caracterizada a prova ilegítima³⁷.

Temos como prova ilegítima a inversão das testemunhas em uma audiência, com a oitiva de uma testemunha de defesa antes da testemunha de acusação, infringindo o artigo 400 do Código de Processo Penal.

A perícia realizada, quando da ausência dos peritos oficiais, por apenas uma pessoa qualificada para tanto, também é outro exemplo de prova ilegítima, conforme destaca o artigo 159 do referido código.

Poderá ocorrer ainda o afrontamento das provas proibidas a dois tipos de normais, sendo ilícitas e ilegítimas ao mesmo tempo.

Porém, diferentemente da prova ilícita, que ocorre em qualquer momento, independente da existência de um processo ou inquérito, a prova ilegítima não apresenta maiores problemas, pois somente poderá ocorrer no ambiente processual, sendo assim, o artigo 564 do Código de Processo Penal determina sua nulidade caso essas provas sejam produzidas em desconformidade com a legislação processual penal³⁸.

Entretanto, as provas ilícitas apresentam grande controvérsia, pois são instituídas pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, que dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A lei 11.690/08 alterou a redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, onde também define as provas ilícitas, expondo que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

³⁷ Maria Cecília Ponte Carnáuba (2000, p. 77) ensina que as provas ilegítimas estão em desacordo com a lei processual penal, que fulmina de nulidade a produção de provas que não sejam acordes com os procedimentos e circunstâncias por ela exigidas. As provas ilícitas, por seu turno, são aquelas obtidas através de meios ilícitos, são provas cuja obtenção viola a lei material. A ilicitude ocorre em função da forma pela qual é colhida.

³⁸ Tal nulidade é defendida por Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 607) dizendo que as provas ilegítimas já teriam seu regime jurídico resolvido pela teoria das nulidades. Havendo violação de norma processual, estariam sujeitas ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo. O mesmo poderia ocorrer com as provas simultaneamente ilícitas e ilegítimas.

Sendo assim, existe uma limitação ao direito subjetivo de produção de provas pelas partes que compõe a relação jurídica processual³⁹.

Entretanto, vale destacar que existem grandes correntes que entendem não haver direitos absolutos. Sendo assim, quando comparados os direitos constitucionais em questão e verificado maior valor do que se pretende provar do que o violado na obtenção da prova, poderá ocorrer a produção de provas ilícitas⁴⁰.

Neste sentido, Hélio Tornaghi (1997, p. 309) fala sobre a admissibilidade das provas obtidas por meio criminoso, diz que para uma das correntes *“o bem comum justifica a restrição de certos bens individuais, que não devem ser protegidos como direitos absolutos e inalienáveis. É posição de Benjamin Cardozo, também juiz da Suprema Corte Americana”*.

É de suma importância ressaltar que o assunto das provas ilícitas é um campo fértil para as controvérsias, possuindo vertentes radicais tanto para o seu uso liberado quanto para sua total proibição.

4.2 Provas Ilícitas por Derivação – “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”

Toda investigação ocorre em progressão geométrica, isto é, em ordem encadeada. De fato, na persecução penal, as provas são obtidas por meio de um nexo de causalidade entre uma prova primitiva e uma prova derivada, até que se forma uma cadeia probatória encadeada.

Nesse jaez, cada nexo causal entre uma prova e outra funciona como ponte, transmitindo a ilicitude de uma prova para outra, trata-se de aplicação do

³⁹ Ricardo Raboneze (1998, p. 28) dispõe que: Revela anotar que a fixação do princípio de vedação do uso processual das provas indicou uma expressa limitação na busca processual e pré-processual das provas representativas dos fatos a serem articulados em juízo, chegando, neste último aspecto (pré-processual), a ser resultado da aplicação da noção de devido processo legal também em seu sentido material (substantive due process of law).

⁴⁰ Nesse mesmo posicionamento, ensina Vicente Greco Filho (1998, p. 201) que: Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não a prova obtida pro meio ilícito.

princípio da consequencialidade, que dispõe que cada prova é uma consequência da outra, e, por conseguinte, a ilicitude de uma prova se transmite para a outra, até a sentença. Assim, uma confissão obtida sob tortura, por exemplo, faz com que todas as provas dela decorrentes, até mesmo uma eventual perícia, sejam igualmente ilícitas⁴¹.

Sendo assim, as provas derivadas são aquelas que aparentemente lícita, por estar em conformidade com a lei, mas, no entanto, chegou-se até esta prova por caminhos ilícitos⁴².

Entretanto, como não existe regras absolutas, importante ressaltar que existem limitações à doutrina da árvore envenenada, que são mecanismos de aproveitamento das provas ilícitas.

A primeira delas é a “teoria da fonte independente”, essa teoria propicia uma investigação paralela que leva a uma prova lícita. Há outra prova que não é ilícita ou derivadamente ilícita, sendo que esta prova lícita leva ao mesmo caminho da prova ilícita. Chega-se ao fato por meio de outra fonte probatória. Trata-se de uma fonte alternativa, a fonte agora é independente da ilegalidade, sendo pura, livre de ilegalidade, e leva ao mesmo resultado. Esta prova independente foi regulamentada no artigo 157, §§ 1º, 2º, do Código de Processo Penal.

Mantendo essa linha, podemos exemplificar a aceitação da prova independente com a ementa aos embargos de declaração do HC 84679 – Mato Grosso do Sul; Julgados: Eros Grau, julgada em 30/08/2005⁴³.

⁴¹ Denílson Feitoza Pacheco exemplifica essa teoria com o seguinte caso norte-americano: No caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* (1920), a Suprema Corte considerou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida baseada nessa busca. O “princípio da exclusão” seria aplicável a todas as provas contaminadas pela busca inconstitucional. Mais tarde, essa extensão do “princípio da exclusão” às provas derivadas passou a ser denominada “fruits of the poisonous tree doctrine”. Inicialmente foi aplicada como extensão da “regra de exclusão” da 4ª Emenda, mas, depois, foi estendida às demais “regras de exclusão”, como as da 6ª Emenda e da 5ª Emenda à Constituição americana.

⁴² Por isso, indica Ada Pellegrini Grinover (1993, p. 163) que: Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, igualmente banidas do processo.

⁴³ EMENTA: EMBRAGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE EFEITO MODIFICATIVO COM FUNDAMENTO EM OMISSÃO. INEXISTÊNCIA DO VÍCIO ALEGADO. A questão da prova ilícita, decorrente da não observância de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão, foi debatida e rejeitada pela maioria, prevalecendo o voto divergente no sentido

Temos outra exceção que é a “teoria do descobrimento inevitável” da prova, também afasta a ilicitude da prova, pois tal ruptura ocorre por caso fortuito ou força maior, onde estes contribuem para a investigação, sendo que de qualquer forma se chegaria à referida prova. Há uma ruptura do nexo de causalidade, é o acaso, tornando a prova lícita.

Não haverá prova ilícita se tal ilicitude for afastada por uma prova subsequente, que de qualquer maneira viria aos autos, para demonstrar a prova derivada.

Logo não existe nexo de causalidade entre prova ilícita e a derivada.

Podemos ainda destacar a “teoria da proporcionalidade ou proibição do excesso”, esta explica que a legalidade das provas, devem ser relativizadas, ou seja, não se pode levar a ilegalidade de provas tão a sério, em nome dos princípios e de direitos fundamentais da sociedade.

Sendo assim, visa-se ponderar o que vale mais, o direito do réu em sua não utilização de uma prova ilícita, ou o direito constitucional de toda uma sociedade.

Logo, para que possamos utilizar a prova ilícita, devemos nos valer de dois grandes princípios: o primeiro deles é o princípio do devido processo legal substantivo, significa dimensionar a intensidade com que o estado exerce ao interferir em um direito fundamental do indivíduo; já o segundo é o princípio da proibição da infraproteção ou proteção hipossuficiente, o estado não pode deixar a sociedade a mercê do crime, o estado deve proteger a sociedade de maneira efetiva.

É proibido o excesso de vulnerabilidade social perante o crime, significa que há proporção entre valores constitucionais, que é a proteção social, ordem pública, e a lei.

A lei é muito importante, porém sede espaço para a proteção social, a fim de proteger a sociedade. Tal teoria encontra-se diretamente ligada com o

de preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da que foi impugnada. Embargos de declaração rejeitados. (grifo nosso).

princípio da proibição da infra-proteção ou proteção deficiente. Sendo assim, se admite a prova ilícita para se punir.

4.3 Provas Ilícitas Frente à Constituição Federal de 1988

A respeito da admissibilidade das provas ilícitas, a doutrina brasileira tem se dividido, podemos citar como exemplo na área do Direito Civil, até a Constituição Federal de 1988, preponderava a teoria da admissibilidade dessas provas. (GRINOVER, 2007, p. 164).

Entretanto, com o advento da Carta Magna de 1988, sem seu artigo 5º, inciso LVI, o nosso sistema passou a ter outro entendimento, estabelecendo que “são inadmissíveis”, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Porém, o legislador deixou uma lacuna, não tratando de forma expressa as denominadas provas ilícitas por derivação. Não obstante, mesmo antes da promulgação da Carta Maior de 1988 o Supremo Tribunal Federal⁴⁴ tem adotado a teoria dos frutos da árvore envenenada e suas limitações. (GRINOVER, 2007, p. 166-169).

O artigo 157 do Código de Processo Penal, alterado pela lei nº 11.690/08, em seu parágrafo primeiro estabelece que: “são também admissíveis às 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”. Sendo assim, tal entendimento não deveria mais ser utilizado sobre esse prisma.

Pois, quando se tratar de benefício para o réu, podendo este se valer de meios ilícitos para provar sua inocência, ainda se pode apontar a admissibilidade da prova ilícita, senso que, mais vale proteger a inocência do réu do que a aplicação

⁴⁴ Julio Fabbrini Mirabete (1989, p. 173-174) entende que a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a da que dela deriva.

fria da lei. Tal corrente vem tomando grandes proporções, vez que seus defensores fundamentam-se no princípio da proporcionalidade⁴⁵.

Podemos então concluir, que a princípio, nossa Constituição Federal de 1988, nos processos, passa a considerar, expressamente, a inadmissibilidade da utilização das provas obtidas por meio ilícito.

Ao fazer uma análise sistemática do artigo 5º, LVI, Magna Carta e artigo 157 do Código de Processo Penal, podemos extrair que mesmo as provas derivadas das ilícitas, em regra, também são inadmissíveis.

Ademais, ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da razoabilidade, frente aos conflitos aparentes de direitos fundamentais, devem-se verificar os bens jurídicos em questão, confrontando-o e valorando-o, a fim de que se preserve o de maior valor, mesmo que para alcançar tal finalidade seja necessária a utilização das provas ilícitas.

4.4 Correntes Doutrinárias sobre a Admissibilidade das Provas Ilícitas

4.4.1 Teoria obstativa

Tal teoria sustenta que sempre que uma prova ilícita afrontar não somente o direito, mas princípios que são garantidos constitucionalmente deverá sempre ser rejeitada.

⁴⁵ Nessa orientação, Nelson Hungria apud Avolio (1999): Embora se declarando favorável à livre admissão da prova em juízo como atributo do princípio do livre convencimento, e identificando a finalidade do processo penal com a descoberta da verdade material, entende que a liberdade na apreciação dos meios de prova, por maior que seja não é total: o limite é aquele que garanta a exclusão dos meios de provas que atendem contra o pudor público, ou se revelem subversivos da ordem pública, violentos e atentatórios à personalidade humana ou à moral pública.

Vale destacar que o objetivo da teoria obstativa é limitar que a busca da verdade atinja direitos fundamentais, logo, não protege as partes que almejam provar suas alegações através de provas ilícitas.

Essa teoria se desmembra em três vertentes:

a) Para esta corrente, sua base busca fundamentos na teoria da admissibilidade.

Logo, sustenta que o direito é um todo, sendo único, pois quando uma prova ofende direito material, ou seja, é uma prova ilícita, na realidade está afrontando a todo universo jurídico. Sendo assim, não seria admitida no processo. *“Não se pode admitir que o mesmo fato fosse objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado, apenas porque se dividiu o direito em ramos autônomos”*. (ARANHA, 1994, p. 49).

b) Esta outra corrente tem seus entendimentos pautados no princípio da moralidade dos atos estatais.

Sustenta que o Estado possui uma função de lutar pela Justiça, combatendo crimes e punindo criminosos, para uma política social moralmente inatacável.

Em total harmonia com tal pensamento, o ordenamento jurídico atribuiu ao Estado uma presunção relativa de legalidade e moralidade de suas medidas, pois goza do chamado poder discricionário do Estado. Ademais, o uso de meios condenáveis, por parte de seus agentes, torna-se inadmissível.

c) Já uma terceira corrente alega que toda prova ilícita afronta a Constituição Federal, infringindo os direitos fundamentais.

O autor Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 49) *“ao colher-se a prova, ofendidos são os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a prova fica fulminada pela constitucionalidade, não podendo prevalecer em qualquer campo do direito”*.

Logo, assim que uma prova venha a infringir a Magna Carta, tal prova se torna inconstitucional, não existindo aplicabilidade alguma no mundo jurídico.

4.4.2 Teoria Permissiva

Para essa teoria, segue o entendimento de que somente não serão aceitas no processo as provas que desrespeitam as normas instrumentais, processuais.

Sendo assim, tal teoria possui esse nome por aceitar de fato a prova ilícita, por entender que a prova é lícita, existe o reconhecimento da violação de uma norma de direito material. Logo, deve ser aplicada ao ofensor a sanção correspondente, pois se entende que a ilicitude ocorre na obtenção da prova ilícita.

Diante disso, tais provas não poderiam ser retiradas do processo, devendo, o seu conteúdo, ser aproveitado para provar os fatos alegados para as partes.

Francisco Cordeiro apud Aranha criou a expressão “*male captum, bene retentum*”. Isto é, mal colhida, porém bem produzida”.

Logo, para essa corrente, devem prevalecer os interesses da Justiça no descobrimento da verdade, estando condicionada aos dogmas do livre convencimento e da verdade real, sendo que a ilicitude na obtenção não possui o condão de retirá-la o valor que possui o elemento útil para formar o convencimento do julgador. Sendo assim, todo e qualquer balanceamento dos interesses pendia em favor da investigação da verdade real, ainda que baseada em meios ilícitos (AVOLIO, 1999, p. 45).

Contudo, para essa corrente, as provas, ainda que ilícitas, uma vez que processualmente legítimas, serão sempre válidas, logo a validade da eficácia de aludidas provas, o infrator restará sujeito às sanções previstas pelo ilícito cometido.

4.4.3 Teoria Intermediária

Essa teoria é também conhecida como Teoria da Proporcionalidade.

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 49/50) nos diz: “por meio dela busca-se estabelecer um ponto de equilíbrio entre os interesses da sociedade em punir o criminoso, às vezes mais vem preparado que os policiais, e o de defender os direitos fundamentais do indivíduo”.

Essa teoria admite a utilização de provas ilícitas dependendo dos valores jurídicos e morais que estão em jogo, busca-se então, uma valoração entre a violação à norma no momento de se produzir a prova e o bem jurídico que a sociedade pretende preservar.

Temos como principal expoente dessa teoria o princípio da proporcionalidade, pois mediante tal valoração, analisa-se a proporção dos danos xcausados a cada interesse, sendo proferida uma decisão almejando resguardar o bem de maior valor.

Este princípio tem obtido grande ênfase nos tribunais, tem como exigência, a ponderação dos direitos ou bem jurídicos que estão sendo defendidos conforme o peso que é conferido ao bem respectivo em determinado caso concreto.

4.5 Teoria da Proporcionalidade

A legalidade das provas deve ser relativizada, ou seja, não podemos levar essa legalidade tão a sério, em nome dos princípios e direitos fundamentais da sociedade.

Sendo assim, a ideia de proporcionalidade deve sempre estar ligada à ideia de direito, chegando, às vezes, a se confundir⁴⁶.

⁴⁶ Ensina-nos Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 59) que: Concebia-se o Direito como algo que deve-se revestir de uma utilidade, na qual viam os gregos a sua ultima ratio, ou seja, o bem-estar

Entretanto, este princípio somente adentrou ao plano constitucional com o Tribunal Constitucional Alemão⁴⁷.

Diante disso, para satisfazer o princípio da proporcionalidade verifica-se existir dois elementos, o primeiro deles é o da exigibilidade, a inexistência de outro meio eficiente e não prejudicial a um direito fundamental e o outro é o da adequação, com o auxílio do meio empregado permite-se alcançar um fim desejado.

Primeiramente, pela doutrina administrativa, esse princípio foi abordado no Brasil por Maria Sylvia Zanella di Pietro (2000, p. 115) quando trata do poder⁴⁸ de polícia.⁴⁹

Logo, vemos que, analisando-se o caso em concreto, sobressaem os interesses e valores em questão e, em certas ocasiões, admiti-se a prova ilícita. Essa teoria vem atenuar a rigidez da proibição das provas ilícitas no processo. Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 161, 162), aborda essa flexibilização⁵⁰.

Ademais, essa valoração entre direitos está intimamente ligada à relatividade dos direitos e garantias fundamentais.

para os indivíduos reunidos em comunidade. Entre os juristas romanos, também era muito difundida a justificação do direito pela sua utilidade.

⁴⁷ O ilustre autor Guerra Filho (1989) apud Avolio (1999, p. 63), cita o BVerfGE 30 que retrata a primeira decisão da Corte Constitucional alemã em que consta uma clara e precisa formulação do princípio da proporcionalidade. O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.

⁴⁸ Também nos expõe Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 64) que: teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre valores constitucionais relevantes postos em confronto.

⁴⁹ Não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger, a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-lo quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos finais estatais.

⁵⁰ A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado Verhältnismäßigkeitsprinzip, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contratantes.

Sendo assim, essa relativização evidenciou-se a fim de que não sejam utilizadas para burlar as normas do ordenamento pátrio⁵¹.

Diante disso, podemos extrair que os direitos não são absolutos, ou seja, não são ilimitados, pois encontram limites nos demais direitos que também são tutelados pela Constituição Federal.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade assume uma função de dar equilíbrio e harmonia à proibição da utilização da prova ilícita. Logo, a favor de se mensurar dois valores em disputa, posiciona-se resguardando o de maior valor em detrimento de outro, ainda que ambos sejam valores constitucionais tutelados.

4.5.1 Críticas a Teoria da Proporcionalidade

Logo, alguns autores veem o princípio da proporcionalidade como um parâmetro demasiadamente vago e perigoso, visto que almeja uma satisfatória sistematização⁵² das proibições probatórias.

Sendo assim, entende Trocker (1974) apud Raboneze (1998, p. 25) que “indubitavelmente existe o perigo, na definição da *fattispecie* singular, de que os juízes venham a orientar-se somente, com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral”.

Neste sentido, defende Trocker (1974) apud Avolio (1999, p. 71) que de haver uma definição dos critérios para a aplicação desse princípio. Logo, tais critérios devem originar-se: “a) dos valores em jogo; b) da ordem (normativa) das

⁵¹ Neste sentido, Alexandre de Moraes (2003, p. 60) nos ensina que: Não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem 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.

⁵² O doutrinador Luiz Francisco Torquato Avoio (1999, p. 71) entende que: A teoria encerra um subjetivismo ínsito, que á deflui da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais – interesses e valores – num plano abstrato. Sua aplicação jurisprudencial, como demonstram as linhas de evolução, reveste-se de algumas incertezas.

prioridades; e c) do cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido)”.

Sendo assim, tem-se admitido sua aplicação⁵³, no que tange a utilização das provas ilícitas, a fim de obter resultados equitativos, desde que se analisado os riscos do subjetivismo do princípio da proporcionalidade e o risco de não conferir proteção⁵⁴ ao interesse realmente mais valoroso.

4.6 Teoria da Proporcionalidade e Prova Ilícita “Pro Reo”

Diante do princípio da proporcionalidade, no processo penal, existe posição quase que unânime que admite a utilização da prova obtida por meios ilícitos, desde que favorável ao acusado⁵⁵.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover (1998, p. 49) que “trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei”.

⁵³ Ada Pellegrini Grinover (1998, p. 49) no que tange a aplicação desse princípio e o seus riscos, nos ensina: E o que revela dizer é que, embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes, se inadmitida a prova ilicitamente colhida.

⁵⁴ Não obstante, ratifica esse pensamento Alexandre de Moraes (2003, p. 126): Saliente-se que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se a sua utilização.

⁵⁵ Sendo assim, o STF no HC 74.678, DJ 10/06/1997, rel. Min. Moreira Alves, 1ª turma, entende que: EMENTA: “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 autorização, 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.

Tal entendimento busca fundamento no indivíduo que, em uma relação frente ao Estado, o indivíduo é a parte “fraca”, necessitando então de uma tutela maior no tocante aos seus direitos fundamentais, tais como a liberdade, a vida.

Logo, diante disso, ainda que venha a causar danos a direitos fundamentais, menos valorados, seus ou de terceiros, admite-se a prova ilícita *pro reo*, ou seja, em benefício ao réu. Sendo assim, os seus direitos, mais importantes, restariam protegidos pelos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, ambos esculpidos constitucionalmente. César Dario Mariano Silva (2002) apud Antunes (2006, s.p), vem confirmar os argumentos supracitados⁵⁶.

Entretanto, em nossa Carta Maior, estão inseridas como cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser suprimidas do texto constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana e sua liberdade como valores dignos de proteção diferenciada⁵⁷. *Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade*”. (GRINOVER, 2007, p. 162).

Sendo assim, toda vez que o réu fosse acusado injustamente, se veria de tal forma acuado, não lhe restando qualquer outra atitude a tomar, que realizaria a colheita de uma prova ilícita, com o intuito de comprovar sua inocência. Logo, tem se entendido que essa conduta do réu era a única que poderia lhe ser exigida, caracterizando, portanto, excludentes de ilicitude.

A ilustre doutrinadora Roberta Pacheco Antunes (2006, s.p) sustenta que para ambas as correntes, haveriam direitos pré-estabelecidos que pudessem entrar em conflito e conseqüentemente precisarem ser apreciados frente ao princípio da proporcionalidade⁵⁸.

⁵⁶ Portanto, se for possível ao acusado demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no processo, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual.

⁵⁷ Em entendimento semelhante e exemplificado, o autor Gomes Filho (1997) apud Antunes (2006, s.p), alega que: No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior.

⁵⁸ O acusado que faz uso de provas ilícitas para se defender conta a seu favor com os princípios constitucionais da **liberdade**, da **ampla defesa** e do **contraditório**, princípio da busca da **verdade**

Neste jaez, adotando-se a ampla defesa, através da valoração dos bens em disputa, poderá ser admitida a prova ilícita, vez que através do entendimento da caracterização de excludentes de ilicitude, verifica-se acertada a decisão, pois, dessa forma, o operador do direito estará evitando uma lesão a direito fundamental mais valorado do que o que foi ferido ao se produzir prova ilícita.

4.7 Teoria da Proporcionalidade e Prova Ilícita “Pro Societate”

Ao falarmos dessa teoria, adentramos em um vasto campo de discussões, porém a doutrina majoritária não aceita tal possibilidade.

Diante disso, essa corrente possui um grande apoio dos principais tribunais. Logo, tal posicionamento pode ser exemplificado com o posicionamento do STF no RHC 91306, São Paulo, rel. Min. Ellen Gracie, DJ09/09/2008⁵⁹.

real, bem como com o princípio da **presunção de inocência**. Todavia, nestes casos (prova ilícita em favor do acusado), os princípios mencionados podem colidir com os também princípios constitucionais das **liberdades individuais, direito à intimidade, direito ao sigilo das comunicações, direito a inviolabilidade de domicílio, direito à integridade, direito à dignidade, direito ao devido processo legal, direito à propriedade** e, por fim, o **princípio da vedação das provas ilícitas**.

⁵⁹ DIREITO PROCESSUAL PENAL E ELEITORAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. JUSTA CAUSA E PROVA ILÍCITA. GRAVAÇÃO. IMPROVIMENTO. 1. O recurso ordinário abrange, fundamentalmente, duas questões de direito relacionadas à ação penal instaurada por supostos crimes eleitoral praticado pelos pacientes: a) falta de justa causa para a deflagração da ação penal; b) denúncia nula, eis que baseada em prova ilícita. 2. No contexto da narrativa dos fatos, há justa causa para a deflagração e prosseguimento da ação penal contra os pacientes, não se tratando de denúncia inepta, seja formal ou materialmente. 3. A denúncia apresenta um conjunto de fatos conhecidos e minimamente provados com base nos elementos colhidos durante o inquérito. 4. É clara a narrativa quanto à existência de fatos aparentemente delituosos na seara eleitoral, supostamente praticado pelos pacientes que eram candidatos nas eleições municipais de 2004. 5. Observo que as condutas dos pacientes foram suficientemente individualizadas, ao menos para o fim de se concluir no sentido do juízo positivo de admissibilidade da imputação feita na denúncia. Houve, pois, atendimento às exigências formais e materiais contidos no art. 41, do Código de Processo Penal. 6. Há substrato fático-probatório suficiente para o início e desenvolvimento da ação penal pública de forma legítima. Não há dúvida de que a justa causa corresponde à uma das condições de procedibilidade para o legítimo exercício do direito de ação penal. 7. Houve produção de prova testemunhal, além de interrogatórios de co-réus, na fase policial, que não se relacionam à gravação de conversas havidas entre uma das pessoas supostamente contatadas pelos pacientes. Ainda que se considere ilícita a gravação realizada, consigno que a denúncia não se encontra embasada apenas neste meio de prova. Ademais, tal gravação se refere a apenas um dos fatos narrados na denúncia. 8. Recurso ordinário improvido.

Entretanto, existe uma parcela pequena da doutrina que admitem sim a admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, através do princípio da proporcionalidade, em casos de grande relevância de conflitos entre direitos fundamentais.

Diante de tal entendimento, e analisando a possibilidade ou não dessa exceção à luz da teoria da proporcionalidade, o operador do direito deve seguir algumas etapas, como é feito também nos casos em prol do réu.

Antes de tudo, deverá verificar a efetiva colisão dos direitos constitucionalmente tutelados, ou seja, os direitos fundamentais.

Após isso, estabelecerá as circunstâncias importantes a serem deliberadas.

Continuando, observará se a restrição dos direitos fundamentais proporciona a finalidade desejada, e se as medidas adotadas são úteis e apropriadas para tal escopo.

Deverá então, por fim, ponderar os bens em conflito, devendo existir justa medida, ou seja, se o meio utilizado justifica o fim pretendido.

Sendo assim, através dessas etapas, quando se analisa os direitos fundamentais em conflito, verifica-se que a prova ilícita é realmente necessária, para a parte da doutrina que aceita, seria totalmente aplicável o princípio da proporcionalidade *pro societate*.

Logo, é importante ressaltar que corriqueiramente a proteção a sociedade está mais eminente, frente ao crescente avanço das organizações criminosas que estão cada vez mais organizadas e instrumentadas para desenvolver suas atividades, formando praticamente uma “sociedade do crime”⁶⁰.

Em nome de um exagerado amor ao dogmatismo, grandes crimes e poderosos e perigosos criminosos podem ficar impunes. Não devemos esquecer que o crime organizado é, quanto à sua execução, quase perfeito, porque planejado cientificamente, o que exige investigações mais apuradas.

⁶⁰ Neste sentido Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 54) posiciona-se: Em nome de um exagerado amor ao dogmatismo, grandes crimes e poderosos e perigosos criminosos podem ficar impunes. Não devemos esquecer que o crime organizado é, quanto à sua execução, quase perfeito, porque planejado cientificamente, o que exige investigações mais apuradas.

Sendo assim, para o descobrimento da verdade e favorecimento da sociedade, a restrição de direitos fundamentais podem ser essenciais.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu⁶¹, valorando bens jurídicos conflitantes, adotando a restrição de um direito fundamental em favorecimento da sociedade.

Logo, por parte da doutrina e jurisprudência, é essencial a fixação de princípios norteadores no tocante a utilização do princípio da proporcionalidade em favor da sociedade, ou seja, em relação à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos pela acusação.

Pois, a vida em sociedade evolui muito mais rápido, criando mais situações práticas do que a capacidade do Estado em legislar. Sendo assim, essa dificuldade de se estabelecer parâmetros sólidos, impossibilita a verificação de ocorrências externas, em que se justifica a mitigação dos direitos fundamentais.

Seguindo esta linha de raciocínio, Jakobs (2000) apud Jesús-María silva Sánchez (2002, p. 149) aborda a questão de uma “terceira velocidade do direito penal”, no qual vislumbra o “Direito Penal do Cidadão” e o “Direito Penal do Acusado”⁶².

⁶¹ E M E N T A: HABEAS CORPUS – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRAFIAS NÃO AUTÊNTICA – PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA – PEDIDO INDEFERIDO. – (...) – A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação a ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada à norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. – O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (HC 70.814-SP. 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. J.01/03/94. DJ.24/06/94). (grifo nosso).

⁶² **O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental.** Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. **As características do Direito Penal de inimigos** então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e **o solapamento de garantias processuais.** (...) Da mesma forma, em casos dessa natureza (criminalidade de Estado, terrorismo, criminalidade organizada) surgem **dificuldades adicionais de persecução e prova.** Daí por que, nesses âmbitos, em que a conduta delitiva não somente **desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal**, se possa discutir a questão incremento das penas de prisão concomitantemente a da **relativização das garantias substantivas e processuais.** (grifo nosso).

Sendo assim, vislumbra-se a possibilidade da utilização das provas ilícitas pela acusação, mesmo diante dos escassos parâmetros para aplicar a teoria da proporcionalidade *pro societate*, ainda mais quando da existência de sociedades organizadas, preparadas e qualificadas para atividades criminosas.

Ademais, a possibilidade da prova ilícita, em que os direitos fundamentais do acusado devem ser suprimidos em face da manutenção da sociedade e prevalência da Justiça, deve ser admitida pelo princípio da proporcionalidade, aplicando-se no caso concreto.

4.9 Admissibilidade da Prova Ilícita

Em nosso sistema, o processo penal tem como fundamento maior a busca da verdade real, se busca encontrar aquilo que realmente ocorreu. Sendo assim, uma prova deverá ser aceita mesmo sendo obtida de forma ilícita.

Diante disso, devemos levar em consideração que os direitos e garantias fundamentais do homem estão tutelados pela Constituição Federal, normas de direito substantivo e não na esfera das normas processuais.

Sendo assim, entendemos que a prova deve ser analisada de acordo com o tipo de infração cometida, ou seja, deve ser objeto das áreas normativas distintamente.

Neste sentido, alega Fernando de Almeida Pedroso (1994, p. 385): “o valor da prova há de ser dessumido na seara processual, enquanto o comportamento ilegal de que se originou requer avaliação no âmbito do direito penal substantivo”.

Logo, devemos nos atentar a dois aspectos: o primeiro é que a Justiça não pode ignorar a verdade revelada por uma prova ilícita; já o segundo é a questão da punição de quem a produziu.

Diante disso, podemos afirmar que a prova é um fenômeno do direito processual, onde se verifica toda a sua organização e regulamentação. Entretanto, a

conformidade do fato em relação do direito material é um juízo de valor totalmente alheio ao direito processual.

Vale destacar, que posicionar-se dizendo que o conceito de ilicitude assume forma de unidade, tornando ineficaz a prova ilícita, devendo se estender a área processual, não é fator convincente.

Diante de tal posicionamento, não se pode induzir que uma prova produzida contra o direito material possa ter além das sanções penais ao infrator, uma sanção na esfera processual, ou seja, ser declarada ineficaz.

Caso o agente dizer que esta ciente de que a prova ilícita não surtirá efeitos ele não agirá legalmente, sendo assim sustentar a inadmissibilidade da prova ilícita justificando ser com intuito preventivo não deve proceder⁶³.

Logo, toda prova que infringe a uma norma material já tem suas consequências, sendo a punição do infrator, não sendo aceita uma punição em outra seara do direito.

Ademais, na tocante exclusão processual da prova⁶⁴ decorrente de sua ilicitude, segue o entendimento sobre a relação dos direitos humanos e sua excessiva proteção.

Logo, caso venha a prova ilícita apresentar conteúdo real, verdadeiro, deve o réu ser julgado tomando por base essa prova. Já quanto ao agente autor da infração que produziu a prova ilícita, deverá ser sancionado proporcionalmente ao delito cometido⁶⁵.

⁶³ [...] merecendo a prova e a ilicitude do ato que a transluziu apreciação em esferas distintas e próprias, a punição da autoridade infratora da norma penal substantiva, pelo crime perpetrado contra os direitos do réu, é que representará a verdadeira prevenção ou o verdadeiro desestímulo das ações ilícitas tendentes à produção da prova. (Fernando de Almeida Pedroso, 1994, p. 387).

⁶⁴ Não creio que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só por que o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado. Nesse caso, creio que a razão assiste à nossa jurisprudência: pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime efetivamente cometido (Ministro Cordeiro Guerra apud Pedroso, 1994, p. 387)

⁶⁵ Se ilícita emergir a obtenção de determinada prova e se ela trouxer a descortino a verdade real, merece ser aceita quanto a seu conteúdo, havendo instaurar-se, entretanto, contra aqueles que a obtiveram ilicitamente, a devida *persecutio criminis*, diante da infração de disposições penais e pela violação dos direitos do réu. (Fernando de Almeida Pedroso, 1994, p. 389)

Sendo assim, devem receber punição tanto o crime comprovado pela prova ilícita, quanto o crime que deu origem a tal prova.

5 CONCLUSÃO

Podemos então, verificar com a exposição do trabalho em tela o tema sobre a admissibilidade de provas ilícitas seu principal tema. Foram abordados aspectos doutrinários tais como sua definição, classificação, procedimentos probatório, bem como os princípios pelos quais são regidos, dentre eles os princípios da vedação das provas ilícitas e da presunção do estado de inocência.

Verifica-se que a prova é um instrumento através do qual as partes tentam formar um juízo de valores no magistrado que esteja analisando o caso. Sendo assim, podem socorrer-se de quaisquer meios de provas, desde que não vedado pelo ordenamento jurídico, para que as partes possam influenciar esta valoração do caso analisado pelo juiz.

Porém, existem posicionamentos pelos quais se verificam que não existem regras e nem direitos absolutos.

Pois, em um Estado onde se busca a proteção dos direitos individuais, coletivos e até mesmo difusos, certamente e frequentemente, esses direitos e garantias fundamentais entram em conflito, sendo assim, é necessário uma valorização dos bens em confronto.

Chegamos então a conclusão de que em determinados casos será necessário restringir, limitar, lesionar certos direitos, mesmo estes sendo fundamentais, em razão da proteção de outro direito, mais importante para aquele caso específico.

Sendo assim, para que possamos fazer essa valorização dos direitos fundamentais conflitantes, surgiu através do doutrinador Humberto Ávila, onde teve seu amadurecimento na Alemanha que é a teoria da proporcionalidade, da qual hoje é considerado um princípio no direito brasileiro.

Em se tratando desse princípio, é admitido a diminuição de um direito em face de outro, desde que respeitando os limites da razoabilidade e proporcionalidade, como sendo o único meio possível para fazer prevalecer um direito ameaçado.

Sendo assim, a doutrina tem entendido a possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, para admitir a utilização das provas ilícitas no processo penal, desde que moderadamente.

Porém, para a grande maioria, essa admissibilidade somente ocorre para beneficiar o réu, sendo esse, também um posicionamento adotado pela nossa jurisprudência, ainda que um pouco escassa.

Entretanto, entende-se, porém minoritariamente ser possível a aplicação desses princípios na admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro *pro societate*, ou seja, entende-se ser admissível a aplicação das provas vedadas em favor da sociedade.

Vale lembrar de que, essa corrente, embora minoritária, busca fundamentos na preservação de direitos fundamentais que estejam sendo lesionados. Assim, mesmo que para isso seja necessário utilizar as provas ilícitas, as quais lesionarão outros direitos, tidos como menos importantes, buscando encontrar a verdade real.

Existe uma outra corrente minoritária, defendida pelo doutrinador Fernando de Almeida Pedroso, entendendo ser totalmente possível a aplicação dessas normas vedadas no processo.

O doutrinador ainda entende que se uma prova ilícita trazer uma verdade que poderá desvendar o deslinde de um caso nada impede que a utilize no processo.

Pois entende que essa espécie de prova não fere qualquer tipo de norma do direito adjetivo. Por outro lado a conduta do agente infrator deve ser analisada pelo direito subjetivo, devendo este sofrer as sanções cabíveis, bem como ser aplicada as penas devidas.

Em verdade, são admitidas as provas ilícitas no processo penal em favor da sociedade por essas não ferirem as normas processuais, não rejeitando as sanções ao agente causador de uma conduta ilícita.

Finalizando, entendo que a admissibilidade das provas ilícitas, tanto em favor do réu, quanto da sociedade deve sim ser admitida, devendo chegar a verdade real, buscando a solução do caso concreto com equidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153>> Acesso em:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas.** 2ª ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

BARBOSA, Douglas Fernandes. **Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro.** Presidente Prudente, 2008. 66 f. Monografia (graduação) – Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em:

_____. Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 03 de out. 1941. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **“Habeas corpus” – peculato-furto – ausência do exame de corpo de delito – inobservância de nulidade – acórdão sem fundamentação – inobservância do dever constitucional de motivar as decisões judiciais (cf, art. 93, ix) – constrangimento injusto caracterizado – extensão subjetiva dos efeitos benéficos do “habeas corpus” a terceiro em cujo favor não foi impetrado o “writ” (cpp, art. 580) – a questão da incompetência sucessiva do supremo tribunal federal – pedido deferido para anular o acórdão do tribunal de justiça do estado do Piauí**. HC 690/13. Rel. Min. Celso de Mello: Brasília, 24/03/1992. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC.SCLA.%20E%2069013.NUME.&base=baseAcordaos>> Acesso em:

_____. Supremo Tribunal Federal. **“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**. HC 74678. Pacte: Luiz Marcos Klein, Impte.: Miguel Reale Júnior e outros, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Moreira Alves. DJ. 10/06/1997. Disponível em:
<[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(74678.NUM E.%20OU%2074678.ACMS.\)\(PRIMEIRA.SESS\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(74678.NUM E.%20OU%2074678.ACMS.)(PRIMEIRA.SESS)&base=baseAcordaos)> Acesso em:

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASTIGLIONE, Theodolindo. **O livre convencimento do juiz e a hierarquia das provas. Estudos Jurídicos – coletânea comemorativa do cinquentenário da Revista dos Tribunais**. São Paulo, 1982.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos: (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas. Bauru: Edipro, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12 ed. – São Paulo: Atlas, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAZZALARI, Élio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 6. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal, estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LIPINSKI, Antônio Carlos. **Crime organizado & a prova penal: lei 9.034, de 03.05.1995**. Curitiba: Juruá, 2004.

L.G. Carvalho Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. V. 2 Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T. IV, 2º ed., Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. V2. São Paulo: Atlas, 1998.

MOUGENOT BONFIM, Edilson. **Curso de processo penal**. 7º. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, José Carlos do. **As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 779, 21 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>>
Acesso em:

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 5 ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal, o Direito de Defesa: repercussão, amplitude e limites**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da plítica criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otavio de oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SARMENTO, George. **A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro**. In: Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Estudos comemorativos aos seus vinte anos. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

SILVA, Ariane Ragni Scardazzi. **A (IN) admissibilidade das provas ilícitas no processo penal face ao princípio da proporcionalidade**. Presidente Prudente, 2008. 138 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo, 1993.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. 1º ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal – Sistemas e Princípios**. 4º tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3v. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed Rio de Janeiro: Revan, 2007