

DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA POR PARTICULAR NO PROCESSO PENAL

Bruno César Gonçalves da Silva

Mestre em Direito Processual pela PUC-Minas

Professor de Processo Penal no IEC/PUC-Minas

Advogado Criminalista

Resumo: O presente artigo analisa a quem se dirige, no processo penal, a proibição de obtenção de elemento de prova por meio ilícito: somente aos órgãos públicos incumbidos da persecução penal ou também aos particulares?

Palavras-chave: prova – meio de prova – prova ilícita – particular – processo penal

Abstract: The present article analyzes to whom is directed, in the criminal proceeding, the prohibition of attainment of element of evidence by illicit way: only to the agency public charged of the criminal persecution or also to the particular ones?

Keywords: evidence – way of evidence – illicit evidence – particular – criminal proceeding

A QUEM SE DIRIGE A PROIBIÇÃO DE PROVA: SOMENTE AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS INCUMBIDOS DA PERSECUÇÃO CRIMINAL OU TAMBÉM AOS PARTICULARES?

Pretende-se, neste trabalho, abordar-se a extensão do princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas, ou seja, analisar-se a quem se dirige a proibição de obtenção de elemento de prova por meio ilícito.

Neste campo a doutrina divide-se formando duas correntes: a primeira delas sustenta que tal vedação somente se dirige aos órgãos públicos incumbidos da persecução penal, notadamente aos órgãos policiais, e que somente quando o Estado produtor da prova a obtenha por meios ilícitos será aplicável o princípio em questão. De outro lado, uma segunda corrente doutrinária sustenta que tal vedação possui âmbito de incidência mais amplo, e postula que o princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito tenha incidência, independentemente da qualificação da pessoa ou órgão produtor da prova aplicando-se, portanto, também aos particulares, quando estes violarem direitos fundamentais na obtenção de elementos de prova.

Na doutrina e jurisprudência norte-americana, conforme noticia Hairabedián (2002, p. 47), prevalece o entendimento de que tal vedação somente se dirija à dissuasão das más condutas realizadas pelos órgãos policiais.

Observe-se que, segundo este autor: “[...] *las exclusiones probatorias están impostas sólo para disuadir conductas no deseadas de funcionarios ha sido reiteradamente expuesto por el derecho judicial estadounidense*”¹, sendo entendimento prevalente na doutrina americana que: “[...] *el primer fundamento de la regla de exclusión es la protección de los derechos de los individuos contra la inconducta policial [...]*”². (WALKER *apud* HAIRABEDIÁN, 2002, p. 56.)

Hairabedián (2002, p. 80.) demonstrando o quanto tal posicionamento é sedimentado no direito norte-americano, informa que para o mesmos, “[...] *la regla [de exclusión] está impuesta para disuadir conductas de la policía que deniegan a los acusados sus derechos constitucionales [...]*”³.

¹ “[...] que as exclusões probatórias estão impostas só para dissuadir condutas não desejadas de funcionários vem sendo reiteradamente exposto pela jurisprudência estadunidense”. (Tradução nossa.)

² “[...] o primeiro fundamento da regra de exclusão é a proteção dos direitos dos indivíduos contra a má conduta policial [...]”. (Tradução nossa.)

³ “[...] a regra [de exclusão] está imposta para dissuadir condutas da polícia que denegam aos acusados seus direitos constitucionais [...]”. (Tradução nossa.)

Na doutrina brasileira, Oliveira (2006) faz coro com a corrente predominante no Direito norte-americano, dizendo que:

Mais do que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, a aludida norma constitucional cumpre uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre uma função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica. (OLIVEIRA, 2006, p. 297-298.)

E afirma ainda, em outra obra, que:

É dizer: como é o Estado quem juridicamente deve responder pela atividade probatória na fase de investigação criminal a **efetividade** ou **eficácia** da norma da vedação das provas ilícitas se concretiza é mesmo entre as autoridades que promovem tais investigações. Essa a razão de termos apontado uma função **pedagógica** reservada à norma do art. 5º, LVI: a sua aplicação concreta terminaria por desestimular e enfraquecer novas incursões ilícitas na produção da prova para o processo penal. (OLIVEIRA, 2004, p. 198). (Grifos do autor.)

Percebe-se que os partidários desta perspectiva consideram como finalidade da regra de exclusão unicamente dissuadir e/ou prevenir violações praticadas pelos agentes dos órgãos públicos incumbidos da persecução penal.

Andrade (1992), abordando a perspectiva predominante nos EUA, traz à baila o seguinte:

As coisas são, a este propósito, relativamente óbvias e lineares para o direito americano, onde, por princípio, não subsistem obstáculos à valoração processual destes meios de prova. Isto em nome duma concepção das *exclusionary rules* como normas de estrutura processual, primacialmente dirigidas a disciplinar a acção da polícia, seu destinatário normal. (ANDRADE, 1992, p. 153.)

Ainda sobre o entendimento presente na doutrina norte-americana, prossegue o mesmo autor dizendo:

Daí a admissibilidade dos meios de prova obtidos por particulares à custa, *v. g.*, de fraude ou coação, apropriação indevida, intromissão em casa alheia, devassa e atentado ao *right privacy*. Provas como fotografias, gravações, vídeogramas, diários, ilicitamente obtidas por particulares são, de resto, particularmente saudadas pelo seu qualificado valor probatório. (ANDRADE, 1992, p. 153.)

Roxin (2003), por sua vez, ao analisar a extensão das regras de exclusão também aos particulares que pratiquem violação de direitos fundamentais para obtenção de elementos de prova, salienta que:

Las pruebas pueden ser obtenidas no sólo por los órganos de persecución penal, sino también por particulares [...]. Cuando esos particulares proceden en ello ilícitamente (p. ej., sustraen documentos) y ponen a disposición de las autoridades de la investigación las pruebas así obtenidas, se cuestiona si las pruebas obtenidas pueden ser valoradas en el procedimiento penal⁴. (ROXIN, 2003, p. 206.)

Sobre tal questionamento, Roxin (2003) ao discorrer sobre os elementos de prova obtidos *“en el ámbito privado”*, relata que no processo penal alemão as mesmas seriam aceitas *“sin ningún tipo de limites”*.

Roxin (2000) exemplifica:

Es decir, lo que el autor del delito cuenta a sus conocidos o a otros sujetos particulares sobre su crimen, puede usarse para probar su responsabilidad, si llega a oídos de las autoridades encargadas de la investigación⁵. (ROXIN, 2000, p. 141.)

Prosseguindo sua análise, Roxin (2003, p. 206) sustenta que nesta hipótese essas provas seriam inicialmente admissíveis pois, para ele as proibições de obtenção da

⁴ “As provas podem ser obtidas não só por órgãos da persecução penal, mas também por particulares [...]. Quando esses particulares procedem de forma ilícita [por ex., subtraem documentos] e colocam à disposição das autoridades da investigação as provas assim obtidas, questiona-se se essas mesmas provas podem ser valoradas no procedimento penal.” (Tradução nossa.)

⁵ “Quer dizer, que o que o autor do delito conta a seus conhecidos ou a outros sujeitos particulares sobre seu crime, pode ser usado para se provar sua responsabilidade, se chega aos ouvidos das autoridades encarregadas da investigação.” (Tradução nossa.)

prova “[...] sólo están dirigidas a los órganos de la persecución penal [...]”, excluindo-as apenas “[...] para casos de extrema violación de los derechos humanos”⁶.

Exceção a este entendimento só se verifica no caso de particulares atuarem “no interesse e às ordens das instâncias formais”, isto tanto para o direito norte-americano como para o direito alemão. (ANDRADE, 1992, p. 154-158, *passim*.)

Roxin (2000, p. 143) considera que no caso “[...] en el que la Policía pone a su servicio a personas particulares (la mayoría conocidos del sospechoso) y los usa para descubrir al culpable [...]” é “[...] absolutamente rechazable [...]” a utilização dos elementos de prova assim obtidos⁷.

Nas palavras de Andrade (1992):

Quando tal se dá, nomeadamente quando os particulares agem assumida e conscientemente às ordens e sob a direcção da polícia, os meios de provas por eles logrados estarão tendencialmente sujeitos ao mesmo regime das provas produzidas pela polícia. (ANDRADE, 1992, p. 154.)

Apesar da posição relatada por Roxin (2003), Andrade (1992, p. 155) noticia que no direito alemão há “[...] convergência da doutrina e da jurisprudência germânicas em torno da tese da possibilidade da subsunção dos meios de prova produzidos por particulares à figura e ao regime geral das proibições de prova”. Relata ainda este autor que:

Se subscreve generalizadamente a tese de que os meios de prova adquiridos por **particulares não representam qualquer caso especial, antes devendo ter rigorosamente o mesmo tratamento dos meios de prova resultantes de acto da autoridade pública**. (ANDRADE, 1992, p. 155.) (Grifo do autor.)

Para Otto, citado por Andrade (1992):

Não tem qualquer interesse saber se os meios de prova foram conseguidos pelas autoridades competentes em processo penal, por outrem a seu pedido ou pura e simplesmente, por um

⁶ “[...] só estão dirigidas aos órgãos da persecução penal [...]”, excluindo-as apenas “[...] para casos de extrema violação dos direitos humanos.” (Tradução nossa.)

⁷ Roxin (2000, p. 143) considera que no caso “[...] em que a Polícia põe a seu serviço pessoas particulares (a maioria conhecida do suspeito) e os usa para descobrir o culpado [...]” é “[...] absolutamente rechaçável [...]” a utilização dos elementos de prova assim obtidos. (Tradução nossa.)

particular. O respeito pela dignidade humana persiste invariavelmente como substrato da idéia de direito cuja lesão está aqui em causa [...] o respeito pela idéia de direito não impõe apenas aos órgãos estaduais de perseguição penal que renunciem a produzir, eles próprios, meios de prova que correspondam ao sacrifício do respeito pela dignidade humana. Para além disso, reclama também que, em ordem à satisfação do interesse estadual da perseguição penal, eles não retirem qualquer proveito dos atentados à dignidade humana levados a cabo por outros com vista a este mesmo fim. (OTTO *apud* ANDRADE, 1992, p. 155-156.)

Sob a ótica deste trabalho, tendo por premissa que a finalidade da norma que institui o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é a proteção de direitos fundamentais, entende-se que a mesma deve estender-se aos particulares, pois tanto os órgãos públicos incumbidos da persecução penal como os particulares podem, durante a atividade probatória, violar direitos fundamentais.

Entre os autores que sustentam serem inadmissíveis as provas ilicitamente obtidas por particulares, destaque-se inicialmente Serrano (1990), para quem:

[...] la valoración de las pruebas que sean obtenidas a consecuencia de injerencias desproporcionadas habrá de considerarse inadmisibile, desde un punto de vista constitucional y legal, como se ha señalado, **y tanto si la vulneración del derecho ha sido obra de un órgano del Estado, como si es debida a la actuación de un particular**, y de igual modo también si la prueba ha sido obtenida directa o indirectamente en reclamación con la lesión del derecho infringido⁸. (SERRANO, 1990, p. 333-334.) (Grifo nosso.)

Prosseguindo na abordagem do tema, Serrano (1990, p. 333) menciona, em nota de rodapé, que a jurisprudência norte-americana mostra-se contrária à extensão da proibição de prova àquela obtida ilicitamente pelo particular, tendência esta que também seria encontrada em parte nas doutrinas alemã e italiana.

⁸ "A valoração das provas que sejam obtidas em conseqüência de ingerências desproporcionadas deverá ser considerada inadmissível do ponto de vista constitucional e legal, quer a violação do direito tenha sido por obra de um órgão do Estado ou devido à ação de um particular, bem como se a prova foi obtida direta ou indiretamente com a lesão de um direito infringido." (Tradução nossa.)

Entretanto, ainda na mesma nota de rodapé mencionada, este autor considera que:

[...] parece que tiene razón PASTOR BORGOÑÓN quando afirma que carece de sentido limitar la labor investigadora de los funcionarios mientras no se controla adecuadamente a los particulares. "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", Justicia 86, II, pp. 347. **Téngas además en cuenta lo peligroso que sería dejar las manos libres, en este sentido, a las compañías privadas de seguridad**⁹. (SERRANO, 1990, p. 334.) (Grifo nosso.)

Também na doutrina espanhola tem-se, no mesmo sentido, o entendimento de Miranda Estrampes (2004), que assim discorre sobre o tema:

Frente a aquellas posiciones, doctrinales y jurisprudenciales, que limitan la inadmisibilidad o exclusión de la prueba ilícita a la obtenida por autoridades o funcionarios públicos, pero no cuando se trata de particulares, **opinamos que su tratamiento debe ser el mismo con independencia de quien o quienes lleven a cabo esta labor de búsqueda y obtención de fuentes de prueba**. A estos efectos carece de importancia el carácter de la persona (funcionario público o particular) que obtiene la fuente de prueba de forma ilícita dada la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales como derechos individuales¹⁰. (MIRANDA ESTRAMPES, 2004, p. 28-29.) (Grifo nosso.)

Igualmente, em nota de rodapé, Miranda Estrampes (2004), assim como Serrano (1990), cita Pastor Borgoñón. Observe-se:

⁹ "Parece que tem razão PASTOR BORGOÑÓN ao afirmar que não se pode limitar o trabalho investigatório dos funcionários se não se controlar adequadamente o dos particulares. [...] **Deve-se ainda levar em consideração o perigo que seria deixar as mãos livres, neste sentido, das companhias privadas de seguridade.**" (Tradução e grifos nosso.)

¹⁰ "Frente a essas posições, doutrinárias e jurisprudenciais, que limitam a inadmissibilidade ou exclusão da prova ilícita à obtida por autoridades ou funcionários públicos, mas não quando se trata de particulares, **somos da opinião que o tratamento deve ser o mesmo, independentemente de quem leve a cabo esta tarefa de busca e obtenção dos elementos de prova**. Para este efeito não tem importância a qualidade da pessoa (funcionário público ou particular) que obtenha o elemento de prova de forma ilícita, dada a eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais como direitos individuais." (Tradução e grifo nosso.)

Igual opinión sostienen PASTOR BORGONÓN, B., 'Eficacia en el proceso...', cit., pág. 346, para quien 'no tiene sentido que se mantenga que los funcionarios, que recogen a fuentes de prueba sirviendo el interés público en la averiguación de la verdad, están limitados en su labor investigadora por las restricciones que impone el debido respeto a los derechos fundamentales de la persona, interés que se considera debe prevalecer, y que los particulares, que sirven un interés privado, están sujetos a un control menor en lo que se refiere al modo en que han obtenido las fuentes de prueba que pretenden incorporar al proceso'¹¹. (MIRANDA ESTRAMPES, 2004, p. 29.)

Hairabedián (2002) também acena para a inadmissibilidade de elementos de provas obtidos por particulares com violação a normas de direitos fundamentais, destacando ser esta a posição da doutrina e do Tribunal Constitucional espanhol. Observe-se:

En España se advierte el rechazo a la valoración de pruebas inconstitucionales logradas por particulares. Por ejemplo, Rovira Canto entiende que las exclusiones deben abarcar a las pruebas obtenidas por cualquier persona **"pues es indudable que los particulares – y no sólo la policía como sostiene la jurisprudencia norteamericana – pueden obtener pruebas violando derechos fundamentales"** y en la misma línea el Tribunal Constitucional español ha extendido expresamente el ámbito de la ineficacia a aquellas evidencias obtenidas por particulares¹². (HAIRABEDIÁN, 2002, p. 664-665.) (Grifo nosso).

¹¹ "Igual opinião sustentam PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso...", cit., pág. 346, para quem 'não tem sentido que se mantenha que os funcionários, que recorrem fontes de prova servindo o interesse público na averiguação da verdade, estão limitados em seu trabalho investigador pelas restrições que impõe o devido respeito aos direitos fundamentais da pessoa, interesse que se considera que deva prevalecer, e que os particulares, que servem a um interesse privado, estão sujeitos a um controle menor no que se refere ao modo com que tenham obtido as fontes de prova que pretendem incorporar ao processo'." (Tradução nossa.)

¹² Na Espanha se encontra o repúdio a valoração de provas inconstitucionais obtidas por particulares. Por exemplo, Rovira Canto entende que as exclusões devem alcançar as provas obtidas por qualquer pessoa "pois é inquestionável que os particulares – e não só a polícia como sustenta a jurisprudência norte americana – podem obter provas violando direitos fundamentais" e na mesma linha o Tribunal Constitucional espanhol estendeu expressamente ao âmbito de ineficácia aquelas provas obtidas por particulares." (Tradução e grifo nossos.)

Na doutrina brasileira Fernandes (2005) assim se posiciona:

Pretendendo pôr fim ao dissenso na doutrina e na jurisprudência, o legislador constituinte vedou expressamente a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). **Pouco importa quem conseguiu a prova. Normalmente, deriva de ato de autoridades encarregadas da persecução penal, mas também pode resultar de atividades desenvolvidas por particular.** (FERNANDES, 2005, p. 92.) (Grifo nosso.)

UM CASO PARADIGMÁTICO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em decisão de 21/06/2000, o Supremo Tribunal Federal realizou um julgamento paradigmático para a abordagem da questão em tela, vale dizer, o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 251.445-GO¹³, cuja ementa dispõe que:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).

O Relator do Recurso Extraordinário, Ministro Celso de Mello, em seu voto, afirmou que:

[...] a cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. [...] qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído.

Em derradeira consideração afirmou o Relator que:

[...] No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo [...] mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação [...] **ou, ainda que não**

¹³ Informativo 157 do STF.

se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. (Grifo nosso).

As circunstâncias do caso em comento foram as seguintes: fotografias, que eram elementos de prova do tipo penal do art. 241 da Lei nº 8.069/90¹⁴, que foram subtraídas do consultório odontológico do acusado por um menor, que as utilizou para extorqui-lo. Não tendo êxito em seu intento, o menor entregou-as à Polícia. Conforme o próprio Ministro Relator:

Esse, pois, é o quadro fático, dentro do qual caberá analisar-se a questão concernente à licitude, ou não, da utilização, em juízo, pelo Estado, de material fotográfico incriminador, cuja apreensão, pela Polícia, no curso de investigação penal, somente ocorreu, porque entregue pelo menor adolescente que o havia furtado do consultório profissional de um dos recorridos.

Como fundamentos utilizados na decisão do Ministro Relator Celso de Mello incluem-se:

[...] O poder de acusar supõe o dever estatal de provar, licitamente, a imputação penal; [...] que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas; [...] a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada, sempre – pelos juízes e Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade; [...] A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável [...].

Especificamente no que se refere ao ponto principal do caso em comento e central deste trabalho, ou seja, da prova ilicitamente obtida por particular, assim se fundamentou o Ministro Relator:

[...] **Se**, no entanto, como ocorreu no caso ora em exame, **a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular**, e a *res furtiva*, por efeito de investigação criminal promovida por agentes policiais, for por estes apreendida, **também aqui** – mesmo não sendo imputável ao Poder Público o

¹⁴ O art. 241 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) teve sua redação alterada em 2003 pela Lei nº 10.764/03. Segue aqui transcrita a redação original do dispositivo, pois no caso em comento era a norma vigente à época. Art. 241: “Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.

gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico, posto que concretizado por um menor infrator – **remanescerá caracterizada a situação configuradora de ilicitude da prova.** (Grifos do Acórdão.)

O Ministro Relator referiu-se, neste ponto, ao magistério de Grinover (1982)¹⁵, para quem – tratando-se de prova ilícita, especialmente daquela cuja produção derivar de ofensa à cláusula de ordem constitucional – não se revelará aceitável, para efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico, mostrando-se indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado:

A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, **sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional**, em prejuízo das partes ou de terceiros. **Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade.** Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; [...]. (GRINOVER, 1982, p. 151. *In*: Acórdão do RE n.º 251.445-GO.) (Grifos do Acórdão.)

Em seu voto o Ministro Relator citou ainda uma passagem da obra de Vânia Siciliano Aieta, afirmando que:

Atualmente, a teoria majoritariamente aceita é a da inadmissibilidade processual das provas ilícitas (colhidas com lesões a princípios constitucionais), **sendo irrelevante a averiguação, se o ilícito foi cometido por agente público, ou por agente particular, porque, em ambos os casos, lesa princípios constitucionais.** (Grifo do Acórdão.)

Tendo como ponto de partida que a finalidade precípua do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos seja a de assegurar a tutela dos

¹⁵ A propósito cf.: Grinover (1982, p. 151).

direitos fundamentais passíveis de afetação durante a persecução penal, inadmitindo-se os elementos de prova resultantes dessa violação, é quase que um dado imediato da consciência a conclusão de que a violação a direitos fundamentais praticada por particulares que se lancem na atividade probatória, com vista à obtenção de elementos de prova, encontra-se no âmbito de incidência da norma constitucional inferida do art. 5º, LVI, da Constituição da República.

Assim, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no paradigmático Acórdão do Recurso Extraordinário n.º 25.1445-GO andou bem ao entender como aplicável ao caso, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

CONCLUSÃO

Após essa sintética exposição a cerca do tema, o presente estudo nos permite extrair algumas conclusões, como as descritas a seguir:

a) As provas ilicitamente obtidas por particular são inadmissíveis no processo penal, pois tanto os órgãos públicos incumbidos da persecução penal como os particulares que se lançam à atividade probatória podem violar direitos fundamentais na obtenção dos elementos de prova.

b) No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 251.445 o Supremo Tribunal Federal entendeu corretamente que o âmbito de incidência da norma do art. 5º, inc. LVI, abarca as violações a direitos fundamentais praticadas por particular quando estes se lançam na atividade probatória, podendo ser tomando como um marco paradigmático na discussão do tema.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra, 1992. 343 p.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional.** 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 396 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. 288 p.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002. 287 p.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. La prueba obtenida ilícitamente por particulares. *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, 2001/B p. 663-674, Jul. 2002.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal.** 2. ed., rev. e ampl. Barcelona: Bosch, 2004. 195 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 3. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 759 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 237 p.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.** Trad. Carmen Gómez Rivero e Maria del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. 158 p.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. 601 p.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidades y derechos fundamentales en el proceso penal.** Madrid: Colex, 1990. 352 p.