

OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM FACE DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES IN FACE OF ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL LAW PROCEDURE

FARIAS, Cleanto Beltrão de.¹
SOUZA, Jacyara Farias.²

RESUMO: O artigo analisa a correlação existente entre os direitos e garantias fundamentais e a admissibilidade das provas ilícitas no processo, através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Um dos pontos mais polêmicos da discussão paira sobre a disposição da Constituição Federal vigente acerca do tema, preservando a inadmissibilidade das provas ilícitas, e as alterações introduzidas pela Lei nº 11.690/2008, que modificaram o Código de Processo Penal e garantiram a manutenção do contraditório nas provas, além das tendências modernas dos tribunais nacionais, validando a presença, mesmo de forma excepcional, das provas eivadas de ilicitude, desde que sejam *pro reo*. Realiza-se mediante o emprego do método de abordagem hipotético-dedutivo, utilizando as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Destarte, o princípio da proporcionalidade é o caminho mais acertado para que os direitos e garantias fundamentais sirvam de escudos contra as práticas arbitrárias do Estado e preservem, ao mesmo tempo, as prerrogativas asseguradas, constitucionalmente, aos cidadãos.

Palavras-chaves: Provas ilícitas. Processo penal. Princípio da Proporcionalidade. Direitos e Garantias Fundamentais.

ABSTRACT: This article analyzes the correlation between fundamental rights and guarantees and the admissibility of illegal evidences in the process by applying the principle of proportionality. One of the most controversial points of the discussion stays on the provision of the current Federal Constitution that preserve the inadmissibility of illegal evidence and the changes introduced by Law 11.690/2008, amending the Code of Criminal Procedure and ensured the maintenance of contradictory evidence. Beyond the modern trends of national courts, validating the presence, even in an exceptional manner, the illegal evidences are accept if they are for the defendant. The study was conducted by employing the method of hypothetical-deductive approach, using the techniques of search in literature and documents. Thus, the principle of proportionality is the wiser way for fundamental rights and guarantees serve as shields against arbitrary state practices and preserve at the same time the rights granted constitutionally for the citizens.

Keywords: Illegal evidence. Criminal proceedings. Principle of Proportionality. Fundamental rights and guarantees.

¹ Professor Adjunto IV da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) – campus de Sousa –, mestre em direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorando pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) – República Argentina.

² Professora Assistente III da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) - campus de Sousa –, mestra em direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e Doutora pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) – República Argentina.

1 INTRODUÇÃO

O artigo intenta dissertar sobre tema por demais relevante e atual, que é a possibilidade de se fazer uso, no processo penal, de material probatório eivado de ilicitude, através do recurso da proporcionalidade, e o seu cotejamento com os direitos e garantias fundamentais. A grande questão que se formula é saber até que ponto as provas ilícitas fulminam direitos fundamentais e em que circunstâncias elas podem ser utilizadas, ou não, recorrendo-se ao princípio da proporcionalidade.

Para a construção do presente trabalho, far-se-á uso da metodologia de pesquisa qualitativa, mediante o emprego do método de abordagem hipotético-dedutivo, quando se tomará como hipótese o manejo das provas no processo penal e de que forma isso se reflete na aplicação dos direitos e garantias fundamentais, utilizando-se, para tanto, as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, especialmente nas doutrinas que tratam da matéria (nacionais e internacionais), como também as dicções que regulamentam que regulamentam a temática em comento.

Assinale-se que o tema é objeto de copioso debate, no âmbito doutrinário interno e internacional. Na realidade fática, a problemática avulta em importância, onde se mesclam provas ilícitas, princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais, concretizada em casos como o da cassação do presidente Collor de Melo e o da Operação *Satiagraha*.

Em que pese sua relevância, é matéria muito polêmica por envolver valores de grande magnitude e que, na realidade, se conflitam, a exemplo da dignidade da pessoa humana, do interesse e da ordem pública, da segurança coletiva, da legalidade e dos direitos fundamentais individuais – privacidade/intimidade, imagem, honra, sigilo telefônico, da correspondência e de dados.

2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Foram várias as inovações e avanços introduzidos pela Carta Magna vigente no campo dos direitos e garantias fundamentais, quando comparada com os regimes precedentes. Inicialmente, inaugurou-se na história do constitucionalismo brasileiro um total e merecido destaque ao tema, outorgando-se a ele uma posição nunca antes alcançada. Apontam-se como causa as injunções do momento histórico que permeou a feitura da nova Carta, precedida por um período de forte autoritarismo e de cerceamento das liberdades democráticas, que perdurou por mais de vinte anos.

Por outro lado, o uso da expressão “direitos e garantias fundamentais” já contém em si um elemento novo, de vez que as Constituições anteriores utilizavam a terminologia “direitos e garantias individuais”, considerada superada e anacrônica pelo constitucionalismo moderno e destoada da evolução recente do direito comparado. Demais, no tocante aos direitos sociais, na ótica de Sarlet (2001), estes mereceram um capítulo à parte, revelando, incontestavelmente, sua natureza de genuíno direito fundamental, diferentemente do que ocorria nas Constituições precedentes, os quais eram positivados no capítulo referente à ordem econômica e social, enquadrando-se como normas de limitada eficácia.

Um outro fato bastante positivo, advindo com o Estatuto Magno de 1988, foi a ampliação do catálogo dos direitos fundamentais tutelados. A título exemplificativo, apenas o art. 5º contém setenta e sete incisos, referentes a direitos e garantias, sem se falar do art. 7º que, em seus trinta e quatro incisos, relaciona amplos direitos dos trabalhadores. É bem verdade que não se trata de um rol limitativo, mas, meramente enunciativo, uma vez que a própria Constituição encerra em seu texto, explícita e implicitamente, outras modalidades de direito fundamentais, bem como dilata o catálogo ao determinar em seu art. 5º, § 2º, a incorporação de novos direitos, resultantes do regime e dos princípios por ela adotados ou de tratados internacionais em que o Brasil faça parte. Assim, como apontado por Sousa Júnior (2002), o texto constitucional não esgota o elenco de direitos fundamentais, podendo os mesmos estarem dispersos na Constituição, inclusive fora dela e no âmbito do direito internacional. Esclareça-se que, concernente ao regime adotado pela Lei Maior, este é o democrático, conforme se depreende do art. 1º, parágrafo único. Decorrem desse regime os direitos fundamentais de liberdade e de igualdade, como concreções do reconhecimento do princípio da dignidade e do valor da pessoa humana.

Importa ainda salientar que o catálogo de direitos fundamentais relacionados pelo Título II da Carta Magna contempla todas as dimensões de direito, revelando sua sincronia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e com os tratados internacionais sobre direitos humanos. No que toca aos direitos de primeira e segunda dimensão, estes estão assinalados nos cinco capítulos que integram aquele título – direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, além dos direitos políticos e sociais – enquanto os direitos de terceira geração são encontrados ao longo do texto, no art. 225 – direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado –, no art. 5º, XXXII e XXXIII – direito do consumidor e direito à informação dos órgãos públicos, respectivamente. Outras disposições relacionadas à terceira dimensão podem ser verificadas no art. 4º, I, III, IV, VI e VII, pertinentes aos

princípios de relações internacionais – independência nacional, autodeterminação dos povos, não-intervenção, defesa da paz e solução pacífica dos conflitos.

Mas, a mudança de maior significado foi, certamente, a determinação da aplicação imediata das disposições sobre direitos fundamentais, conforme disposto pelo art. 5º, § 1º, da Constituição, significando dizer que são normas autoaplicáveis, prescindindo de regulamentação para o seu exercício.

3 DO DIREITO À PROVA ENQUANTO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O ordenamento jurídico brasileiro foi construído sob a égide de um Estado democrático de direito, que visa a garantir, através de um amplo aparato legal, procedimentos pautados em critérios de legalidade e de legitimidade. Nesse sentido, não adotaria uma postura diferente ao tratar das provas, em todos os ramos do Direito, especialmente, no processo penal.

Entende-se por prova não somente o mecanismo produzido no curso do processo para incriminar o réu. A sua definição vai além, abarcando um duplo sentido: isentar o acusado da pena e constatar a ocorrência da conduta criminosa. Vê-se assim que os instrumentos probatórios são produzidos como escudo da pessoa humana contra os arbítrios do Estado, pautando-se nos ditames da Constituição Federal, que apregoam o direito da ampla defesa e da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, conforme dicção do art. 5º, LV e LVI, bem como na preservação da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, daquela Carta Magna.

Essa teleologia pragmática atende ao princípio da unidade da Constituição, que direciona o intérprete e aplicador do direito a conceberem a Constituição como um conjunto articulado de ideias, inspirado nas diretrizes da democracia. Nesse ponto, a vedação da admissibilidade das provas ilícitas no processo é absoluta, objetivando tutelar a dignidade da pessoa humana. Partindo dessas premissas, é imprescindível que se compreenda o real sentido das provas no ordenamento jurídico nacional. O vocábulo prova origina-se do latim *probatio*, significando exame, provação, inspeção. Nesse propósito, elucida Nucci (2008, p. 388, grifo do autor), ao assinalar que:

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

demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença.

Como se vê, provar é tarefa das mais difíceis, senão impossível, para a reconstrução da verdade. Demais, esses mecanismos nem sempre são avaliados e compreendidos como instrumentos indispensáveis para a busca da verdade real, principalmente pela dificuldade de sua produção, ou pela maneira como é feita sua coleta, muitas das vezes influenciada por fatores externos, ou distorcida pelas testemunhas. No entanto, mesmo diante desse cenário obstaculizante, as provas devem ser compreendidas como elementos essenciais para a prestação jurisdicional.

As provas são construídas a partir de fatos capazes de influir na decisão do processo. Todavia, nem todas as situações ocorridas no mundo fático podem ser alvo do tratamento probatório. Ademais, há a necessidade da mensuração do fato para que ele seja tratado como objeto de prova, não sendo possível colacionar ao processo toda situação fática, já que a finalidade da prova é a verdade processual, ou ainda, a verdade atingível ou possível. Enfim, o objeto probatório são os fatos que as partes pretendem demonstrar, sendo consideradas essenciais para o deslinde da causa.

O procedimento probatório sofreu profundas mudanças com as alterações dadas pela Lei nº 11.690/2008, a começar pelos momentos em que se iniciam a produção de provas. Nesses termos, a disposição do art. 156, I, do Código de Processo Penal (CPP) facultou ao juiz, de ofício, determinar, num primeiro momento, a coleta de provas urgentes e imprescindíveis para o deslinde da causa, levando em consideração os critérios de proporção e de adequação da medida. Esse dispositivo possibilitou maior liberdade ao magistrado de conduzir a coleta de provas, sem se sentir cerceado por prazos estabelecidos legalmente. O segundo momento é a admissão das provas, que é tido como a fase em que o juiz avalia o material colacionado ao processo pelas partes, sendo este deferido ou não. Essa tendência vincula-se aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O terceiro momento é o da produção das provas, que compreende o universo de atos processuais que devem ser trazidos à baila para a formação da convicção do juiz. O quarto e último momento, por sua vez, é a valoração da prova, onde o magistrado atribui a importância devida às provas, ato que ocorre, concomitantemente, com o deslinde da causa.

Quanto aos meios de prova, compreendem todos aqueles recursos, diretos ou indiretos, usados na busca da verdade real dos fatos. Nucci (2008) destaca que os meios probatórios podem ser lícitos e ilícitos, sendo, no entanto, admitidos somente os primeiros. Contudo, os meios ilícitos não são apenas aqueles que contrariam as disposições do ordenamento jurídico,

mas também os antiéticos, imorais, contrários à dignidade da pessoa humana e aos princípios gerais do direito.

Prevalece ainda na seara probatória a diretriz de que, cabe à parte que alega inserir as provas ao processo. Essa prerrogativa é denominada ônus da prova, de acordo com a dicção do art. 156 do CPP, alterado pela Lei nº 11.690/2008, abaixo explicitado:

Art. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Contudo, esse direcionamento não pode ser levado aos extremos, tendo em vista os princípios da presunção de inocência e o do *in dubio pro reo*. Tanto é que, para a coleta das provas, tem-se como interregno o curso da instrução ou todo o interstício antes do juiz proferir a sentença. Essa disposição foi estabelecida para evitar tumulto processual, mas afronta disposições do contraditório e da ampla defesa. Entrementes, surgem muitas opiniões divergentes a esse respeito, propugnando por uma distribuição mais equânime do ônus probatório. Além disso, todas as provas que não afrontem as disposições legais podem ser utilizadas na seara penal, excepcionando-se aquelas que dizem respeito ao estado das pessoas que sofrem restrições da lei civil. Em todas as demais circunstâncias, previstas e não previstas expressamente na lei civil, as provas são plenamente admissíveis e utilizadas na esfera penal. Isso porque, o bem tutelado nessa área é a liberdade, diferentemente dos bens patrimoniais, discutidos na alçada cível.

Destaque-se ainda que, a autoincriminação não é admissível no processo penal, face ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Esse privilégio traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer indiciado ou imputado pelo art. 5º, LXIII da CF/88, que assim dispõe:

Art. 5º - *omissis*

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Outra figura que permeia a seara probatória é a do *álibi*. Compreende o meio de defesa onde o réu prova a sua presença, na hora do delito, em lugar diverso daquele onde foi

cometido. É tido como prova negativa. Via de regra, o réu deve prová-lo, mas esse fato não isenta a acusação de demonstrar o que lhe compete para que se dê a conformação do contraditório.

A denominada prova emprestada é outro meio usado no âmbito das provas. É designada dessa forma pelo fato de ter sido produzida em um processo diverso, para ser depois trasladada, por certidão, ou outro meio autenticatório, para o processo em que vai ser utilizada. Sobre as feições da prova emprestada, Nucci (2008, p. 390) formula o seguinte juízo:

O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se a mesmas partes estavam envolvidas no processo em que a prova foi efetivamente produzida.

Respeitante a essa modalidade de prova, esclareça-se que não há nesse caso nenhuma forma de ilicitude e, portanto, de inadmissibilidade. A problemática reside na ausência do crivo do contraditório. Nesses termos, o problema poderia ser sanado se os réus fossem os mesmos e pudessem confrontar o depoimento, aproveitando a prova *pro reo*. Porém, esse procedimento não se concretiza, facilmente. Ressalte-se ainda que não se admite prova emprestada de inquérito policial. Essa vedação decorre das novas disposições da Lei nº 11.690/2008, que só acolhe a coleta de provas sob o manto do contraditório judicial.

Vê-se, portanto, que várias modificações foram dadas pelas Leis nº 11.690/2008 e nº 11.719/2008 a essa temática, inclusive quanto ao momento de produção e validação das provas, visando garantir as prerrogativas do Estado democrático de direito. Disso se conclui que a atividade probatória, desenvolvida no processo penal, não pode se constituir em instrumento violador de direitos e garantias fundamentais.

3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Os princípios são vetores da interpretação no ordenamento jurídico. Eles pulverizam toda a ordem jurídica com valores fundamentais, que vão direcionar a interpretação. Em face disso, é crucial a sua importância na mensuração das provas no processo penal.

A doutrina não enumerou, consensualmente, todos esses princípios. Contudo, serão analisados aqueles mais utilizados para a avaliação das provas. São eles: (i) Princípio da auto

responsabilidade das partes - direciona a responsabilização das partes por sua desídia ou inatividade no curso do processo, seja por ação ou omissão, intencionalmente ou não; (ii) Princípio da audiência contraditória – como uma extensão do princípio da ampla defesa, garantidor da lisura e democraticidade do processo – segundo o qual toda prova arrolada no processo será levada ao conhecimento da outra parte, que poderá arrazoá-la; (iii) Princípio da aquisição ou comunhão da prova – no âmbito penal as provas colacionadas ao processo não pertencem a nenhuma das partes, mas sim ao próprio processo, já que são instrumentos direcionados ao livre convencimento do julgador; (iv) Princípio da oralidade – por esse princípio, privilegiam-se as provas faladas ou produzidas oralmente, em detrimento das provas materiais; (v) Princípio da concentração – busca-se alocar toda a produção probatória em um único momento, na audiência, visando facilitar a aplicação do contraditório e da ampla defesa; (vi) Princípio da publicidade – do mesmo modo que todos os atos processuais devem ser públicos, os meios probatórios também o serão, a não ser aqueles que prescindam de segredo de justiça para o deslinde da ação; e (vii) Princípio do livre convencimento motivado – por meio deste, o conteúdo axiológico das provas não está atrelado a nenhuma disposição legal, tendo o julgador liberdade para sua valoração, devendo limitar-se aos fatos e circunstâncias contidos nos autos e coletados durante o contraditório. Entretanto, esse princípio deve ser melhor esclarecido, em virtude de divergências doutrinárias e das alterações introduzidas pela Lei n. 11.690/2008. É desse modo que está disposta a nova redação do art. 155 do CPP:

Art. 155 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Esta nova disposição serviu apenas para limitar a apreciação das provas, restringindo-se aquelas colhidas na fase judicial. Tem como ressalva as provas cautelares, coletadas de imediato, para que o seu valor não pereça. Vê-se assim que essa liberdade de apreciação não atribui ao juiz a possibilidade de atrelar, ao julgamento, sua vivência pessoal, de forma descomedida. Contudo, é imperioso estabelecer que o julgador não se desvencilha, totalmente, de suas convicções pessoais, construídas durante toda a sua vida.

A mensuração das provas, pautada no livre convencimento motivado, sempre encontrou opiniões divergentes na doutrina e na jurisprudência. Isso se deveu a dificuldade de

se compreender que o julgador, quando presta a atividade jurisdicional, se despoja de suas experiências pessoais e se atém a critérios objetivos demonstrados nos autos – desde que coletados na fase judicial e sob a conformação do contraditório. A nova lei trouxe apenas disposições formais que já haviam sendo utilizadas, na prática, pelos magistrados. Com isso, não se quer atribuir pouca valia às disposições legais sobre a avaliação das provas, mas sim, pretende-se alertar para a necessidade de utilização dos princípios gerais do direito e dos fundamentos norteadores da dignidade da pessoa humana no cumprimento dessa tarefa.

3.2 DA ILICITUDE, ILEGITIMIDADE E ILEGALIDADE DAS PROVAS

A constatação da veracidade das provas sempre foi ponto nevrálgico no processo penal. Contudo, para que ocorra essa constatação, faz-se necessária a análise da legitimidade e da legalidade, tanto do instrumento de prova como o de sua coleta. Tal disposição filia-se ao fato de que, num Estado Democrático de Direito é imprescindível que não sejam preservadas somente as normas procedimentais que acobertam a coleta e a produção probatória, mas também o seu conteúdo material. Nesses termos, o Estatuto Magno garantiu tal desiderato, quando previu, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o respeito e a preservação da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III – , garantindo, ao mesmo tempo, a vedação das provas ilícitas no processo – art. 5º, LVI.

A intenção do legislador constituinte, ao disciplinar o procedimento probatório, foi garantir um exame minucioso do conteúdo e da essência do material, visando à reconstrução mais apropriada dos fatos investigados. Para tanto, a análise das provas está acobertada por princípios constitucionais, especialmente o do contraditório e o da ampla defesa. Segundo Oliveira (2008), esses princípios, vinculados ao princípio da presunção de inocência, patrocinam o processo penal e servem de mecanismo protecionista para o cidadão, contra as práticas abusivas do Estado.

Ressalve-se que a previsão constitucional, contida no art. 5º, LVI, não especifica o ramo do direito a que se direciona, sendo dessa forma interpretada extensivamente, o que a leva a abranger todos os demais ramos jurídicos. Todavia, para a exata compreensão do conceito de provas ilícitas, em conformidade com a Constituição de 1988 e com a legislação ordinária, é necessário esclarecer as diferentes modalidades de provas: (i) ilegais; (ii) ilícitas e (iii) ilegítimas. As primeiras constituem o gênero do qual fazem parte as provas ilícitas e ilegítimas, sendo ambas obtidas por meio de violação, seja a normas de direito material ou de direito processual. As ilícitas são aquelas provas colhidas com infringência às normas de

direito material, através da prática de contravenções penais ou de crimes, a exemplo da tortura física ou mental, além daquelas que afrontam as normas de outros ramos do direito e dos princípios constitucionais. Já as provas denominadas ilegítimas são aquelas coletadas com desrespeito às normas de direito processual, ou seja, são contrárias ao procedimento previsto legalmente, como são os casos das interceptações telefônicas e de dados, sem autorização judicial, da violação do sigilo bancário, das gravações ambientais clandestinas, dentre outras.

Sob esse aspecto, parte da doutrina posicionou-se pela interpretação restritiva do texto constitucional, considerando que a inadmissibilidade recairia apenas sobre as provas ilícitas. Outra corrente, de forma mais acertada, posicionou-se por uma interpretação ampliativa, no sentido de que a inadmissibilidade deve recair tanto sobre as provas ilícitas como também sobre as ilegítimas. No entanto, as modificações introduzidas pela Lei nº 11.690/08, especialmente no art. 157 do CPP, não fizeram menção à inadmissibilidade das provas ilegais, tendo por referência apenas as ilícitas.

Sob essa vertente, Cruz (2008) aponta que as provas ilícitas são espécies de provas ilegítimas, uma vez que infringem normas materiais, diferindo assim das ilegítimas, vinculadas à violação de normas processuais. Esse posicionamento último deve ser considerado, já que a interpretação dada ao disciplinamento da Constituição Federal, concernente à vedação da prova ilícita, é a extensiva, ou seja, abarca tanto as provas ilícitas como as ilegítimas. Destaque-se ainda que, na interpretação em conformidade com a Constituição, prevalece o princípio da supremacia constitucional.

Essa diferenciação, entretanto, é meramente conceitual, não obstante ser relevante na prestação jurisdicional, para garantir e preservar os direitos individuais, em face das práticas abusivas do Estado. Aparentemente, o disciplinamento dado pela Carta Magna em voga (art. 5º, LVI), bem como o da legislação infraconstitucional, faz vedação absoluta da admissibilidade das provas ilícitas, por serem consideradas nulas e imprestáveis, já que foram colhidas ilicitamente, contaminando o restante do processo. Mas, algumas considerações devem ser somadas, no que toca à mitigação dessas previsões legais, de vez que as provas ilícitas podem ser aceitas quando a favor do acusado e, até mesmo, excepcionalmente, com o uso da proporcionalidade, quando interesses maiores do múnus público estiverem em jogo, conforme será abordado mais à frente.

3.2.1 A Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados

Seja ilícita ou ilegítima, a prova que não tiver sido coletada sob os auspícios da legalidade, ao ser entranhada em determinado processo, inevitavelmente contaminará todos os procedimentos e também as demais provas produzidas a partir dela. Partindo-se dessa premissa, surgiu no direito norte-americano a teoria denominada *frutis of poisonuos tree*, traduzida como “frutos da árvore envenenada”. Para melhor compreensão, a doutrina brasileira utiliza, correntemente, as expressões “teoria da árvore dos frutos envenenados” ou “teoria da ilicitude por derivação”.

Mais recentemente, a Lei nº 11.690/2008, supra citada, expressamente recepcionou a aludida teoria, quando previu a inadmissibilidade das provas ilícitas, assim como as provas delas derivadas, dispondo o CPP que:

Art. 157 - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

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

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Porém, não é acertado considerar como inadmissível essa espécie de prova, de forma absoluta. Verifica-se, realmente, que a ilicitude de uma prova, em regra, contamina as demais. Mas, há que se analisar a presença do nexo de causalidade existente entre elas. Isso decorre do fato de que os direitos e garantias fundamentais tutelam os interesses do cidadão, contra os excessos de conduta estatal, podendo acontecer que a prova ilícita seja aproveitável em favor do réu. Nesses casos, a doutrina e os tribunais têm se posicionado pela admissibilidade dessa espécie de prova. Esse posicionamento é bastante corrente, já que não é viável que se desconsidere todo o conjunto probatório, apenas pela presença da prova ilícita por derivação, sem a verificação de um nexo de causalidade com a ilicitude. Essa argumentação parte da teoria da “fonte independente”, bastante usual na doutrina.

Destarte, a teoria da árvore dos frutos envenenados só se aplica a provas decorrentes, direta ou indiretamente, da prova ilícita, não incidindo naquelas sem relação com a contaminação. Tal fato não impede o recebimento da denúncia, não tem o condão de anular o

processo e nem determinará a nulidade da condenação, desde que esta tenha sido arbitrada com base em provas independentes.

Outra teoria, utilizada nos tribunais e abordada na doutrina é a do “encontro fortuito de provas”. Ela se verifica através de um mecanismo de aproveitamento de provas não vinculadas ao procedimento investigatório em curso, mas direcionada a outro processo.

São elucidativas as palavras de Oliveira (2008, p. 296), acerca das consequências da presença de provas ilícitas no processo, ao pontuar que:

[...] deve o juiz apreciar a ilicitude da prova e o seu conseqüente desentranhamento dos autos antes da audiência de instrução criminal, ou seja, após a apresentação da defesa escrita, desde que, é claro, a prova tenha sido juntada em momento anterior. Tratando-se de prova apresentada em audiência, deve o juiz, de imediato, apreciar a questão.

Na primeira hipótese, de exame e decisão de desentranhamento antes da audiência, o recurso cabível será o de recurso em sentido estrito; durante a audiência, o recurso será de apelação, se e somente se a sentença for proferida em audiência. Nesse caso, não se exigirá a apresentação de dois recursos, mas apenas o de apelação (art. 593, 4º, CPP). A decisão que não reconhece a ilicitude da prova é irrecurável, o que não impede seja reapreciada a matéria por ocasião de eventual recurso de apelação.

Contudo, a verificação da admissibilidade das provas ilícitas encerra um procedimento mais dificultoso, já que essa modalidade probatória afronta normas de direito material (penal ou constitucional). No que tange as provas ilegítimas, onde a inadmissibilidade é gerada pelo atingimento de normas processuais, através da obediência ao princípio da instrumentalidade das formas, torna-se mais fácil o seu aproveitamento, vez que, se a prova violada afrontar apenas o procedimento e não atingir o conteúdo material, será plenamente admissível, principalmente se for manejada *pro reo*.

3.2.2 A Configuração de Ilicitude nas Interceptações Telefônicas, Gravações Clandestinas e Quebra do Sigilo Bancário

A mídia nacional divulga com frequência informações sobre operações da Polícia Federal, bem como anuncia a instalação de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Esses dois procedimentos necessitam, mormente, de meios probatórios que adentram na intimidade e na privacidade dos cidadãos investigados.

Nesses casos, para que se garanta a preservação dos direitos da pessoa humana assegurados constitucionalmente, no intuito desses mecanismos se configurarem como provas idôneas, faz-se necessário que sejam coletados sob a tutela do Direito. Para tanto, a própria Constituição assim prevê em seu art. 5º, X e XII:

Art. 5º - *omissis*

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Sendo uma norma de eficácia limitada, o inciso XII do citado dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 9.296/96, que estabeleceu o procedimento e os limites de interferência que o aparato estatal pode realizar na intimidade do particular, para a coleta de provas. Entretanto, dentre as interferências na seara particular da pessoa humana, que causam mais polêmica, destacam-se as gravações ambientais, as interceptações telefônicas e de dados, além da quebra do sigilo bancário.

As gravações de conversas ambientais são aquelas realizadas no meio ambiente, com ou sem o consentimento de um dos interlocutores. Não podem, em regra, ser levadas a processo como prova idônea, se forem colhidas sem o conhecimento dos interlocutores. Todavia, a doutrina e os tribunais brasileiros não são pacíficos sobre esse tema, chegando a admitir muitas vezes a presença da prova (mesmo ilícita) no processo.

As interceptações telefônicas são definidas por Moraes (2004, p. 241) como: “[...] a captação e gravação de conversa telefônica no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa, sem o conhecimento de qualquer um dos interlocutores.” Se forem assim realizadas, serão consideradas provas ilícitas, já que afrontam as disposições do art. 5º, XII da Constituição Federal. No entanto, a própria dicção constitucional fez uma ressalva à sua admissibilidade, quando ocorrerem sob: (i) ordem judicial; (ii) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; e (iii) hipóteses e formas que a Lei nº 9.296/96 estabelecer.

Dentre as principais nuances do referido diploma legal, destacam-se que o pedido de interceptação telefônica será deferido pelo juiz, quando não se verificarem outros mecanismos indispensáveis à instrução do processo, devendo ser indicados os meios a serem empregados para a interceptação e as autoridades executoras, que poderão ser auxiliadas pelas concessionárias do serviço público. Terão um prazo de quinze dias, renovável por igual período, para realizar a diligência. Se for imprescindível, a gravação da interceptação será transcrita e encaminhada ao juiz competente, permanecendo em segredo de justiça. Contudo, submetida ao contraditório e à ampla defesa. Vê-se, explicitamente, a aplicação do princípio

da proporcionalidade na coleta de provas, em conformidade com a adequação dos fins aos meios utilizados, bem como com a necessidade.

Se a coleta das provas proceder da forma como descrita, não há como a mesma se tornar ilícita. O problema então vai residir nos limites da coleta de informações, já que no curso da diligência as autoridades, mesmo diante dos limites legais, terão inevitavelmente acesso a outras informações da vida privada do cidadão. Cabe, portanto, ao Estado fiscalizar a execução e os seus limites, sempre buscando promover a dignidade da pessoa humana.

Quanto ao sigilo bancário, além da previsão do art. 5º, XII, sua regulamentação também é feita segundo a disposição do art. 192 da Lei Maior. A possibilidade de quebra dessa modalidade de sigilo foi editada pela Lei Complementar nº 105/2001, que estabeleceu no art. 1º e 2º o delineamento da preservação desse procedimento. Mas, a questão mais polêmica dessa temática reside na possibilidade das Comissões Parlamentares de Inquérito requererem, independente de autorização judicial, informações protegidas pelo sigilo bancário e de dados, conforme disposição do art. 2º, §2º da referida lei complementar:

§ 2º As comissões encarregadas dos inquéritos a que se refere o inciso II do § 1º poderão examinar quaisquer documentos relativos a bens, direitos e obrigações das instituições financeiras, de seus controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos, inclusive contas correntes e operações com outras instituições financeiras.

Esse ponto é o mais nevrálgico da discussão, já que as interferências necessárias na intimidade do cidadão devem ser realizadas pela autoridade judiciária competente, posto que os integrantes das CPIs não têm poderes próprios de autoridades judiciais. Sobre esse aspecto, elucida Oliveira (2008, p. 309, grifo do autor) que essas Comissões “[...] haverão de encontrar limitação de seus poderes na própria Constituição, mais precisamente nas chamadas cláusulas de reserva de jurisdição. Tais reservas decorreriam de eventual excepcionalidade.” Verifica-se assim, que em nenhuma das exceções previstas, constitucionalmente, para a reserva da jurisdição, se enquadram as CPIs.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, PROVA ILÍCITA E DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A proporcionalidade, enquanto princípio jurídico, não é tema de fácil definição, por ser deveras abstrato e subjetivo. Esta é a aceção de alguns doutrinadores, a exemplo de Barroso (1999) e Bonavides (1997), que supõem ser mais fácil apreendê-lo e senti-lo do que

mesmo defini-lo. Com efeito, a dificuldade de se precisar o conteúdo do princípio da proporcionalidade é o seu amplo nível de abrangência. Isso porque, além de significar princípio constitucional, princípio hermenêutico e princípio geral de direito, é também um procedimento, uma técnica de aplicação e de realização da justiça, de avaliação normativa, um meio de verificar a constitucionalidade das normas, um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa do Estado, uma garantia fundamental dos direitos individuais, sociais e coletivos.

O princípio da proporcionalidade ou mandamento de proibição de excessos é um método utilizado para se examinar a adequação ou não de uma norma, aplicável a um caso concreto, no propósito de salvaguardar direitos. Para tanto, dispõem o legislador ou o intérprete ou o operador do direito, em seus comandos, de alguns critérios – também chamados subprincípios – para proceder sobredito exame. Melhor explicitando, o citado método se reparte em três subprincípios, ou critérios de análise: 1) proporcionalidade propriamente dita; 2) adequação e 3) exigibilidade. A proporcionalidade *stricto sensu* consiste em estabelecer uma correspondência entre o fim a ser alcançado pela norma e o meio por ela empregado, contanto que não atinja o conteúdo essencial do direito fundamental, com o desrespeito inaceitável da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, em consonância com o abalizado ensinamento de Canotilho (2003, p. 113):

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Significa dizer que, mesmo havendo desvantagens para direitos individuais ou coletivos, advindas com aquela disposição normativa, esta trará mais vantagens de outra ordem, alcançando interesses superiores, de forma que superam aquelas desvantagens. Adota assim um sistema de valoração, no propósito de garantir um direito e restringir outros, através de um estudo teleológico, no qual se decida que o interesse juridicamente protegido pela norma apresenta conteúdo valorativamente mais elevado que o direito restringido. No tocante à adequação e à exigibilidade, Guerra Filho (1999) esclarece que estas se explicitam através de uma relação custo-benefício, isto é, se a medida ou o meio escolhido pela norma, dentro do faticamente possível, é adequada para atingir o objetivo previamente proposto. Além disso, tal medida terá que se mostrar exigível ou indispensável, ou seja, que inexista outra, menos gravosa para os direitos fundamentais.

É de se destacar que a inserção de direitos universais nos textos constitucionais através de normas de natureza principiológica, representou uma reviravolta metodológica no Direito Constitucional contemporâneo. Esses direitos, garantidos em igualdade de condições a todos os membros da sociedade e portadores de interesses heterogêneos, traduziram-se por pretensões muitas vezes incompatíveis entre si, gerando conflitos e tensões que demandavam inovações no seu equacionamento. Em decorrência, a Constituição passou a ser formulada como um sistema normativo aberto, composto por princípios e regras. Tal concepção partiu de formulações teóricas, elaboradas em período recente, no âmbito da Filosofia e da Teoria do Direito, das quais se destacaram os jus filósofos Ronald Dworkin e Robert Alexy. O primeiro, norte-americano, professor da Universidade de Oxford e o segundo, titular da cadeira de Filosofia do Direito da Universidade de Kiel, na Alemanha. Para Alexy, um das questões mais importantes da teoria e da filosofia jurídicas da atualidade foi levantada por Dworkin, ao indagar sobre a existência de uma única resposta correta para cada caso judicial. Este pensador, focado na concepção de que as normas são constituídas por regras e princípios jurídicos, acreditava em tal possibilidade, tendo por base a atuação de um julgador ideal, habilidoso, sábio e paciente, que pautaria sua decisão através da ponderação de princípios fundamentais, de modo que permitisse preservar a integridade da Constituição e do Direito, fazendo este se revelar em toda a sua plenitude. Para o jurista *yankee*, as regras, enquanto normas, seriam aplicadas faticamente segundo sua respectiva validade, numa perspectiva de tudo ou nada, ou seja, devendo ser cumpridas ou não. Assim, num embate envolvendo regras, uma eliminaria a outra, por questão de validade. Ao contrário, os princípios enquanto normas, porventura em conflito, um apenas afastaria o outro, no momento decisivo de solução, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles fossem maiores do que as do outro.

Verificando a impossibilidade de efetivação da proposta formulada por Dworkin, em especial por não oferecer um critério relativamente seguro de escolha dos princípios de maior peso, que seriam aplicáveis ao caso concreto, Alexy enunciou uma teoria de princípios e de uma argumentação jurídica – sem descartar de todo as proposições de Dworkin – visando possibilitar uma solução judicial racionalmente fundamentada, em circunstâncias de tensão entre princípios. O ponto de partida foi a inovação introduzida na concepção de princípios: enquanto os mandamentos contidos nas regras exigiriam a realização plena, apenas podendo ser cumpridos ou não cumpridos, segundo sua validade, as disposições dos princípios envolveriam a realização de algo na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Assim, os princípios seriam mandados de otimização, com

características de serem cumpridos em diversos graus, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Tais possibilidades dizem respeito à presença de outros princípios ou regras, dispendo contrariamente, no caso específico. Por decorrência, o cumprimento de um ou de outro princípio não poderia se efetivar de maneira plena, mas de forma gradual, conforme a situação fática em que se aplicariam. Esses postulados receberam a designação de Teoria dos Direitos Fundamentais

Sob tal desiderato, Alexy (2001) apresenta a sua Lei de Colisão, extraída de um julgado do Tribunal Constitucional alemão, o qual passou a servir de parâmetro para a solução de conflitos entre princípios jurídicos. A partir dessa decisão, pautada na ponderação de valores em conflito, o autor desenvolveu sua teoria, servindo-se dos postulados da proporcionalidade, que permite evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais, através da não utilização de rigidez excessiva no processo final decisório. Desse modo, havendo uma colisão entre direitos fundamentais, o julgador recorre, inicialmente, ao critério da adequação do meio a ser aplicado ao caso concreto, depois ao critério da necessidade desse meio e, por último, se ainda não solucionado o conflito, apela para a ponderação, onde é feito o sopesamento dos bens, dos valores e interesses em conflito, alcançando-se a partir daí a decisão final.

Demais, a complexidade das relações sociais e jurídicas do mundo atual está a exigir soluções razoáveis para um número cada vez maior de conflitos de interesses. Respeitante a este fato, Oliveira (2008, 302) procede sua análise com muita propriedade, ao lecionar que:

Essa realidade decorre do fato de vivermos em uma sociedade plural, isto é, em que vários são os interesses individuais e dos grupos que compõem a comunidade jurídica. Assim, a tutela de uma pluralidade de interesses somente pode ocorrer no plano *abstracto*, ou seja, no plano normativo. Quando a realidade demonstrar a possibilidade de eventuais conflitos entre valores igualmente protegidos na Constituição, somente um juízo de proporcionalidade na interpretação do Direito, orientado pela vedação do excesso e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, é que poderá oferecer soluções plausíveis.

A tudo isso se justapõe o aumento desmedido da violência e da criminalidade, esta última acentuada pelo aparecimento de um número cada vez mais crescente de organizações criminosas, bem como o surgimento de tecnologias sofisticadas que fragilizam determinadas garantias a direitos fundamentais, na esfera individual, como é o caso do direito à privacidade, à intimidade e ao sigilo das comunicações. Por seu turno, em conformidade com a moderna doutrina constitucional, Grinover (2007) esclarece que os direitos fundamentais não podem

ser concebidos de maneira absoluta, em face das restrições impingidas pelo princípio da convivência das liberdades, pelo qual não se permite que nenhum interesse seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

Importa assinalar que o objetivo primordial da Teoria dos Direitos Fundamentais em comento é a interpretação dos direitos fundamentais constitucionais. Porém, os métodos de interpretação se deparam com certos limites, estabelecidos pela confrontação de direitos fundamentais. Estas colisões, para Alexy, acontecem de duas maneiras: a primeira, de forma ampla, entre um princípio de direito fundamental e outras normas de interesse coletivo, e a segunda, de forma parcial, envolvendo princípios de direitos fundamentais que se opõem entre si. Estas últimas acontecem quando o exercício do direito fundamental de um titular afeta, prejudicialmente, o gozo do direito fundamental de outro titular. Tal confronto pode se dar entre direitos idênticos ou diversos. Por sua vez, as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo envolvem interesses fundamentais individuais *versus* interesses fundamentais coletivos, não havendo aqui, diferentemente do que ocorre na primeira modalidade, uma relação de precedência condicionada, isto é, inexistem condições para que um princípio preceda ao outro, em ordem de prioridade, quando do julgamento de um caso concreto. Por último, levanta-se a hipótese da colisão entre princípios e regras. Nesse caso, qual seria a precedência? Esclarece aquele autor que tal embate é possível, bastando que tais normas integrem uma dada ordem constitucional. Para tanto, como as regras detêm menos generalidade e um maior grau de certeza do que os princípios, elas teriam primazia num eventual confronto, como posto por Alexy (2001).

Destarte, o sistema constitucional brasileiro tem como proeminência axiológica a dignidade da pessoa humana, devendo a ponderação sempre orientar-se para a sua promoção e realização. Porém, é de se notar, que nem todos os direitos referenciados na Constituição Federal de 1988 se inserem nessa proeminência.

O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito e aberto. Esta sua abertura normativa – aliás, característica essencial de todo princípio jurídico – permite captar a riqueza da realidade fática, subjacente aos inúmeros e diferentes conflitos existentes na sociedade, fato que seria impossível se a norma fosse aplicada ao “pé da letra”, com base apenas na interpretação de seu texto legal. Afinal, direito não se encerra na lei. Sob esse aspecto, o professor Guerra Filho (1999, p. 72 e 73) assinala que:

O sistema normativo [...] não é mais concebido como um conjunto fechado de regras, que, para cada fato, apresentaria a consequência jurídica decorrente, mas sim, como um ‘sistema aberto’, para dar conta das peculiaridades de cada caso concreto.

Isso significa uma abertura para, em certas hipóteses, tomar decisões sobre problemas jurídicos, lançando mão de recursos outros que não o das proposições normativas [...], com seu esquema lógico-deontológico reducionista, de estabelecimento de uma relação vinculativa entre uma hipótese legal [...] e sua consequência [...].

É de se considerar que a proporcionalidade, enquanto fórmula de solução de interesses conflitantes procura conciliar o direito formal ao direito material através da ponderação ou do sopesamento, sendo esta a característica mais marcante do paradigma jurídico da atualidade, uma vez que oferece soluções adequadas a cada caso em particular. Sobreditos interesses acham-se situados em três ordens distintas: individual, coletiva (nesta incluindo-se os interesses difusos) e geral ou pública, que podem se chocar entre si e no âmbito interno de cada uma delas. Nesse aspecto, há que se anuir que interesses coletivos são o somatório de interesses individuais e que interesses públicos resultam de interesses individuais e coletivos, não se podendo, portanto, atender ao interesse público sem se contemplar, simultaneamente, interesses individuais e coletivos. Diante dessa equação complexa é de se conclamar a ingerência do Estado, para, na lição de Grau e Guerra Filho (2001, p. 280-281):

[...] tutelando primordialmente o interesse público, fazer o devido balizamento da esfera até onde vão interesses particulares e comunitário – para o quê, inevitavelmente, restringirá direitos fundamentais, a fim de assegurar a maior eficácia deles próprios, visto não poderem todos, concretamente, ser atendidos absoluta e plenamente. É nessa dimensão, objetiva, que aparecem princípios como o [...] da proporcionalidade, engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade – sendo, portanto, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, em nome da preservação de outros direitos, igualmente fundamentais [...].

Por seu turno, a proporcionalidade tem por conteúdo a submissão do Estado e de seus agentes ao princípio em lume, sendo ele o corolário de uma ordem jurídica na qual a Constituição ocupa o topo da pirâmide normativa, daí a sua imbricação com um outro princípio de igual monta: o da supremacia da Constituição. Traduzindo-se, esta supremacia é a chave inicial para a compreensão do próprio princípio. Disso se conclui que a proporcionalidade, em consonância com o pensamento de Pontes (2000), apresenta duas instâncias de aplicação: a primeira, como princípio geral de vedação do arbítrio estatal, imprimindo uma prestação negativa de não fazer aos agentes públicos, implicando numa proteção do indivíduo contra os abusos do poder público, e a segunda como princípio garantidor e efetivador de direitos fundamentais.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado graças à influência lusitana, pelo fato de a Constituição da República portuguesa, de 1974, ter servido como um dos parâmetros para a formulação da Carta Magna de 1988. Contudo, o princípio não constou, explicitamente, no texto pátrio. Mas, isso não invalida nem impede a sua presença como um comando implícito e não escrito, uma vez que o art. 5º, § 2º, determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Em linhas gerais, o princípio em comento acha-se delineado como complemento dos princípios da reserva legal (art. 5º, II), da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), republicano (art. 1º, *caput*), da cidadania (art. 1º, II) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Igualmente, os direitos e garantias deles derivados, bem como os remédios processuais do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), do mandado de segurança (art. 5º, LXIX), do *habeas data* (art. 5º, LXII) e do direito de petição (art. 5º, XXXIV) são vivas expressões da presença da proporcionalidade em nosso ordenamento constitucional. Da mesma forma, integra um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, que é a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), assim como a acepção de Estado democrático de direito, além de se fazer presente em diversas disposições distribuídas ao longo do texto.

Cumprindo ainda destacar que o princípio da proporcionalidade e o seu método ponderativo não ficaram imunes à crítica. Dentre elas, ressaltam-se as objeções que Habermas faz à teoria de Alexy, alegando que as normas jurídicas não podem ser cumpridas gradualmente, conforme proposto, em razão de sua natureza deontológica. Porém, a crítica não oferece uma alternativa concreta, no tocante ao problema das antinomias entre princípios e regras, como apontado por Oliveira (2004). De outro lado, com referência à aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal, no Brasil, especialmente no que diz respeito à utilização de provas ilícitas, muitas ressalvas vêm sendo feitas, ultimamente. Uma delas alega que o princípio da proporcionalidade tem sido utilizado de forma indiscriminada, sobretudo para legitimar a produção de provas ilícitas contra o acusado, fato este que tem corrompido o verdadeiro significado do princípio, que é a proteção aos direitos e garantias fundamentais. Em lugar disso, a proporcionalidade vem sendo invocada, ideologicamente vinculada a um falso conceito de segurança pública, em total descompasso com a sua finalidade constitucional. Em sendo assim, passa a constituir a própria negação dos direitos fundamentais, de acordo com o destacado por Prado (2006).

4.1 A PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE VALIDAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL: ACEITAÇÃO, RESTRIÇÃO E VEDAÇÃO PERANTE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA DISCUSSÃO PRINCÍPIOLÓGICA

No âmbito da processualística penal brasileira, seja na doutrina ou na jurisprudência, podem ser assinaladas três tendências acerca do uso ou da produção da prova ilícita no processo penal. A primeira, majoritária, posiciona-se pela não aceitação da prova obtida ilicitamente, uma vez que ao direito não se permite prestigiar condutas antijurídicas, nem consentir que delas se tirem proveitos para acarretar prejuízo a alguém, com o desrespeito a princípios legais. Por decorrência, o órgão jurisdicional não reconhecerá nenhuma eficácia da prova obtida por meios ilícitos.

A segunda tendência, favorável ao aproveitamento da prova ilícita, alega que sempre deve prevalecer a apuração da verdade, de tal modo que a ilicitude não retire da prova o valor que contenha, como elemento fundamental para a formação do convencimento do juiz. Nesse caso a prova é admissível, sujeitando-se o infrator às sanções legais. Ainda como conformação dessa corrente, admite-se a prova ilícita, excepcionalmente, em situações que visem proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos pela colheita da prova e também constitucionalmente protegidos. Para tanto, esses interesses opostos terão que ser ponderados, sopesados, avaliados, a partir de uma hierarquização de valores, dos quais o de maior peso prevalecerá.

A terceira e última, é aquela posição, pacífica na doutrina, de que a aceitação da prova ilícita deve ser feita quando favorável ao acusado – *pro reo*. Aqui, argui-se também o uso da ponderação, de vez que a liberdade é um valor de maior densidade quando confrontado com o interesse de punir do Estado.

Como fundamentação da tendência que permite o uso da prova ilícita através da aplicação do princípio da proporcionalidade, os doutrinadores alegam que, mesmo havendo vedação explícita à ilicitude da prova pela Constituição Federal de 1988, a interpretação gramatical dessa norma deve ser relativizada pelas circunstâncias históricas, sob as quais foram formuladas, de vez que o Constituinte, vivenciando o período de redemocratização do país, teve grande preocupação em dar garantia absoluta a certos direitos fundamentais, sobretudo àqueles quase sempre violados pelo regime ditatorial: a inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações, da privacidade, da intimidade e da honra. Outra arguição favorável ao uso da prova ilícita, em dados casos circunstanciais, é a ampliação desmesurada da violência e da criminalidade, esta última aguçada por organizações

criminosas que desafiam o aparato policial, e que chegam até mesmo a fugir do controle dos órgãos da jurisdição. Nesse intento, Fernandes (2007) cita um exemplo, calcado na realidade – pois transcorreu no Estado de São Paulo – sobre a quebra do sigilo da correspondência de presidiários, considerados de alta periculosidade, através da qual se descobriu um plano de fuga massiva e de sequestro do juiz da execução penal. Comenta esse autor que, caso a aplicação da norma constitucional – art. 5º, XII – fosse observada, rigorosamente, haveria sério risco à segurança social e à própria vida do juiz.

Nesse mesmo diapasão se manifesta Greco Filho (1989) ao declarar que o texto constitucional não pode ser traduzido de forma radical, isso porque haverá situações em que a importância do bem jurídico envolvido no processo e a ser alcançado com a produção da prova ilícita, levará os tribunais a aceitá-la. E foi de fato o que ocorreu com a decisão do Supremo Tribunal Federal (FERNANDES, 2007, p. 94 – nota 46), ao firmar jurisprudência sobre casos como o exemplificado acima, assim manifestando-se:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguardas de práticas ilícitas (HC 70.814-5, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.03.1994).

A admissibilidade da prova ilícita no processo penal, em caráter extraordinário, tem por objetivo corrigir possíveis distorções que a excessiva rigidez da sua vedação poderia proporcionar, em casos de excepcional gravidade. Nesse estado de coisas, a aplicação da proporcionalidade poderá significar um instrumento indispensável para salvaguardar e preservar valores conflitantes, e como apontou Grinover (2007, p. 162): “desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida.” É de se reconhecer, porém, que a utilização da prova ilícita no processo penal, em prol da acusação, através do uso do princípio da proporcionalidade, é matéria muito complexa e melindrosa, pela dificuldade, senão impossibilidade, de se estabelecerem critérios objetivos para o seu entranhamento, como destacou Oliveira (2008).

Por conseguinte, a versão de que a prova ilícita deve ser utilizada somente em prol do acusado, patrocinando a sua inocência e a sua liberdade, é matéria já sedimentada na doutrina e na jurisprudência nacional. De tal sorte que a prova de inocência do réu deve ser sempre aproveitada, mesmo que eivada de ilicitude. Isso porque, num Estado democrático de

direito seria um absurdo a condenação de um cidadão em que o próprio Estado presume ser o mesmo inocente. Assim, uma interceptação telefônica ou uma gravação ambiental, sem autorização judicial, na qual o acusado consegue provar a sua isenção na atividade criminosa, configura-se legítima defesa. Tal entendimento tem por fundamento o princípio da proporcionalidade, quando no confronto entre os princípios da inadmissibilidade da prova ilícita e o do direito fundamental da pessoa em ser livre, deve prevalecer o *jus libertatis*.

Resta discutir a tendência que veda, peremptoriamente, a utilização da prova ilícita no processo penal em favor da acusação. Nesta, há uma série de arrazoados, tanto jurídicos quando sociais, bem como políticos e ideológicos. Sob tal perspectiva, os elementos fundantes dessa vedação encontram-se no próprio ordenamento jurídico, dado que a Carta Magna de 5 de outubro de 1988, expressa textualmente em seu artigos 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” Do mesmo modo, o Código de Processo Penal, no *caput* do art. 157, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, reproduz dita proibição, determinando que a prova ilícita deva ser desentranhada do processo.

Pelo que se vê, a inadmissibilidade de material probante ilícito no processo penal tem como propósito o cumprimento de uma pauta ética e de exercer o devido controle sobre a atividade persecutória dos entes estatais, no sentido de inibir práticas probatórias ilegais, bem como tutelar valores garantidos constitucionalmente. Agindo assim, os agentes públicos – grandes responsáveis pela produção de provas – garantem os direitos fundamentais individuais, quase sempre atingidos pelas diligências investigativas: privacidade, intimidade, honra, imagem, inviolabilidade do domicílio, das comunicações telefônicas e de dados, sigilo bancário e financeiro. Além disso, o espaço probatório no processo penal, como esclarecido por Oliveira (2008), em virtude da intensidade dos interesses nele envolvidos, é muito mais amplo do que no processo civil, ensejando assim um controle mais rígido no exercício dessas atividades, o que implica na não aceitação de qualquer meio probante.

Outra alegação é que o aproveitamento da prova ilícita fere direitos, em especial do acusado, uma vez que afronta o próprio princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, além dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e, em especial, da igualdade das partes.

Entrementes, a posição mais contundente e mais fundamentada dessa vertente parte, indubitavelmente, da promotora de justiça Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, do Estado de Goiás, autora de uma dissertação de mestrado, que, pautando-se nas teses do consagrado penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, fulmina a utilização da prova ilícita no processo

penal, até mesmo com a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando favorável à acusação.

Para o doutrinador platino, autor da teoria negativa ou agnóstica da pena, as sociedades capitalistas contemporâneas, sobretudo aquelas dos países em desenvolvimento, teriam por característica essencial a estruturação desigual e verticalizada das relações políticas e sociais, o que redundaria numa forma verticalizante do poder. Destarte, uma de suas manifestações concretas seria o poder persecutório do Estado, na esfera penal, que tenderia a reproduzir e a agudizar as desigualdades sociais, em face das características apresentadas pelo seu sistema penal. Este, irracional, promoveria uma seletividade estrutural das pessoas, mostrando-se assim incapaz de solucionar os conflitos sociais. Por sua vez, o exercício de suas decisões se daria através da coerção direta sobre os indivíduos, o que representaria um sério obstáculo ao projeto emancipatório destes, conforme estatuído na Constituição. Para tanto, como reforço e legitimação dessa estrutura opressora, as teorias penais em voga estariam fundadas em valores como “busca da verdade e segurança jurídica”. Enfim, o poder punitivo estatal representaria, para Zaffaroni (2001), a vertente mais violenta do exercício verticalizante das relações sociais, não havendo, assim, nenhuma justificação racional de sua presença num Estado democrático de direito.

Fundada nessas premissas, Prado (2006) desenvolve todo um arrazoado, apoiada em diversos outros autores, acerca da refutação do aproveitamento da prova ilícita no processo penal, não aceitando sequer o uso do princípio da proporcionalidade como justificação. Inicia com a ideia de que a atividade probatória apenas pode ser compreendida, sob o marco de um Estado democrático de direito, como garantia da pessoa acusada, suspeita ou indiciada, diante do incomensurável poder punitivo do Estado. Significa dizer que toda prova produzida no processo penal é uma garantia do acusado, como recurso ao arbítrio do poder estatal. Tal juízo pode ser extraído da própria Constituição Federal de 1988, em consonância com o art. 5º, LVI, que veda a utilização da prova ilícita no processo penal. Esse princípio garantista – inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos – é absoluto, quando voltado *pro reo*, mesmo considerando-se a possibilidade de se relativizar direitos fundamentais através da ponderação de interesses. A tese, portanto, exclui a possibilidade de se utilizar a ilicitude como instrumento probatório da acusação. Para a autora, no processo penal estabelece-se uma relação de poder entre o interesse persecutório e punitivo dos entes estatais e o direito de liberdade da pessoa acusada, daí a refutação da aceitação da prova ilícita, uma vez que a sua inadmissibilidade é uma garantia a direitos fundamentais. Portanto, esses direitos não estão em concorrência com outros direitos fundamentais, mas sim com o poder de punir

deslegitimado dos órgãos estatais, tendo por fulcro a vigência do Estado de direito democrático. Essa garantia constitucional veda que sejam introduzidas provas no processo penal com violação a direitos fundamentais, mesmo que autorizadas pelo Poder Judiciário, com o fim exclusivo de repressão criminal.

Justifica que a atividade probatória no processo penal é a que mais sofre influência desse poder punitivo, em especial numa sociedade extremamente desigual como a brasileira. Além disso, nossa legislação penal, muito influenciada pela ideologia “da lei e da ordem”, desenvolvida nos Estados Unidos da América em décadas passadas, adota técnicas inquisitoriais de apuração da verdade, a exemplo da delação premiada, do juiz inquisitor e da infiltração de agentes. Nessa ordem, o Poder Judiciário, o Ministério Público e o próprio senso comum foram contaminados, levando Prado (2006, p. 157 e 158) a pontuar que:

A par da tímida atuação do Poder Judiciário – no controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais editadas como resposta emergencial a problemas estruturais, com violação aos direitos e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988 – e do Ministério Público – na provocação desse controle –, expressivos são, na atualidade, os pronunciamentos judiciais exarados no processo penal em que, a pretexto de se alcançar a “verdade” necessária à “tutela da segurança social”, admite-se a produção de provas com violação aos direitos e garantias fundamentais do acusado, invocando-se uma ponderação de interesses, com base no princípio da proporcionalidade, para conferir legitimidade a tais violações.

Dando prosseguimento a este relevante questionamento aos valores predominantes e ainda intocáveis do sistema penal pátrio e latino-americano como um todo, Prado (2007) passa a tecer considerações sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, esclarecendo que, por muito tempo, perdurou a noção de que o confronto de interesses, no processo penal, estabelecia-se entre a busca da “verdade absoluta” e os direitos fundamentais do acusado, o que acarretava graves violações a esses direitos. Felizmente, dita concepção foi em parte superada, tendo sido substituída, porém, por uma ideologia da defesa social, fundada na ideia de que os interesses contrapostos, na ação penal, ocorrem entre o direito à liberdade do acusado e a segurança social, a ordem ou a segurança pública. Disso se infere que a ideia de defesa social, subjacente ao pensamento jurídico-penal e retirada do movimento “da lei e da ordem”, foi o recurso ideológico utilizado para legitimar e dar racionalidade ao poder estatal de punir. Nessa linha de raciocínio, reconhece que os interesses da vítima também se contrapõem aos direitos do acusado, mas que as reivindicações desse primeiro polo são assumidas pelo Estado, através do seu interesse de punir. Nesses termos, não existe um confronto de interesses a serem postos na balança da ponderação, representado pela liberdade

individual do acusado e o direito fundamental à segurança social, mas sim, um choque entre o direito fundamental à liberdade e o interesse persecutório, punitivo estatal.

Pelo exposto, a seletividade estrutural promovida pelo sistema penal brasileiro e a irracionalidade da pena inviabilizam a noção de justiça penal, subjacente a um Estado democrático de direito, fundada, tão-somente, na punibilidade do culpado. Disso resulta que, a efetivação da justiça penal em contraposição a direitos fundamentais, no processo penal, a partir do uso de mecanismos da proporcionalidade, nos quais o interesse público tende a prevalecer, revela-se paradoxal.

Como último argumento crítico ao uso da ponderação, no processo penal, nos moldes como é presentemente formulado, Prado (2006, p. 200) assinala que:

A invocação ideológica do princípio da proporcionalidade tem constituído a válvula de escape das agências judiciais, principalmente do Poder Judiciário e do Ministério Público, para atender aos reclamos do movimento “da lei e da ordem”, acolhidos pelo senso comum, com a aparência de que atuam de acordo com a sua finalidade constitucional, fulminando, assim, dia a dia, a eficácia dos direitos e garantias tão duramente conquistados ao longo da história.

Resta estabelecer que, mesmo considerando-se o valor do pensamento aqui esboçado, pautado no conjunto de ideias formuladas por diversificados autores, não se pode descartar, de todo, o recurso da ponderação no direito processual penal. Primeiramente, ele não pode ser concebido como panaceia, capaz de resolver todos os melindres, próprios de decisões judiciais que envolvam direitos constitucionalmente confrontados, em especial no processo penal, em face da intensidade dos valores neste envolvidos. É verdade que sujeitar bens à ponderação, no momento de escolher o que deve preponderar, sem ferir totalmente o direito contraposto, enseja um elevado grau de subjetividade do julgador, envolvendo seus valores, suas crenças, sua ideologia, seu passado. Não existe, na verdade, um critério objetivo, preciso, para se estabelecer o sopesamento e a eleição dos bens em jogo, o que resulta em incerteza e em insegurança jurídicas. Em suma, o uso da proporcionalidade como método hermenêutico e decisório, deve ser articulado com outros métodos, inclusive os tradicionais, em função da sua reconhecida insuficiência, tudo a depender da natureza do caso em que será aplicado, concretamente.

Concernente ao uso da prova ilícita, pró-acusação, com o emprego do método da proporcionalidade, por princípio assume-se posicionamento contrário à sua utilização, pelos riscos de excessos que o mesmo potencialmente oferece. Veja-se, como exemplo, o caso da Operação *Satiagraha*, levada a termo pelo delegado Protógenes (2004-2008), envolvendo o

banqueiro Daniel Dantas e uma rede criminosa de interesses. Registre-se ainda o caso do ex-presidente Fernando Collor e de Paulo César Farias, no qual foram utilizadas escutas telefônicas clandestinas – sem autorização judicial. Levado ao último recurso, o STF decidiu pelo desentranhamento de todas as provas colhidas ilicitamente.

Pelo que se conclui, o uso da prova colhida ilicitamente, no processo penal, deve ser utilizada e validada, excepcionalmente, em casos que envolvam sérios riscos à segurança coletiva, como o combate a organizações criminosas – terrorismo, tráfico de drogas, sequestros, lavagem de dinheiro, ação de colarinhos brancos etc – quando não houver outro meio possível de obtenção da prova.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas feições adquiridas pelo Estado brasileiro, no pós-constitucionalismo de 1988, modificaram o panorama probatório pátrio, especialmente no que tange à admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Isso se deveu à introdução, de forma mais expressiva, dos princípios que pautam o Estado democrático de direito, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, assim como os demais princípios informadores do processo penal: o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e o princípio do *in dubio pro reo*.

Nesse esteio, os direitos e garantias fundamentais foram introduzidos na Magna Carta e em toda a ordem jurídica com uma dupla função: servirem de escudos contra o arbítrio estatal frente aos cidadãos, e garantirem a prestação jurisdicional com a obediência aos princípios constitucionais, através da ponderação de interesses, estabelecendo assim um liame entre os direitos garantidos aos cidadãos, pela Constituição, e a admissibilidade das provas ilícitas no processo. Essa possibilidade, conforme visto, viabiliza-se quando *pro reo* e para atender, em casos excepcionais, aos interesses da acusação. Tal fato decorre porque as disposições constitucionais não devem, a um só tempo, ensejar arbítrios do poder público nem garantir condutas antijurídicas praticadas por parte do cidadão. Destarte, em um crime de extorsão mediante sequestro, é razoavelmente aceitável a realização de gravações telefônicas, em circunstâncias em que não é possível a devida autorização judicial, em função das ameaças feitas pelo sequestrador à família da vítima, proporcionando a ambas graves risco de morte. Disso defluiu que o princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações não pode prevalecer sobre o direito à vida. Daí a necessidade de ponderar valores através da máxima da proporcionalidade, como solução plausível aplicável ao processo penal.

Todavia, esse posicionamento supra nem sempre foi o adotado pelos Tribunais brasileiros. Por meio da dicção normativa do art. 5º, LVI, da Constituição Federal vigente, sustentava-se a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, dado que a aplicação do princípio da proporcionalidade não se constituía numa tarefa simples, contrapondo-se ao apego radical à literalidade da norma. Porém, com o amadurecimento gradativo da democracia brasileira, o princípio da vedação de excessos veio relativizar a imperatividade da regra constitucional, possibilitando sua aplicação, no sentido de aceitação da prova ilícita *pro societate*, desde que, no deslinde da causa, estejam sendo envolvidos crimes mais graves, perpetrados por organizações criminosas.

Recentemente, a seara probatória foi modificada com as alterações dadas pela Lei nº 11.690/2008 e a Lei nº 11.719/2008, que alteraram o Código de Processo Penal, referentes ao procedimento de coleta e de admissibilidade das provas, e aqueles relativos à suspensão do processo – *emendatio libelli, mutatio libelli* e outros.

Outro ponto nodal da discussão disse respeito aos efeitos da presença das provas ilícitas no processo. A decisão mais acertada é a preservação dos atos praticados, sendo desentranhadas apenas as provas eivadas de ilicitude das que delas derivarem. Nesse ponto, o manejo do princípio da proporcionalidade faz-se necessário, para que se analisem, nos casos concretos, os bens que devem ser juridicamente protegidos.

Finalmente, é preciso colocar que a rigidez da Lei Maior e da legislação ordinária, no que toca aos meios probatórios ilícitos, acontece em função da formação democrática recente que perpassou o ordenamento jurídico nacional, fazendo-o vivenciar momentos de concentração e desconcentração de poder. Nessa ordem, foi necessária a consubstanciação de uma legislação rígida que atrelasse o julgador às suas decisões, e garantisse a preservação do devido processo legal e dos demais princípios constitucionais. Porém, a hermenêutica doutrinária e dos tribunais nacionais, a exemplo do que vem acontecendo na Alemanha, desde o segundo pós-guerra, têm constituído feições mais moderadas quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, ao mesmo tempo em que exercem proteção a direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Estabelece o Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07 fev. 2014.

BRASIL. **Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp105.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.209 de 11 de maio de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

_____. **Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso, XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.

_____. **Lei nº 11.690 de 09 junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/2008/11690.htm>>. Acesso em 10 fev. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Com a palavra as partes. São Paulo: **Boletim IBCCrim**. N. 188, jul., 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES; Antônio Scarance ; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação infraconstitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUSA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e democracia constitucional**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.