

**FACULDADE DE JUSSARA – FAJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO
MICHAEL DOUGLAS FERREIRA SILVA**

**PROVAS ILÍCITAS
DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS**

JUSSARA-GO

2013

MICHAEL DOUGLAS FERREIRA SILVA

PROVAS ILÍCITAS
DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de graduação em Direito, pela Faculdade de Jussara – FAJ, sob a orientação da Prof^a. Roneide Moreira Domingues Maia.

JUSSARA-GO

2013

FACULDADE DE JUSSARA – FAJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO
FOLHA DE APROVAÇÃO

Monografia intitulada **PROVAS ILÍCITAS: DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS**, elaborado por **MICHAEL DOUGLAS FERREIRA SILVA**, apresentado à Banca Examinadora como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito outorgado pela **FACULDADE DE JUSSARA – FAJ**.

Aprovado emdede 2013, pela Banca Examinadora constituída pelos professores:

Profª. Roneide Moreira Domingues Maia
(Presidente da Banca)

Prof. Gisley Alves de Farias
(Membro da Banca)

Prof. Diogo Teruel Neto
(Membro da Banca)

Jussara,dede 2013.

Ao meu Senhor Jesus Cristo que sempre me deu forças para lutar e vencer quaisquer obstáculos que a vida nos prepara, principalmente nas horas mais difíceis, também à minha amada mulher que além de companheira para todas as horas, muito me ajudou nesta difícil batalha, e aos meus pais, que sempre estiveram comigo me incentivando e ajudando nas horas difíceis.

AGRADECIMENTOS

Sinceros agradecimentos a toda minha família, fonte e base de tudo. Agradeço a minha amada mulher que sempre esteve presente comigo nos momentos mais difíceis e cansativos, tendo compreensão e ao mesmo tempo me dando forças para vencer. Agradeço de coração o meu pai, ao qual me incentivou a fazer o curso de Direito, procurando me guiar no melhor caminho possível, e antes de tudo, a ser uma pessoa boa e justa, assim como minha mãe que sempre me deu carinho, amor, e educação, sempre se preocupando comigo nas difíceis batalhas da vida. Aos meus dois irmãos, agradeço por fazerem parte da minha vida. Muito obrigado querida família. Sempre serei muito grato por tudo!

Devo muitos agradecimentos à minha Orientadora que me ajudou bastante dispondo de seu precioso tempo a me orientar na produção deste belo trabalho, e por sempre estar à disposição quando mais precisei de ajuda. E aos meus colegas de classe, ao qual sempre estiveram juntos comigo nesta batalha de cinco anos. Obrigado a todos por tudo!

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo levar ao leitor um conhecimento maior a respeito de um tema muito importante no processo penal brasileiro “as provas”. Serão apresentados breves relatos históricos sobre as provas no que diz respeito aos meios utilizados nos séculos anteriores até os dias atuais, ressaltando que antes, a tortura meio trivial utilizado para se chegar à confissão, isso perdurou por muitos anos. Atualmente, são vários os meios de provas que o Código de Processo Penal disponibiliza. Destes meios podemos citar o exame do corpo de delito, e perícias em geral; o interrogatório do acusado; a confissão; as declarações do ofendido; os depoimentos das testemunhas; o reconhecimento de pessoas e coisas; a acareação; os documentos; os indícios; e a busca e apreensão. Todos os meios de provas possuem uma especificidade, ou seja, cada um tem sua função, porém, nem por isso existe hierarquia entre os mesmos. O fulcro principal deste trabalho diz respeito às provas ilícitas. Como já sabemos são vários os meios de provas, porém, para se chegar a uma prova devem ser respeitadas normas constitucionais e legais. Quando na obtenção de uma prova houver violação às normas constitucionais ou legais, essa (prova) passaria a ser considerada ilícita, sendo desse modo inadmissível no processo penal. Entretanto, existe o primado da proporcionalidade dos valores contrastantes, onde se admite a utilização e valoração da prova ilícita desde que para a defesa de um direito maior do que aquele a ser violado.

Palavras-Chave: Das Provas – Provas Ilícitas – Inadmissibilidade – Princípio da Proporcionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 – DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DAS PROVAS.....	11
1.1 – A Trajetória.....	11
CAPÍTULO 2 – DAS PROVAS.....	16
2.1 – Conceito de Provas.....	17
2.2 – Princípio do Livre Convencimento Motivado.....	17
2.3 – A Verdade Material (ou Verdade Real) e a Verdade Formal.....	19
2.4 – Ônus da Prova.....	20
2.5 – A Classificação das Provas	22
2.6 – Os Meios de Provas.....	23
2.6.1 – Interrogatório.....	24
2.6.1.1 – Direito ao Silêncio e <i>Nemo Tenetur Se Detegere</i>.....	26
2.6.2 – Da Confissão.....	27
2.6.3 – Do Exame do Corpo de Delito.....	28
2.6.4 – Das Declarações do Ofendido.....	30
2.6.5 – Das Testemunhas.....	31
2.6.6 – Do Reconhecimento de Pessoas e Coisas.....	34
2.6.7 – Da Acareação.....	35
2.6.8 – Dos Documentos.....	36
2.6.9 – Dos Indícios.....	37
2.6.10 – Da Busca e Apreensão.....	38
CAPÍTULO 3 – DAS PROVAS ILÍCITAS.....	41
3.1 – Da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas.....	41
3.1.1 – A Prova Ilegítima.....	46
3.1.2 – A Prova Emprestada.....	47
3.2 – Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (<i>Fruits of the Poisonous Tree</i>).....	48
3.3 – Teoria do Encontro Fortuito de Provas.....	52
3.4 – Princípio da Proporcionalidade dos Valores Contrastantes (Aproveitamento da Prova Ilícita).....	54

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....60

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....61

INTRODUÇÃO

No sistema processual penal pátrio existem vários meios de provas dispostos no Código de Processo Penal Brasileiro, no Título VII, artigos 155 a 250.

Para discorrer sobre as provas no processo penal, necessário saber o que é uma prova, qual é o fim que se busca com ela, ou seja, sua definição e sua finalidade. Para tanto, existem alguns conceitos que de acordo com os estudos de grandes doutrinadores como OLIVEIRA, TOURINHO FILHO E AVENA, podemos dizer que prova é o elemento introduzido no processo pelas partes processuais, tendo por objetivo a elucidação dos fatos criminosos, com todas suas circunstâncias e a apuração de sua autoria, isso, para fornecer ao julgador (magistrado) elementos suficientes para prolação da sentença.

Pode-se dizer que é a partir da prova produzida que o magistrado formará sua convicção no que diz respeito ao processo. Isso está disposto no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal Brasileiro, que prevê o seguinte:

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.

Note que o juiz deve formar sua convicção nas provas que são produzidas em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente em provas produzidas na fase de investigação policial (Inquérito Policial), ressalvadas as provas cautelares que não podem ser repetidas e as antecipadas. Assim, se por ventura, houver receio, por algum motivo, de que no dia de julgamento a prova possa não mais existir, esta pode ser valorada pelo juiz ainda que produzida apenas na fase de investigação policial.

Quanto maior for a coerência entre a prova e a realidade dos fatos, mais preciso será o julgamento. OLIVEIRA em seus ensinamentos diz que a finalidade da prova “é a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo” (2012, p. 317). Assim, conclui-se que com as provas se busca a reconstrução da verdade.

São vários os meios de provas expressos no Código de Processo Penal, tais como o exame do corpo de delito e perícias em geral, o interrogatório do acusado, a confissão, as declarações do ofendido, os depoimentos das testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, os documentos, os indícios e a busca e apreensão.

Entre os meios de provas não existe hierarquia, ou seja, nenhuma prova é superior à outra, o que se tem é uma especificidade entre elas. Por especificidade entende-se que cada uma tem sua função, ou seja, cada uma tem sua especialidade de acordo com o caso concreto. Como por exemplo, o exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios.

Do exposto, percebe-se que os meios de prova são amplos, abrangendo várias formas. Em decorrência destas variações de formas e meios, é até óbvio que existam algumas restrições acerca da obtenção e uso da prova, o que é de suma importância, pois, quando uma prova violar normas constitucionais ou legais, será considerada inadmissível no processo, sendo esta prova tida como ilícita.

Devemos entender como prova ilícita aquela obtida através de uma violação às normas constitucionais ou infraconstitucionais, impondo o desentranhamento (retirada do processo). Também inadmissíveis no processo são as provas derivadas das ilícitas, ou seja, a prova passa a ser considerada inadmissível no processo devido a fonte de obtenção ilícita contaminar, transferir a ilicitude à prova. Trata-se do que a doutrina denomina de “*teoria dos frutos da árvore envenenada*”.

Entretanto, essas provas ilícitas por derivação nem sempre serão consideradas inadmissíveis, pois, o Código de Processo Penal faz uma ressalva às provas que não tiverem evidenciado o nexo de causalidade ou puderem ser obtidas por fonte independente. Tudo, segundo o disposto no artigo 157 *caput*, e §1º, do Código de Processo Penal Brasileiro.

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.

A vedação expressa na lei das provas ilícitas tem por fim controlar a regularidade da atividade persecutória dos intervenientes processuais, inibindo a utilização de práticas probatórias ilegais.

Entretanto, nem sempre as provas ilícitas serão consideradas inadmissíveis e, conseqüentemente, não serão desentranhadas do processo. Essa é uma possibilidade muito importante que devemos entender. Trata-se da aplicação do *princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes*.

Esse princípio diz respeito ao aproveitamento das provas ilícitas e tem sido empregado pelos tribunais, de forma restritiva, ao aproveitamento das provas ilícitas, quando o indivíduo pratica uma violação em defesa de seus bens jurídicos.

O aproveitamento das provas ilícitas deve ser precedido de ponderação, confronto entre os bens jurídicos em conflito, ou seja, deve prevalecer aquele de maior relevância, e este irá prevalecer perante o menor. Como exemplo, tem-se o caso de um indivíduo que adentra na residência de outra pessoa para pegar provas de sua inocência, visando livrar-se de uma possível condenação ilegal. No caso, o indivíduo procurou obter a prova ilícita para se proteger de uma eventual injustiça penal ante a possível condenação de um inocente.

Neste caso, irá prevalecer o princípio da liberdade da pessoa humana, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência da inviolabilidade de domicílio.

Todas as questões relacionadas às provas serão mencionadas neste trabalho, procurando discorrer, de forma clara e precisa, sobre o tema provas, abordando suas principais peculiaridades, de modo que o leitor entenda, sem dificuldades, tema tão importante que trata sobre as provas e, em especial, as consideradas ilícitas.

CAPÍTULO 1 – DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DAS PROVAS

Para falarmos sobre algo tão importante como a prova, mais precisamente na esfera processual penal, necessário que tenhamos uma maior concepção sobre a matéria em questão.

Essa necessidade de maior compreensão torna necessário o breve desenvolvimento histórico das provas até se chegar à atualidade. Assim, poderemos analisar o tema de uma forma mais ampla e haverá uma maior facilidade para absolvermos o conhecimento, pois, para tratar de temas atuais urge que se saiba um pouco sobre o passado, ou seja, sobre as fontes e seu contexto de origem.

Tudo que existe se originou de algo, ou seja, tudo tem sua fonte. Segundo GRECO, “fonte, no seu sentido mais amplo, quer dizer lugar de procedência, de onde se origina alguma coisa” (2009, p. 15).

Devemos ter em mente que, para se chegar aos vários meios de provas que a lei hoje dispõe, foram necessárias algumas mudanças, pois anteriormente não havia expressa previsão do direito da dignidade da pessoa humana, e eram usados todos os meios imagináveis para se chegar à verdade. Eram praticados meios muito violentos, tendo como principal, a tortura, onde muitas vezes o indivíduo era praticamente obrigado a dizer o que queriam ouvir, não refletindo, nesses casos, a verdade dos fatos.

Com o passar dos anos, estudiosos e juristas daquela época foram analisando e chegaram à conclusão que os meios utilizados não eram aptos para o desenvolvimento da prova plena, ou seja, a verdade sobre os fatos, pois, os indivíduos coagidos e manipulados, devido às intervenções corporais, confessavam a autoria de crimes que não haviam praticado para se livrarem de torturas. Foram através dos erros do passado, que se desenvolveram os meios e espécies de provas permitidas na atualidade.

1.1 – A Trajetória

Ao longo de toda sua história, o direito sempre se preocupou com a reconstrução da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade dos fatos. Essa preocupação com a verdadeira realidade dos fatos existe há vários séculos. Desde o início o homem se preocupou em punir àquelas pessoas que eram consideradas culpadas por

determinada conduta tida como ilegal, porém, nem sempre eram punidos somente os culpados, em várias situações também ocorriam punições de inocentes.

No período Pré-Cristianismo há muitos relatos sobre o início dos meios de prova, tendo sempre intervenção do Estado autoritário nas relações com o intuito de reparar determinado dano, utilizando-se, comumente, para se chegar à verdade dos fatos, a prática de castigos, penas corporais e a tortura, sendo esta também muito utilizada como forma de reparação dos prejuízos causados.

Corriqueiramente inocentes confessavam a prática de determinado crime cometido por outra pessoa, para evitar que fossem vítimas de meios violentos utilizados para a obtenção da verdade. Nessa época, os direitos da pessoa, praticamente não existiam.

Já em Atenas, não se permitia aos escravos o juramento da verdade, pois, eram considerados indignos da palavra e não tinham valor algum. Assim, eram submetidos à tortura.

No Egito, a justiça era realizada pelas autoridades religiosas (Igreja), ao qual adotavam o sistema inquisitório que consistia na junção das funções de acusação e de julgamento em uma só pessoa ou órgão.

Nesse período (pré-cristianismo) eram comuns os métodos de tortura, destacando-se a lei de Talião, conhecida pela célere frase “olho por olho, dente por dente” (se o indivíduo agredia uma pessoa, aquele receberia um castigo corporal como meio de sanção, e se tirasse a vida de alguém, com a vida o homicida pagaria). Assim, a referida lei, datada de 2.000 a.C., uma das mais antigas existentes, autorizava a intervenção corporal. Também com meios muito violentos, vigeu o Código de Hamurabi (talhado em uma rocha), que disciplinava como sanção a amputação de órgãos e quebra de ossos.

Também no direito romano, os meios de provas eram muito parecidos com os demais no tempo antigo, destacando-se a tortura, meio utilizado para a obtenção da confissão que era prova suficiente para a condenação.

Houve uma grande mudança no direito romano, onde a justiça romana passou a adotar o sistema acusatório, porém, essa mudança só veio a ocorrer durante os períodos monárquico e republicano.

Logo, Roma passou por outra mudança, onde a justiça do país fixou suas regras (normas) em códigos, o que ocorreu no período pós-clássico. Suas normas eram criadas através de suas fontes, destacando-se o costume, ou seja, a tradição romana.

O ônus da prova no direito romano cabia às partes. As referências ao ônus da prova eram escassas, o que se justificava pelo fato do direito romano se fundar no princípio do livre convencimento do juiz, assim, como também ao juiz era autorizado não se pronunciar.

No sistema romano canônico (sistema de regras) da Igreja Católica a produção das provas, que antes era inteiramente vinculado às crenças religiosas, com o passar dos anos tornou-se uma responsabilidade de toda humanidade. No sistema canônico, era adotado o sistema inquisitório. O sistema inquisitório era o meio que a Igreja Católica utilizava para combater alguns grupos religiosos que tinham hábitos diferentes, com outras adorações. A inquisição era muito utilizada e temida, pois, admitia-se a tortura (onde a confissão obtida era considerada como a verdade dos fatos), e logo houve a criação do tribunal da inquisição. Os tribunais de inquisição eram inteiramente ligados ao direito e a religião, tendo em vista o grande crescimento da Igreja Católica.

Vale lembrar que a inquisição era muito temida devido a crueldade que utilizavam na prática da tortura, como exemplo, tem-se a amputação de membros, e até mesmo a morte em praça pública.

É imprescindível mencionarmos o período da Idade Média (entre os séculos V e XV), onde eram muito utilizadas as ordálias. Sendo também importante que saibamos que o marco inicial da Idade Média se deu com a invasão da Europa pelos povos bárbaros, isso fez com que se resgatasse o sistema acusatório no processo penal daquela época.

O sistema processual vigente à época, baseado na crença, onde havia a presença de juramentos e as ordálias (usada para determinar a culpa ou a inocência do acusado) eram espécies de prova jurídica onde não dependiam do juízo do homem, e sim de um juízo divino.

O ilustre doutrinador TOURINHO FILHO chega a citar alguns exemplos de obtenção da verdade dos fatos no sistema ordálico:

“[...] havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...] a do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de

ferro em brasa, se nada lhe acontecesse, seria inocente, se se queimasse, sua culpa seria manifesta [...]” (1992, p. 216).

Podem-se classificar as ordálias da Idade Média em unilaterais e bilaterais. As ordálias unilaterais fazem referência ao julgamento divino, já as bilaterais referem-se ao duelo de espadas. Nesse período admitiam-se todos os meios de provas para se chegar à verdade.

Devido aos meios utilizados para obtenção da prova (confissão), dos quais se destacava a tortura, dentre outras intervenções corporais, foram feitos alguns movimentos liberais com o intuito de abolir tais métodos, pois, aqueles se mostravam inúteis para a justiça. E esses movimentos, ocorridos entre os séculos XVII e XVIII obtiveram êxito em suas pretensões, extinguindo o sistema tarifado e as intervenções corporais.

Houve uma verdadeira evolução no sistema probatório, ocorrendo em 1730 relatos da primeira proibição de tortura no tribunal de Nápolis, na Itália.

O fato de um indivíduo ser torturado para confessar a prática de um crime, se tornava tão inútil que devido ao intenso sofrimento físico, aquele acabava confessando algo que até mesmo não cometeu. Demonstrava assim, a ineficácia do método.

De todo o exposto, no que diz respeito à utilização da tortura para se obter a confissão, são os entendimentos de GOULART, pois, em seus ensinamentos demonstra que na história da prova a utilização da tortura se mostrava ineficaz e insuficiente para se aplicar uma sentença justa, além de ferir a integridade da pessoa humana.

No século XVIII, o reformador e jurista Cesare Beccaria defendia o postulado básico do sistema probatório, segundo ao qual “ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo”, sendo que, a tortura fazia com que o indivíduo agisse de forma contrária. Pode-se parcialmente concluir que foi a partir do século XVIII houve a exclusão da tortura na legislação da maioria dos países.

Após essa evolução os especialistas processuais se preocuparam com a reconstrução da verdade e fizeram alguns estudos até chegarem à conclusão de que as provas deveriam ser submetidas à livre apreciação dos julgadores, ou seja, com base em sua íntima convicção. Porém, esse sistema processual (íntima convicção) não foi muito admitido pelos estudiosos (doutrinadores), pois, defendiam a tese de que todas as decisões judiciais deveriam ser

providas de uma fundamentação, ou seja, o motivo que levou o julgador a chegar àquela decisão.

No nosso ordenamento jurídico existe o sistema da íntima convicção, porém, apenas no tribunal do júri, onde os jurados decidem sem nenhuma fundamentação, apenas com sua íntima convicção.

Na atualidade, o sistema adotado pelo Código de Processo Penal é o livre convencimento motivado, onde o juiz é livre para decidir devendo fundamentar suas decisões nas provas produzidas em contraditório judicial. Isso, de acordo com a lei nº. 11.690/08, que alterou dispositivos do CPP, relativos à prova. Vejamos o que dispõe o *caput* 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.

Do exposto, conclui-se que ao proferir uma sentença o magistrado deve sempre fundamentar sua decisão nas provas produzidas em contraditório, não podendo embasar naquelas produzidas na fase de investigação policial, a não ser as de caráter urgente, devendo sempre observar a necessidade, adequação e proporcionalidade de todas as medidas.

Necessária essa trajetória histórica para que os meios de provas pudessem evoluir, e para que a sociedade não se sentisse mais coagida ao poder do estado, como ocorreu séculos atrás. Foi esta evolução que abriu portas para a produção de provas que pudessem fornecer uma certeza jurídica, uma verdade real, com respeito aos direitos e garantias constitucionais da pessoa humana.

CAPÍTULO 2 – DAS PROVAS

No direito Processual Penal as provas são muito importantes, pois, estas têm um papel fundamental na ação penal. As provas servem para sustentar uma alegação, seja ela acusatória ou mesmo defensiva, sobre determinado fato tido por criminoso.

Para AVENA o objetivo da prova é auxiliar o juiz sobre a veracidade das alegações das partes sobre determinado fato e suas circunstâncias, vejamos:

No Processo Penal, a produção da prova objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo. Não se destina, portanto, às partes que a produzem ou requerem, mas ao magistrado, possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal (2010, p. 460).

Nesse mesmo diapasão, temos os ensinamentos de TOURINHO FILHO, vejamos:

A finalidade da prova é tornar esse fato conhecido do juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, que ocorreram desta ou daquela maneira.

É o juiz quem vai dizer se o acusado é culpado ou inocente, e pra tanto ele precisa saber o que realmente aconteceu, quando e como aconteceu. Seu trabalho se equipara a de um historiador que procura, com os meios de que dispõe, reconstituir fatos passados (2010, p. 232).

O nosso Código de Processo Penal, nos proporciona vários meios de provas. E estas provas também tem o condão de sustentar e fundamentar a decisão de um juiz que irá aplicar uma sentença em um determinado caso concreto. Porém, estas provas devem ser produzidas sob a presença do contraditório judicial e da ampla defesa.

Vejamos o que dispõem o art. 5º, LV, da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Contraditório judicial é a possibilidade de contradizer as provas acostadas aos autos pela acusação, ou seja, quando é alegado algum fato criminoso contra alguém, este tem o direito de resposta, de dar sua versão sobre o fato. Já a ampla defesa é o direito que aquela pessoa que

está sendo acusada de algum crime, tem de ter uma defesa efetiva por defensor devidamente habilitado, ou seja, a pessoa tem direito a defesa técnica de um advogado.

Como já anteriormente mencionado, o nosso CPP dispõe de diversos meios de provas onde cada um possui sua função de acordo com a natureza e as circunstâncias do fato criminoso. Nos tópicos seguintes serão abordados os vários meios de provas, suas finalidades e alguns preceitos que devem ser respeitados na sua utilização.

2.1 – Conceito de Provas

A palavra prova se originou do latim “*probatio*” (do verbo *probare*), que significa examinar, demonstrar, convencer.

Provas são todos os instrumentos que tenham relação com determinado fato, e que trazem ao processo a maior certeza possível, demonstrando a verdadeira realidade dos fatos, suficientes para se chegar a uma condenação ou mesmo a uma absolvição. São os instrumentos aptos a formar a convicção do magistrado quanto à existência ou não de uma situação.

Para um melhor entendimento da definição de prova, utilizamos os ensinamentos do ilustre doutrinador OLIVEIRA, definindo prova como “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo” (2012, p. 317).

TOURINHO FILHO conceitua prova de uma forma diferenciada, vejamos:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entende-se, também, por prova, os elementos produzidos pelas partes ou pelo juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos (2010, p. 231).

2.2 – Princípio do Livre Convencimento Motivado

No nosso ordenamento processual penal a prova tem por finalidade trazer ao processo meios legais que tenham relação com determinado fato (objeto do processo) e que estes contenham elementos suficientes que possam convencer o juiz a respeito da verdade daquele fato e de sua autoria, ou seja, a finalidade da prova é o convencimento do juiz que é seu

destinatário, através dos meios legais pertinentes sobre a realidade de determinado fato que ocorreu. O objeto da prova de determinado fato, são aqueles pertinentes, relevantes, e que não sejam submetidos à presunção legal.

O juiz é livre para apreciar a prova, no qual através dela formará sua convicção. No entanto, o juiz ao formar sua convicção, deverá fundamentar qual foram os motivos que o levaram a decidir daquela maneira e não de modo diverso. Essa fundamentação decorre do princípio do livre convencimento motivado e deve ter relação com as provas que foram produzidas e apresentadas em contraditório judicial, ou seja, para haver uma condenação o juiz deve ter por fundamentos as provas que foram produzidas em contraditório judicial.

O princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional permite que o juiz leve em consideração um único testemunho, ainda que este seja contrário a vários outros. Entretanto, essa consideração que o juiz tem sobre aquele testemunho deve ter respaldo com outros meios de provas, ou seja, deve ter consonância com outras provas que foram produzidas no processo, além de sua fundamentação.

Portanto, não poderá haver condenação fundamentada em provas que foram apresentadas na fase de investigação. Vejamos:

Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório (STF – HC nº. 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13.08.96).

Do exposto, pode-se concluir que o juiz não pode fundamentar sua decisão somente naqueles elementos que foram colhidos em sede de inquérito policial.

Porém, existe uma ressalva que devemos mencionar, onde o juiz pode fundamentar sua decisão nos elementos colhidos na fase de investigação. São aquelas provas que não podem ser repetidas na fase de instrução criminal, ou seja, em contraditório judicial, seja pelo fato de não mais existir, ou por qualquer outra circunstância que prejudique ou impossibilite a apresentação da prova em sede de contraditório judicial.

Vejamos o disposto no *caput* do art. 155, do Código de Processo Penal com redação dada pela lei nº. 11.690/08, e o disposto no inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal de 1988:

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.

Art. 93 [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob, pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

É importante destacarmos que a prova tem por objeto os fatos pertinentes ao processo, ou seja, aqueles que não tiverem relação com os fatos são irrelevantes, não servindo como provas e estes devem ser recusados pelo juiz da causa.

Os fatos inúteis, impertinentes e irrelevantes são aqueles que não influenciam no processo. GRECO FILHO diz que “[...] só devem ser provados os fatos relevantes, que são aqueles que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa. Os fatos irrelevantes são, na realidade, também impertinentes” (2010, p. 187).

2.3 – A Verdade Material (ou Verdade Real) e a Verdade Formal

O Processo Penal Pátrio, no que diz respeito às provas, não admite a verdade formal, aquela que é presente no Processo Civil, onde a simples ausência de impugnação dos fatos na inicial acarreta uma certeza presumida sobre aqueles fatos não impugnados.

Vejamos o que o Código de Processo Civil dispõe sobre a verdade formal: “Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados [...]” (art. 302, *caput*, do CPC).

Em outras palavras pode-se dizer que a verdade formal é aquela que decorre de uma presunção legal.

No Processo Penal, o que se exige é uma verdade material e não uma verdade formal. O doutrinador OLIVEIRA, defende a ideia da verdade material, pois, esta, diferentemente da verdade formal pugna pela reprodução fiel dos fatos. Vejamos:

Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 302, CPC), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material (2012, p. 324).

Não se admite um conceito de certeza presumida, tal como ocorre no Processo Civil, pois, no Processo Penal tudo deve ser provado e não presumido.

2.4 – Ônus da Prova

Inúmeros doutrinadores pátrios defendem a ideia de que em face do primado constitucional da não-culpabilidade, todo o ônus *probandi* é transferido à acusação, a qual deve produzir as provas.

Tratando-se de ação penal pública, cabe ao Ministério Público como órgão da acusação (isso não impede que o MP apresente provas favoráveis ao réu) o ônus probatório, tendo por base todas as provas colhidas na fase de investigação e existentes na denúncia.

Nesse sentido, temos jurisprudência do STF, a qual se lê o seguinte:

Se o Ministério Público oferece denúncia contra qualquer réu por crime de corrupção de menores, cumpre-lhe demonstrar, de modo consistente - e além de qualquer dúvida razoável -, a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando documentalmente, mediante certidão de nascimento, a condição etária (menor de dezoito (18) anos) da vítima do delito tipificado no art. 1º da Lei nº 2.252/54.

[...]

A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da

garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório (STF – HC nº. 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13.08.96).

Faz-se necessário saber que o ônus da prova que cabe a acusação, estará sempre presente ainda que o réu confesse o crime. É dizer: ainda que o réu confesse todos os fatos que lhe foram imputados, não são suficientes para acarretar uma condenação se não houver suporte em provas produzidas pela acusação, ou seja, não há que se falar em condenação se a acusação não tem àquelas provas suficientes. Se não houver provas suficientes para alicerçar uma condenação, aplica-se o princípio *in dubio pro reu* (na dúvida, a favor do réu), ou seja, deve-se absolver o réu por falta de provas.

Não pode o juiz produzir provas, pois, haveria uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial. O que impede o juiz de tal iniciativa é o princípio da igualdade das partes, a *par conditio* (paridade de armas), os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a imparcialidade de convicção e de atuação do juiz. O juiz não tem a função de produzir provas para uma futura condenação do réu, e sim a função de analisar e apreciar todas as provas legais produzidas e apresentadas em contraditório judicial para se chegar a uma decisão.

Diante de tais princípios, torna-se bem claro que o juiz não pode empreender atividade probatória de iniciativa da acusação, mais precisamente do órgão ministerial (Ministério Público).

Pode-se dizer que o ônus da prova cabe a quem alega, mas, é de suma importância que saibamos que isso não é absoluto.

Vejamos o disposto no art. 156, do CPP, com redação dada pela lei nº. 11.690/08, e que acrescenta os incisos I e II, ao mesmo dispositivo:

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.

Veja que o juiz tem capacidade para influir na prova (ordenar e determinar), e não de produzi-la.

O que prevê o inciso I, do art. 156, do CPP, diz respeito àquelas provas nas quais existam receios de que no dia de audiência, em contraditório judicial, estas provas não mais existam. Podemos citar como exemplo um senhor já com idade avançada e, com problemas de saúde, venha a ser vítima de um crime e, devido a seu estado de saúde é levado para o hospital em situação de risco. Se possível, pode ser ordenado pelo juiz antes de iniciada a ação penal, que ali mesmo seja tomada as declarações daquele senhor, pois, se por ventura chegar a falecer não haverá meios para se chegar à autoria.

Há doutrinadores que defendem a ideia de ser inconstitucional o disposto no inciso I, do art. 156, do CPP, acrescentado pela nova lei, pois, haveria ali uma brecha para que o juiz praticasse atos próprios da acusação, pelo fato de que estaria produzindo provas ao ordenar sua antecipação com eventual fortalecimento da imputação contra o suspeito, quando a iniciativa cabe à acusação.

Também se torna importante destacarmos que se o juiz estiver diante de uma situação em que a defesa deixou de apresentar alguma prova que pode trazer uma possibilidade de demonstração da inocência do réu, suficiente para que o juiz possa dar uma sentença absolutória, o magistrado pode, de ofício, requerer a realização de diligências que julgar necessárias para uma melhor elucidação.

Neste caso, o disposto no inciso II, do art. 156, do CPP, acrescentado pela lei nº. 11.690/08, o juiz não estará praticando nenhuma função do órgão ministerial, ou seja, nenhuma atividade da acusação. O que se busca é dirimir dúvida sobre um ponto muito relevante, o risco de uma possível condenação de um inocente, algo que deve ser evitado de todo modo possível.

2.5 – A Classificação das Provas

As provas são classificadas pela doutrina quanto ao objeto, quanto ao seu efeito, quanto ao sujeito e quanto à forma.

De forma simplificada podemos dizer que, quanto ao objeto, a prova pode ser Direta ou Indireta. É Direta quando se refere diretamente ao fato, ou seja, faz parte integral do ocorrido;

é Indireta quando se refere a outro fato, mas, que se permite chegar àquele que se quer provar. Neste caso existe uma relação entre ambas, apesar de não fazer parte integral daquele fato.

Quanto a seu efeito, a prova é dividida em Plena e não Plena. É Plena a prova que é concludente, que traz certeza ao julgador, não restando dúvida (ex: corpo com certidão de óbito); não Plena é aquela que produz probabilidade e não certeza, ou seja, trata-se de uma presunção.

A prova classificada quanto ao Sujeito, pode ser Real e Pessoal. É Real a prova que consiste na própria coisa (ex: objeto do furto); e Pessoal é aquela realizada por meio da narração, declaração de uma pessoa (vítima), onde esta irá discorrer o que aconteceu.

Quanto à forma, a prova pode ser material, documental e testemunhal. A prova Material é aquela produzida através de exames, perícias, vistorias, etc. (ex: vestígios); a Prova Documental é aquela produzida através de instrumentos escritos (ex: papéis); e a prova Testemunhal que é uma das mais utilizadas no processo, é aquela que é produzida através da oitiva de pessoas, ou seja, de seu depoimento. É o caso das pessoas que presenciaram um crime.

2.6 – Os Meios de Provas

O ilustre doutrinador GRECO FILHO conceitua que os meios de provas “são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato” (2010, p. 188).

O Código de Processo Penal Pátrio dispõe sobre as provas em seu Título VII, nos artigos 155 a 250, prevendo vários meios de provas em seus capítulos, dos quais podemos mencionar o exame do corpo de delito e perícias em geral, o interrogatório do acusado, a confissão, as declarações do ofendido, os depoimentos das testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, os documentos, os indícios e a busca e apreensão.

GRECO FILHO defende a ideia de ser possível a utilização de outros meios de provas além dos previstos no Código de Processo Penal, vejamos:

Outros, porém, são admissíveis, desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade.

É admissível, portanto, uma inspeção judicial, não disciplinada expressamente no Código de Processo Penal, mas adequada ao processo ocidental, tanto que está prevista no Código de Processo Civil (2010, p. 188-189).

Cada meio de prova tem uma função diferenciada, não existindo hierarquia entre elas. Como toda prova tem por finalidade trazer ao processo, meios para se chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos, por existirem vários fatos tidos por criminosos, faz-se necessário que cada meio de prova tenha sua especificidade para determinado fato, ou seja, a prova deve ser específica de acordo com a necessidade da natureza do fato. De tal modo ressalta-se que não existe hierarquia entre os meios de provas, o que existe é uma especificidade.

Sobre a especificidade dos meios de provas temos como bom exemplo o art. 158, do CPP, que concerne ao exame do corpo de delito, quando a infração deixar vestígios e não tiverem desaparecidos. Note que, neste exemplo, caso ainda esteja presente algum tipo de vestígio do crime, torna-se imprescindível o exame do corpo de delito.

2.6.1 – Interrogatório

Primeiramente, torna-se importante sabermos das alterações trazidas pela lei nº. 11.719/08, nos procedimentos do processo penal, e que o ajustou a um modelo acusatório (não inquisitivo). Esse dispositivo legal simultaneamente alterou a ordem do interrogatório, que antes, era o primeiro ato da audiência, passando a ser o último, visando oportunizar ao réu o conhecimento de todas as imputações e provas que a acusação tenha a seu desfavor, ou seja, o interrogatório como meio de prova, passou a ser considerado, também, como um meio de defesa, na qual está inserido fundamentalmente o princípio da ampla defesa.

O *caput* do art. 400, do CPP, com redação dada pela lei nº. 11.719/08, prevê o interrogatório como último ato da audiência. Vejamos:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Agora, já tendo conhecimento da inovação que trouxe a nova lei nos procedimentos do processo penal, podemos discorrer sobre o interrogatório como um meio de prova, trazendo esclarecimentos claros e precisos.

O interrogatório é um direito do réu, onde este irá ser qualificado e dará esclarecimentos sobre os fatos que lhe são imputados, desenvolvendo sua defesa. O interrogatório deve ser realizado na presença de advogado.

Impõe-se nulidade absoluta do processo se não for dada oportunidade ao réu de ser submetido ao interrogatório, pois, neste caso haveria violação ao princípio da ampla defesa. A nulidade está relacionada à oportunidade de defesa do réu, para que este exerça a autodefesa. Contudo, só ocorrerá a nulidade absoluta se houver algum prejuízo para o réu. Súmula nº. 523, do STF: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

A necessidade da prova de um prejuízo está previsto no art. 563, do CPP, Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Quando intimado para audiência e logo comparecendo à autoridade judicial, àquele (acusado) será antes de tudo qualificado e logo interrogado acerca das imputações que lhe são feitas. É de se concluir que o interrogatório do acusado é dividido em duas partes: uma sobre a pessoa do acusado e outra sobre os fatos.

No caso do acusado se encontrar preso, este será interrogado onde se encontra, e é claro na presença de advogado. Nestes casos, deve ser observada a garantia à segurança de todos.

Existem algumas situações em que o juiz não irá interrogar o acusado no estabelecimento prisional em que se encontra, nem mesmo ordenará sua locomoção à sala de audiências no Fórum. São as situações em que houver risco à segurança de todos ou por questões de ordem pública, dentre outras situações. Nestes casos o interrogatório poderá ser realizado por recursos de transmissão de imagem em tempo real, suficientes para viabilizar o interrogatório. Vejamos o que dispõe o art. 185, §1º e §2º, do CPP:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§1º. O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a

segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

§2º. Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

É de suma importância mencionar que, o interrogatório não é ato privativo do juiz, pois, este indagará das partes se ficou algum fato que não foi esclarecido, sendo que, neste caso, poderão as partes formular perguntas, assim, como também ocorre o interrogatório em sede de investigação policial, presidido pela autoridade policial (Delegado de Polícia).

No interrogatório presidido pelo juiz de direito, caso necessário, este poderá a todo tempo proceder a novo interrogatório, de ofício ou a pedido das partes. Isso segundo o art. 196, do CPP, com redação dada pela lei nº. 10.792/03, A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes. Antes do advento da referida lei, o art. 196, do CPP, previa que “A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório”. Note que não havia previsão da possibilidade de pedido fundamentado das partes.

2.6.1.1 – Direito ao Silêncio e *Nemo Tenetur Se Detegere*

O direito ao silêncio se traduz no direito de permanecer calado e da não autoincriminação. Contudo, há de se observar que o direito a não autoincriminação não encontra previsão expressa, sendo este, um princípio das garantias constitucionais.

O direito a permanecer calado, é alicerçado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5, inciso 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”.

Em qualquer interrogatório o réu ou indiciado, poderá exercer seu direito ao silêncio, é uma tradução do primado do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir), onde o interrogando não é obrigado a produzir provas que o incrimine e que sustente a função da acusação.

Antes do interrogatório o acusado deverá ser qualificado e informado de todas as imputações que lhe são atribuídas, bem ainda do direito de permanecer calado (art. 186, *caput*, do CPP).

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas (Redação dada pela Lei nº. 10.792, de 01.12.03).

Essa informação do direito ao silêncio deve ser passado ao acusado sob pena de nulidade do interrogatório, o qual não terá validade alguma. Esse silêncio como direito do acusado, não poderá ser usado contra ele, vedando àquele provérbio do *quem cala consente*. Se este é um direito, como poderia ser sancionado o seu exercício? Existe aqui a vedação de valoração do silêncio em prejuízo da defesa. Art. 186, Parágrafo único. “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

2.6.2 – Da Confissão

A confissão consiste na confirmação das imputações feitas pela acusação, alegando a autoria dos fatos.

Portanto, a confissão não é suficiente para sustentar uma sentença condenatória, devendo àquele que confessar a autoria do crime ser perguntado sobre os motivos e as circunstâncias do fato, na qual deverá ser valorada com as demais provas. O valor da confissão é o mesmo dos elementos de provas.

Na oportunidade que tivemos em falar sobre o interrogatório, vimos que o silêncio não importará em confissão e nem poderá ser valorado em prejuízo da defesa. Porém, o silêncio poderá ser usado pelo juiz como elemento para a formação de seu convencimento (art. 198, do CPP).

Surge uma pergunta. Uma vez feita a confissão, esta poderá ser retratada? De acordo com o art. 200, do CPP, poderá. “A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

Na fase de investigação policial (fase pré-processual) aquelas provas que foram produzidas para dar suporte à acusação, deveram ser repetidas na fase instrutória da ação penal, isso, devido ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que não encontra suporte na fase pré-processual.

Contudo, na audiência de instrução e julgamento, o acusado não se encontra subordinado aos esclarecimentos prestados na fase de inquérito policial, podendo em sede de contraditório e ampla defesa apresentar outra versão de seus esclarecimentos anteriormente prestados, pois, este último supre os primeiros, devido à presença dos princípios (contraditório e ampla defesa).

2.6.3 – Do Exame do Corpo de Delito

Como já mencionamos, não existe hierarquia entre as provas, existe apenas uma especificidade entre elas, ou seja, cada meio de prova é específico de acordo com a natureza da infração para a reconstrução da verdade.

Portanto, a prova pericial é uma prova técnica da qual o conhecimento da certeza dos fatos depende de um conhecimento específico, produzido por pessoas habilitadas naquela área específica de acordo com a natureza do crime. Devem ser pessoas devidamente habilitadas e com instrução em curso superior.

O exame do corpo de delito consiste na perícia realizada diretamente sobre o objeto material do crime (exame do corpo de delito direto), e deve ser realizado por um perito oficial, porém, na falta deste, poderá o exame ser realizado por duas pessoas idôneas portadoras de diploma em curso superior, preferencialmente, na área específica da natureza do fato criminoso (art. 159, *caput*, e §1, do CPP, com redação dada pela lei nº. 11.690/08).

Cumpra observar que aquele perito não oficial (responsável pela realização das perícias solicitadas pelo poder judiciário) presta compromisso no desempenho de seu encargo, diferentemente do perito oficial que não presta o compromisso (§2, do art. 159, do CPP).

Segundo os ensinamentos de AVENA, o exame do corpo de delito possui duas características, podendo ser direto ou indireto. Vejamos:

Considera-se direto quando realizado pelo *expert* diante do vestígio deixado pela infração penal, por exemplo, a necropsia no cadáver.

Por outro lado, o exame indireto é aquele realizado com base em informações verossímeis fornecidas aos peritos quando não dispuserem estes do vestígio deixado pelo delito, inviabilizando-se, assim, a perícia direta [...] (2010, p. 528).

Deve-se ter muito cuidado quanto à imprescindibilidade do exame do corpo de delito, pois, quando a infração deixar vestígios e estes não tiverem desaparecidos o exame será indispensável e sua falta acarretará a nulidade do processo, isso, por ocasionar prejuízo à defesa do eventual réu. Portanto, não sendo possível a realização do exame do corpo de delito por haverem desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe sua falta. Note-se que, a prova testemunhal só irá suprir a falta do exame do corpo de delito se os vestígios que a infração deixou já tiverem desaparecidos, tratando-se de exame do corpo de delito indireto (arts. 158 e 167, do CPP).

Quando houver a realização do exame do corpo de delito e este for insuficiente para a elucidação dos fatos, será realizado um exame complementar. Temos como exemplo o crime de lesão corporal grave que resulta incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias. Neste caso, será realizado o primeiro exame e para caracterizar lesão corporal de natureza grave por incapacidade para as ocupações habituais, imprescindível se faz a realização de exame complementar, que neste caso deverá ocorrer após trinta dias contados da data do crime.

Vejamos o que dispõe o art. 168, do CPP:

Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

§ 1º No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.

§ 2º Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

§ 3º A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.

Em regra, os exames do corpo de delito poderão ser feitos em qualquer dia e a qualquer hora (art. 161, do CPP). No entanto, há determinados casos em que o exame do corpo de delito deverá obedecer a um prazo mínimo para que seja iniciado, como é o caso da autópsia.

A autópsia, segundo o disposto no art. 162, do CPP, deve ser realizada pelo menos 6 (seis) horas depois do óbito. Porém, há uma ressalva, como aqueles casos em que as evidências da morte já constatem a causa do óbito, sendo, neste caso, desnecessário o exame interno do cadáver. Exemplo: um acidente de trânsito em que a vítima teve o crânio esmagado. Note-se que neste exemplo, será suficiente o simples exame externo do cadáver, ou seja, a visualização do crânio esmagado (art. 162, parágrafo único, do CPP).

2.6.4 – Das Declarações do Ofendido

Em toda ação criminosa existe uma vítima, podendo ser um só indivíduo ou até mesmo uma coletividade. Portanto, as declarações do ofendido são sempre de suma importância para uma melhor elucidação dos fatos, pois, aquelas declarações fazem parte integral do fato, e nada melhor para se chegar à verdade dos fatos do que através da própria vítima. Porém, é bem verdade que existem algumas situações em que se torna impossível obter declarações do ofendido, como é no caso do crime de homicídio.

Portanto, vítima ou ofendido é aquela pessoa onde recai a conduta criminosa atribuída pelo criminoso em determinado fato. Sobre o conceito de ofendido e o objetivo de suas declarações, temos os ensinamentos de AVENA, vejamos:

O ofendido é o sujeito passivo da infração penal, aquele que sofreu diretamente a violação da norma penal. Neste contexto, o meio de prova rotulado como perguntas ao ofendido objetiva trazer para dentro do processo a versão prestada pela vítima da infração penal (2010, p. 580).

O ofendido deve dar suas declarações em sede pré-processual e em audiência judicial (quando for possível). Em sede de audiência é reservado ao ofendido espaço separado dos demais. A vítima de determinado crime não tem o compromisso de dizer a verdade, tal como ocorre com a testemunha, porém, se suas declarações derem causa à instauração de investigação policial e ação penal contra alguém que sabe ser inocente, este irá responder por crime de denúncia caluniosa, art. 339, do CP.

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

As declarações do ofendido devem obedecer ao disposto no art. 201, *caput*, do CPP, “Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações”.

O ofendido está sujeito à condução coercitiva, caso seja intimado para dar suas declarações e não compareça sem motivo justo (art. 201, §1, do CPP). Note-se que, apesar de ser sujeito passivo do crime, o ofendido pode ser conduzido coercitivamente caso intimado e não compareça para prestar suas declarações, sob o fundamento de que o ofendido estaria retardando a atividade daquela autoridade que visa o mais rápido possível a solução dos fatos.

No que diz respeito ao criminoso, devemos saber que é direito do ofendido ser comunicado da entrada e saída do acusado na prisão (art. 201, §2, do CP).

Existem providências que podem ser tomadas pelo juiz para a proteção à intimidade e a imagem do ofendido, isso, em determinados crimes que exijam tais medidas.

2.6.5 – Das Testemunhas

Entre tantos meios de provas que o Código de Processo Penal nos proporciona, pode-se dizer que a prova testemunhal é a mais frequente e utilizada no processo penal, pois, o depoimento feito pela testemunha é uma manifestação do conhecimento que se tem a cerca de um determinado fato tido por criminoso.

Assim, quanto mais rápido for colhido o depoimento de uma testemunha, maior será sua eficácia, pois, a demora pode prejudicar o conhecimento que se tem, tendo em vista tratar-se da memória de uma pessoa que como qualquer outra está sujeita ao esquecimento, prejudicando a qualidade de uma investigação.

Vale destacar que as pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem (art. 220, do CPP).

Em quase toda ação criminosa existem pessoas que presenciaram o crime ou até mesmo ouviram algo relacionado. Portanto, os depoimentos dessas pessoas são de suma importância para uma melhor elucidação do fato criminoso.

Toda pessoa poderá ser testemunha, é o que dispõe o art. 202, do CPP. E essas testemunhas farão suas declarações sob promessa de dizer a verdade do que souber ou lhe for perguntado (art. 203, do CPP).

Observa-se que a promessa de dizer a verdade sob palavra de honra, não se trata de um juramento. O que se tem é a existência de um dever moral, ou seja, existe um caráter de moralidade no dever de dizer a verdade, algo de caráter íntimo do depoente. Sobre esse conceito da promessa de dizer a verdade, também é a posição do ilustre doutrinador TOURINHO FILHO (1992, p. 278-279).

Dizemos que toda pessoa “poderá” ser testemunha, por que, como regra, o dever de depor é de todos, mas, para algumas pessoas o depoimento é facultativo, ou seja, algumas pessoas são dispensadas de depor, e outras são proibidas.

A dispensa de depor é fundamentada por uma presunção de que aquele depoimento prestado por àquela pessoa possa ser capaz de impedir uma correta e fiel reprodução da verdadeira realidade histórica dos fatos. Os fatores que podem influir no depoimento da testemunha e que são capazes de viciar os meios de obtenção da verdade dos fatos estão relacionados à consciência da pessoa, formação moral, cultural, e as circunstâncias do crime.

Vejamos o disposto nos arts. 206 e 207, do CPP:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Note que a testemunha não poderá se eximir da obrigação de depor. Entretanto, o art. 206, do CPP, que diz respeito aos laços afetivos decorrentes das relações de parentesco, prevê uma exceção à regra da obrigação de depor.

Porém, esta exceção não é absoluta, isso vem alicerçado sob o fundamento de que caso não seja possível obter provas para elucidação dos fatos por outros meios senão através do depoimento destas pessoas mencionadas no art. 206, estas não poderão se recusar, isso, por se tratar de um único meio *probandi*, e neste caso também será exigido o dever de dizer a verdade.

Já o art. 207, diz respeito às pessoas que são proibidas de depor em razão de seu exercício profissional e que devam guardar segredo, isso se dá em razão do profissionalismo.

Esta exceção ao dever de depor não é absoluta, pois, na parte final do art. 207, diz que àquelas pessoas podem depor caso sejam desobrigadas pela parte interessada, sendo, ainda, facultado ao profissional, ou seja, além de desobrigado pela parte interessada, o profissional só irá depor se quiser.

É importante destacarmos que a promessa de dizer a verdade prevista no art. 203, do CPP, também não se aplica as pessoas doentes e aos deficientes mentais, assim como aos menores de 14 (quatorze) anos (art. 208, do CPP). Isso se deve a diminuída capacidade intelectual de raciocínio.

Podemos parcialmente concluir que a testemunha é uma peça fundamental no processo penal, capaz de alicerçar juntamente com outras provas uma sentença justa.

Sendo de grande importância no processo, à testemunha em alguns casos, está sujeita ameaças por parte dos criminosos. E por este motivo foi criada a lei nº. 9.807/99, regulamentada pelo decreto nº. 3.518/00, que instituiu o Programa de Proteção Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas, a ser desenvolvido no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, sob a supervisão do Ministério da Justiça. A finalidade da lei nº. 9.807/99, é a proteção às vítimas e às testemunhas que são ameaçadas frequentemente devido ao conhecimento que possuem acerca de um determinado fato criminoso.

A doutrina costuma classificar as testemunhas em: testemunha referida; testemunha judicial; testemunha própria; testemunha imprópria ou instrumental; testemunha numerária; testemunha não compromissada ou informante; testemunha direta e indireta.

Para conceituar cada espécie de testemunhas, utilizaremos dos ensinamentos de AVENA.

Doutrinariamente, tem-se aplicado a seguinte classificação das testemunhas:

- a) Testemunha referida: é aquela que, embora não tenha sido arrolada nos momentos ordinários (denúncia ou queixa, para acusação; resposta à acusação, para o réu), poderá ser inquirida pelo juiz *ex officio* ou a requerimento das partes em razão de ter sido citada por outra testemunha, chamada de referente (art. 209, § 1º, do CPP) [...].
- b) Testemunha judicial: considera-se aquela inquirida pelo juiz independentemente de ter sido arrolada por qualquer das partes ou de ter sido requerida a sua oitiva [...].
- c) Testemunha própria: é a testemunha chamada para ser ouvida sobre o fato objeto do litígio, seja porque os tenha presenciado, seja porque deles ouviu dizer.
- d) Testemunha imprópria ou instrumental: é a que prestará depoimento sobre fatos que não se referem diretamente ao mérito da ação penal [...].
- e) Testemunha numerária: corresponde à testemunha regularmente compromissada, na forma do artigo 203, do CPP.
- f) Testemunha não compromissada ou informante: contempladas no artigo 208, do CPP, são aquelas dispensadas do compromisso em razão de presunção *jure et jure* no sentido de que são suspeitas as suas declarações. São os menores de 14 (quatorze) anos, os doentes mentais e os parentes do imputado elencados no artigo 206, do CPP [...].
- g) Testemunha direta: trata-se da testemunha que presenciou os fatos por meio dos sentidos [...].
- h) Testemunha indireta: é aquela que declara ao magistrado sobre o que não presenciou, mas soube ou ouviu dizer [...] (2010, p. 587).

2.6.6 – Do Reconhecimento de Pessoas e Coisas

Segundo OLIVEIRA, “trata-se de um mero procedimento, tendente à identificação de pessoas, de alguma maneira envolvidas no fato delituoso, e de coisas, cuja prova da existência e individualização seja relevante para a apuração das responsabilidades” (2012, p. 427).

A pessoa a ser identificada, se possível, será colocada ao lado de outras que com ela tiver semelhança. Se por acaso a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento se mostrar insegura ou tenebrosa devido à presença da pessoa a ser reconhecida, a autoridade competente irá providenciar para que o suspeito não a veja.

A proteção da pessoa que irá fazer o reconhecimento tem de não ser vista pelo suspeito, existe apenas na fase de investigação, pois, em sede de instrução criminal existe o contraditório e a ampla defesa, direitos estes que impedem àquela proteção, tendo em vista que o acusado tem direito de saber quais são as partes do processo e quais as imputações aplicadas.

Existindo mais de uma pessoa para fazer o reconhecimento de pessoas e coisas, estas irão fazer separadamente, evitando comunicação (art. 228, do CPP).

No que diz respeito ao reconhecimento de pessoas e coisas, temos o art. 226, do CPP, que dispõe sobre os modos de se proceder ao reconhecimento. Vejamos:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

2.6.7 – Da Acareação

Acareação consiste na confrontação de declarações feitas entre as partes para que se possa solucionar alguma controvérsia entre elas. O procedimento pode ser realizado tanto na fase de investigação quanto na fase de instrução criminal.

A acareação segundo o disposto no art. 229, do CPP, poderá ser realizada entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida e entre as pessoas ofendidas.

Sobre a acareação entre acusado e demais partes, concordamos com OLIVEIRA, pois, este alega ser desnecessário, por exemplo, acareação entre acusado e testemunhas, tendo em vista que o primeiro não tem o compromisso de dizer a verdade, diferentemente da testemunha. Vejamos:

“[...] a lei prevê a possibilidade de acareação até entre acusado e as testemunhas, quando se sabe que um (o réu) não tem qualquer compromisso com a verdade, enquanto o outro (a testemunha), sim! Em tais hipóteses, a acareação revela-se não só impertinente, mas absolutamente sem sentido” (2012, p. 428).

A acareação se mostra ainda mais sem sentido quando for realizada entre acusado e ofendido. Neste caso, a presença do acusado frente ao ofendido, irá fazer com que este (ofendido) se mostre inseguro, declarando fatos e circunstâncias a favor do acusado, isso, devido ao medo e a insegurança que se tem naquele momento.

2.6.8 – Dos Documentos

O conceito de documentos vem expresso no art. 232, do CPP, que dispõe, “Consideraram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

OLIVEIRA chega a dispor sobre o conceito de documentos de forma bem clara, sendo “qualquer manifestação materializada, por meio de grafia, de símbolos, de desenhos e, enfim, que seja uma forma ou expressão de linguagem ou de comunicação, em que seja possível a compreensão de seu conteúdo” (2012, p. 429).

Para a apresentação dos documentos não é necessário obedecer a um determinado momento (salvo os casos expressos em lei), pois, segundo o disposto no art. 231, do CPP, os documentos poderão ser apresentados pelas partes em qualquer fase do processo.

Portanto, tendo uma das partes um documento para ser usado como meio de prova, esta poderá apresentá-lo em qualquer fase do processo. Em se tratando de cartas, tem-se que o destinatário poderá apresentá-las em juízo sem que haja consentimento do signatário, pois, neste caso, o destinatário estaria agindo em defesa de seus direitos (art. 233, parágrafo único, do CPP).

Outro ponto importante para destacarmos é que o juiz tem autonomia suficiente para que de ofício requeira a juntada de documentos aos autos do processo, quando possível. Isso ocorre quando durante o processo chega-se ao conhecimento do juiz que existem documentos importantes e relevantes para aquele processo, e que os mesmos não foram apontados pelas partes do processo (art. 234, do CPP).

Todos os documentos apresentados no processo continuarão juntados aos autos até o fim do mesmo. Um ponto importante é que ao fim do processo a parte que apresentou os documentos poderá ter-lhes devolvidos.

Vejam os dispostos no art. 238, do CPP:

Art. 238. Os documentos originais, juntos a processo findo, quando não exista motivo relevante que justifique a sua conservação nos autos, poderão, mediante requerimento, e ouvido o Ministério Público, ser entregues à parte que os produziu, ficando traslado nos autos.

2.6.9 – Dos Indícios

Indícios são meios de constatação de circunstâncias que estão relacionadas a determinado fato criminoso, da qual se pode chegar a uma conclusão. Trata-se de um processo dedutivo.

O conceito de indícios está previsto no art. 239, do CPP. “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Um bom exemplo de indícios é no caso da legítima defesa. Quando uma pessoa está sendo agredida por outrem, e esta vítima se vê obrigada a fazer algo para cessar a agressão que pode resultar à sua morte, neste momento pega uma pedra e acerta a cabeça do agressor que com apenas um golpe vem a óbito. Neste exemplo, os indícios das circunstâncias do fato, bem como as lesões sofridas pela vítima, demonstram que o elemento subjetivo da conduta da vítima foi repelir a agressão.

Os indícios são muito importantes para o processo penal, juntamente quando associados aos demais meios de provas, pois, quanto mais eficiente se mostrarem as provas, maior será a certeza de um julgamento.

2.6.10 – Da Busca e Apreensão

Para que possamos inicialmente entender do que se trata a busca e apreensão, utilizaremos para tanto o conceito e a distinção que AVENA faz sobre o assunto. Vejamos:

Por busca compreendem-se as diligências realizadas com o objetivo de investigação e descoberta de materiais que possam ser utilizados no inquérito policial ou no processo criminal. Trata-se de uma atitude de procura, a ser realizadas em lugares ou em pessoas. Já por apreensão depreende-se o ato de retirar alguma coisa que se encontre em poder de uma pessoa ou em determinado lugar, a fim de que possa ser utilizada com caráter probatório ou assecuratório de direitos (2010, p. 623).

Conforme o exposto, existem duas espécies de busca e apreensão: busca domiciliar e a busca pessoal. Ambas podem ocorrer tanto na fase de investigação, como no curso da ação penal, sempre quando estiverem presentes fundadas razões quanto à urgência e a necessidade da medida.

Para ocorrer à busca domiciliar se faz necessária a expedição de mandado judicial da autoridade competente. O mandado deverá indicar a casa, o nome da pessoa, o motivo, e os fins da diligência (art. 243, I, do CPP).

A busca domiciliar será autorizada por vários motivos determinantes, aos quais se encontram presentes no Código de Processo Penal, no art. 240, §1º, nas alíneas “a” a “h”. Vejamos:

Art. 240. [...]

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;

- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

O cumprimento do mandado judicial de busca e apreensão domiciliar, que tem validade em todo território nacional, só poderá ocorrer durante o dia, e não consentindo o morador com a entrada, esta será forçada. Quando na busca for encontrado o que se procura, esta será apreendida.

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

[...]

§ 2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

[...]

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

No caso de ocorrer busca e apreensão domiciliar durante a noite sem consentimento do morador, aquela autoridade estará praticando crime de abuso de autoridade (art. 3º, “b”, da Lei nº. 4.898/65).

Nesse mesmo diapasão, temos o art. 5º, XI, da Constituição Federal de 1988, que dispõe o seguinte:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

A busca pessoal pode ocorrer independentemente de mandado judicial, sendo necessário a simples suspeita daquela pessoa. Vejamos o art. 244, do CPP:

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

No caso de mandado de busca pessoal, este deverá constar o nome da pessoa ou os sinais que a identifiquem (art. 243, I, do CPP).

CAPÍTULO 3 – DAS PROVAS ILÍCITAS

Como já sabemos as provas têm por finalidade trazer ao processo, meios que possibilitem ao magistrado a fundamentação de suas decisões, porém, estas provas devem ser de natureza lícita, pois, a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal não admitem o uso de provas consideradas ilícitas como fundamento de decisão judicial, vez que elas violam direitos e garantias individuais.

Ressalta-se, provas ilícitas são todas aquelas obtidas com violação às normas constitucionais ou legais. Por sua vez, são consideradas normas constitucionais aquelas previstas na Constituição Federal. Exemplo de normas legais são as previstas no Código de Processo Penal.

Do exposto, podemos dizer que prova lícita é aquela apta a integrar o processo e que obedeça alguns preceitos, ou seja, algumas disposições legais previstas na legislação pátria.

Veremos detalhadamente nos tópicos seguintes teorias e considerações acerca das provas ilícitas, tema de relevância e muito discutido na atualidade.

3.1 – Da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

Neste momento, já temos a noção do que seja uma prova ilícita, ou seja, são provas obtidas através de violações às normas constitucionais ou legais, e que estas não podem ser consideradas válidas (admitidas) no processo penal.

Antes de qualquer coisa, devemos saber que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Veja que a Carta Magna prevê a inadmissibilidade das provas que foram obtidas por meios ilícitos, ou seja, através de violações às normas. Porém, tal dispositivo faz menção, apenas aos “meios ilícitos”. Contudo, acreditamos que isso pode também se estender aos “resultados”, ou seja, o meio pode ser lícito, porém, seus resultados ilícitos.

Nesse mesmo diapasão temos os ensinamentos de OLIVEIRA.

Na realidade, a vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada

judicialmente, mas ilícita quando não autorizada. No primeiro caso, a afetação (o resultado) do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto no segundo, não, disso resultando uma violação indevida daqueles valores.

Em tema de prova, portanto, mesmo quando não houver vedação expressa quanto ao meio, será preciso indagar ainda acerca do resultado da prova, isto é, se os resultados obtidos configurarem ou não violação de direitos. E se configurarem, se a violação foi e se poderia ter sido autorizada (2012, p. 336).

GRECO FILHO segue essa mesma linha de raciocínio ao alegar que a ilegalidade da prova vai além do meio de obtenção, e mais, diz que a prova ilícita é aquela que viola a ordem jurídica, pois, a ilicitude decorre da violação do sistema jurídico global. Vejamos:

[...] a ilicitude da prova não decorre apenas da ilicitude do meio de obtenção. De qualquer forma quis o legislador, na esteira da Constituição, preocupar-se com a ilicitude da origem, mas fê-lo mal.

[...]

A ilicitude decorre do sistema global da ordem jurídica, de modo que devemos entender como ilícita a obtenção que viole a ordem jurídica, não necessariamente a escrita na Constituição ou em lei formal (2010, p. 190).

Não só a CF/88 dispõe sobre as provas ilícitas, como também o Código de Processo Penal, isso, em seu artigo 157, *caput*, com redação dada pela lei nº. 11.690/08, ao prever que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Tal dispositivo, além de prever a inadmissibilidade das provas ilícitas, também dispõe que elas devem ser desentranhadas do processo, ou seja, as provas ilícitas por não serem admitidas no processo por violarem normas constitucionais ou legais, quando evidenciada tal ilegalidade, devem ser retiradas do referido processo.

OLIVEIRA em seus ensinamentos faz menção sobre esse desentranhamento das provas ilícitas no processo dizendo que, o juiz ao se deparar com a ilicitude, deve retirar dos autos as provas ilícitas antes da audiência, e se tiver conhecimento já na audiência, o juiz de imediato deverá apreciar a questão. E o ilustre doutrinador vai além dispondo sobre o cabimento de recursos da decisão de desentranhamento. Vejamos:

[...] deve o juiz apreciar a ilicitude da prova e o seu consequente desentranhamento dos autos antes da audiência de instrução criminal, ou seja, após a apresentação de 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.

[...]

A decisão que não reconhece a ilicitude da prova é irrecurável, o que não impede que seja reapreciada a matéria por ocasião de eventual recurso de apelação (2010, p. 336).

Sobre este último ponto comentado por OLIVEIRA (decisão que não reconhece a ilicitude), tem-se a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ – RE nº. 1.179.202/SP (2010/0025007-7), Rel. Min. Laurita Vaz.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 581 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INTERPOSIÇÃO DESSE RECURSO CONTRA DECISÃO DO JUIZ SINGULAR QUE REJEITOU O PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DE PEÇAS, POR JULGÁ-LAS PERTINENTES AO DESLINDE DA CAUSA. DESCABIMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, NA HIPÓTESE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Admite-se interpretação extensiva ou analógica às hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, "desde que a situação a que se busca enquadrar tenha similitude com as hipóteses do art. 581 do CPP" (REsp 197.661/PR, 6.ª Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 01/12/2008).

2. No caso, pretende o Recorrente interpretar extensivamente o inciso XIII do art. 581 do Código de Processo Penal, que prevê o cabimento do referido recurso em face de decisão "que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte". No entanto, essa previsão não se assemelha à hipótese dos autos, na qual a Defesa pretende reformar *decisum* que indeferiu pedido de desentranhamento de peças admitidas pelo Magistrado Singular como prova emprestada.

3. Recurso desprovido (STJ – RE nº. 1.179.202/SP, Rel. min. Laurita Vaz, julgado em 06.09.11).

GRECO FILHO diverge de OLIVEIRA no que diz respeito aos recursos, ao afirmar que “não há previsão de recurso contra decisão que determina o desentranhamento. Trata-se de

interlocutória simples contra a qual não cabe apelação (art. 593) ou recurso no sentido estrito (art. 581)” (2010, p. 191).

É de se observar que na doutrina existe certo conflito, no qual não aprofundaremos a respeito.

Provas ilícitas é tema de suma importância para o ordenamento jurídico e interpela situações do cotidiano, sem às vezes percebemos. Por exemplo, vejamos o que dispõe o art. 5º, inciso XI, da CF/88.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XI – a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia por determinação judicial.

Tal dispositivo diz respeito à inviolabilidade de domicílio, direito este garantido pela Constituição. Ao mesmo tempo dispõe sobre algumas exceções que podem ocorrer e não estará caracterizada a violação de domicílio (flagrante, desastre, prestar socorro e ordem judicial). Porém, ocorrendo qualquer situação que não esteja previsto no dispositivo, ora tratado, estará o indivíduo praticando crime de violação de domicílio.

Para melhor compreensão do exposto, vejamos a seguinte jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito de autoridade que contraria a inviolabilidade do domicílio para obter provas.

E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domini"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária.

[...]

A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum" (STF – HC nº. 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 03.04.2007).

Do exposto, podemos observar que todas as provas que forem obtidas por meios ilícitos devem ser dadas por inadmissíveis no processo, mesmo que dali tenha-se provas de autoria de um crime. E mais. Em surpreendente decisão do Supremo Tribunal Federal, foram dadas por ilícitas, provas que foram subtraídas de dentro de um consultório odontológico, que consistiam em algumas fotografias de natureza sexual envolvendo menores (art. 241, do ECA).

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

[...]

A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.- 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. 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, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular (STF – RE nº. 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 21.06.00).

De todo o exposto, podemos concluir que a Legislação Brasileira não admite provas obtidas através de violação às normas constitucionais ou legais. Porém, esta previsão de inadmissibilidade de provas ilícitas, expressa na CF/88, assim como, no CPP, não é absoluta, pois, existem algumas situações em que a prova considerada ilícita pode ser valorada e aceita no processo. Sobre estas situações deixaremos para discorrer em momento oportuno, em tópico específico.

3.1.1 – A Prova Ilegítima

A doutrina pátria costuma distinguir a prova ilícita da prova ilegítima, pois, alegam que ambas são espécies da prova proibida, sendo esta última o gênero.

As provas ilícitas são aquelas que contrariam as normas de direito material, assim, como também, os princípios e as garantias constitucionais, ou seja, aqueles que estão previstos na Constituição Federal. De outro lado, a prova ilegítima infringe normas no âmbito do sistema jurídico processual Penal. Ambas são inadmissíveis.

Um bom exemplo de prova ilegítima é a exibição de documentos em violação à forma esculpida no art. 479, do CPP, com redação dada pela lei nº. 11.689/08, no qual dispõe que “Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte”.

Note que, o art. 479, do CPP, prevê que para a exibição de documentos durante o julgamento, é necessário que tenha antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, sob o fundamento de que a outra parte tem direito a defesa, assim, esta deve saber de todas as provas e imputações que lhe são feitas, para que possa se defender. Caso a outra parte não cumpra a norma do referido dispositivo legal tais documentos serão tidos como ilegítimos, pois, contrariam normas do sistema jurídico processual penal.

3.1.2 – A Prova Emprestada

A prova emprestada nada mais é que uma prova obtida a partir de outra produzida em processo distinto, ou seja, é uma prova oriunda de outro processo que irá ser introduzida em processo distinto daquele.

OLIVEIRA chega a citar um exemplo de prova emprestada. Vejamos:

Em ação penal instaurada contra determinados réus, é possível, por exemplo, que, no caso de morte de uma testemunha, a acusação obtenha uma certidão com inteiro teor do depoimento por ela prestado em outra ação penal, envolvendo os mesmos fatos e outros acusados. Essa prova, assim obtida, seria denominada emprestada, porque produzida efetivamente em outro processo (2012, p. 359).

A obtenção dessa prova seria lícita, porém, sua introdução em outro processo e posterior valoração seria inadmissível, apesar de se tratar de depoimento envolvendo os mesmos fatos, porém, no exemplo acima, esse depoimento estaria envolvendo outros acusados.

A prova emprestada é considerada ilícita por violar o princípio do contraditório, pois, os envolvidos naquela prova emprestada não fazem parte daquele outro processo em que a prova será introduzida, assim, não teriam como se defenderem e manifestarem sobre o fato. Existe neste caso uma violação a norma constitucional, isso, por não se tratar de norma processual, pois, o contraditório como uma garantia constitucional tem relação ao devido processo legal.

3.2 – Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*Fruits of the Poisonous Tree*)

A teoria dos “frutos da árvore envenenada” é originária da jurisprudência norte-americana (*fruits of the poisonous tree*). Essa teoria se resume na inadmissibilidade das provas ilícitas, pois, trata-se de provas lícitas, porém, sua fonte é considerada ilícita e esta ilicitude se transmite às provas que dela (fonte) forem produzidas.

O Código de Processo Penal prevê a mencionada teoria em seu art. 157, § 1º, acrescentado pela lei nº. 11.690/08, que dispõe o seguinte:

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.

Há entendimento pretoriano do STF no sentido de que as provas coletadas legalmente, mas de origem ilícita, são inválidas, já que afetadas pela nulidade. Sobre o tema, temos jurisprudência do STF – HC nº. 93.050/RJ, em cuja ementa se lê, ao final:

“[...] a doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal” (STF – HC nº. 93.050/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 10.06.08).

Por serem consideradas provas ilícitas, ainda que por derivação, segue o disposto no *caput*, do art. 157, do CPP, ou seja, também devem ser desentranhadas do processo.

Seguindo esta premissa, vejamos agora o julgamento do Habeas Corpus nº. 64.096/PR, tendo por Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, com a aplicação da “*teoria dos frutos da árvore envenenada*”.

EMENTA: HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS

FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NULIDADE DE PROVAS VICIADAS, SEM PREJUÍZO DA TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Hipótese em que a instauração do inquérito policial e a quebra do sigilo telefônico foram motivadas exclusivamente por denúncia anônima.

[...]

Dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, que "não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (...) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal". A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal).

A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada".

Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de habeas corpus (STJ – HC nº. 64.096/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27.05.08).

No caso do HC acima mencionado o desentranhamento das provas ilícitas por derivação não causa o trancamento do Inquérito Policial, pois, basta à retirada das provas consideradas ilícitas para que o Inquérito Policial possa seguir com sua tramitação investigatória fundada em outras provas que não aquelas.

GRECO FILHO faz comentários a respeito do § 1º, do art. 157, do CPP.

O § 1º adotou a teoria do direito anglo-americano no sentido de que “a árvore má não pode produzir bons frutos”, estendendo a ilegalidade às provas derivadas. A dificuldade, porém, encontra-se nas ressalvas: não estar evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira (2010, p. 190).

Note que o doutrinador no final do seu comentário, faz referência à segunda parte do disposto no § 1º, do art. 157, “[...] 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”. Fala-se que ali existe uma dificuldade pelo fato de não ser possível saber

precisamente se de fato aquela prova poderia ser obtida através de outra, que não a ilícita e o fato de se provar que entre uma e outra não existe nenhuma relação.

O § 2º do mesmo dispositivo legal, que também foi acrescentado pela lei nº. 11.690/08 tenta elucidar a questão, porém, de forma confusa nesses termos: “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”.

De forma mais clara e precisa, podemos dizer que fonte independente é aquela fonte autônoma e que através dela também seria capaz de se chegar à prova desejada. Apesar da prova ter sido obtida por uma fonte ilícita, esta prova não será desentranhada dos autos, por existir outra fonte que seria capaz de produzir a prova desejada, e não unicamente aquela ilícita. Assim, fala-se que esta fonte seria uma fonte independente, pois, não dependeria da outra (ilícita) para se chegar à prova do fato.

O conceito previsto neste dispositivo (§ 2º, do art. 157, do CPP) é amplo por fazer referência de forma implícita à outra teoria denominada de “*Teoria da descoberta inevitável*”.

OLIVEIRA chega a fazer distinção entre a descoberta inevitável e a fonte independente. Vejamos:

Na *descoberta inevitável* admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita. Exemplo: ainda que ilícito o ingresso da autoridade policial em determinada residência, a eventual descoberta de um cadáver no local não impedirá que se inicie investigação acerca de homicídio (se houver elementos nesse sentido), devendo-se adotar os meios de prova que rotineiramente são utilizados na investigação de crimes dessa natureza.

Já a teoria da *fonte independente* baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada (2012, p. 355).

Na distinção acima, OLIVEIRA cita exemplo sobre a descoberta inevitável. Note que apesar de haver uma violação de domicílio, nada impedirá que a autoridade policial instaure Inquérito Policial para apurar a autoria e demais circunstâncias do delito. Isso se traduz pelo

fato de que ninguém pode cometer delitos em sua residência e querer ficar impune, sob o argumento de que está em sua propriedade e revestido de direitos.

Sobre a prova ilícita por derivação, considerada independente (autônoma), temos a seguinte ementa de Habeas Corpus.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDADA EM PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS “FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA”. PROVAS AUTÔNOMAS. DESNECESSIDADE DE DESENTRANHAMENTO DA PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP À ESPÉCIE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 59 E 68 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. LIMINAR CASSADA.

A prova tida como ilícita não contaminou os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos, não havendo motivo para a anulação da sentença.

Desnecessário o desentranhamento dos autos da prova declarada ilícita, diante da ausência de qualquer resultado prático em tal providência, considerado, ademais que a ação penal transitou em julgado (STF – HC nº. 89.032/SP, Rel. Min. Menezes Direito, julgado em 09.10.07).

Não podemos deixar de mencionar o disposto no § 3º, do art. 157, do CPP, que também foi acrescentado pela Lei nº. 11.690/08, e prevê o seguinte: “Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”.

O dispositivo faz referência ao incidente de inutilização da prova ilícita, prevendo também a faculdade que as partes têm de acompanhar tal procedimento.

Não há muito a se falar sobre o mencionado dispositivo, salvo algumas considerações do ilustre doutrinador GRECO FILHO, que ensina não haver previsão expressa sobre este incidente. Vejamos:

O § 3º é a prova patente da falta de sistemática da reforma. O código não prevê “incidente de inutilização de prova ilícita” nem o que deve preceder a decisão de desentranhamento. Caberá ao juiz inventá-lo, seguindo os princípios gerais de processo: deve permitir a manifestação das partes sobre a licitude ou ilicitude da prova, permitir a produção de prova sobre as razões da alegada ilicitude e permitir, também, nova manifestação após colhidas as provas decidindo em seguida (2010, p. 191).

3.3 – Teoria do Encontro Fortuito de Provas

Pode-se dizer que a teoria do encontro fortuito de provas significa que determinada prova foi obtida eventualmente em decorrência da procura de outra, sem que tivesse conhecimento daquela, dizendo que àquela foi encontrada sem a vontade dos interessados naquela procura, ou seja, houve um encontro fortuito.

OLIVEIRA chega a definir o encontro fortuito de provas, dizendo que “fala-se em encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime [...]” (2012, p. 356).

Nesse sentido, temos jurisprudência do STF que reconheceu a licitude do encontro fortuito de provas, de forma clara, ao tratar de determinado caso em que houve interceptação telefônica autorizada em decorrência de determinado crime e que dessa interceptação se chegou ao conhecimento de outro crime, que até então, era desconhecido pelos agentes. Vejamos:

É lícita a escuta telefônica autorizada por decisão judicial, quando necessária, como único meio de prova para chegar-se a apuração de fato criminoso, sendo certo que, se no curso da produção da prova advier o conhecimento da prática de outros delitos, os mesmos podem ser indicados a partir desse início de prova.

[...]

Desse modo, se a escuta telefônica trouxe novos elementos probatórios de outros crimes que não foram aqueles que serviram como causa de pedir a quebra do sigiloso das comunicações, a prova assim produzida deve ser levada em consideração e o Estado não deve quedar-se inerte ante o conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada (STF – HC nº. 106.225/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07.02.12).

Neste julgamento ficou caracterizado que, na investigação de determinado crime, se se chegar ao conhecimento de outro que não aquele, o Estado deve tomar as devidas providencias para apurá-lo em caso de crime de Ação Penal Pública, pois, a Ação Penal Privada dependeria da vontade da vítima, ou seja, seria necessária sua representação.

Nos casos de encontro fortuito de provas, não há necessidade de que entre aquele objeto da investigação e o eventualmente encontrado tenha qualquer tipo de relação. É dizer: para

que possa ser aproveitada a prova que foi encontrada eventualmente, não é necessário que esta tenha conexão com aquele que motivou as investigações.

No mesmo sentido tem-se a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO.

I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº. 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita.

II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. Habeas corpus denegado (STJ – HC nº. 69.552/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Julgado em 06.02.07).

Veja que, do exposto, torna-se bem claro que entre as provas não é necessário que haja qualquer tipo de conexão. E mais. No caso da interceptação telefônica (Lei nº. 9.296/96), é necessário para a sua autorização que o crime investigado preencha os requisitos previstos no art. 2º, incisos I, II e III. Dentre os requisitos existe a previsão de que o crime a ser investigado por meio de interceptação seja punido com reclusão. Entretanto, o encontro fortuito de provas de determinado crime podem ser aproveitadas, mesmo que aquele crime tenha sanção de detenção.

E mais. Note que neste julgado, trata-se do conhecimento fortuito de determinado crime que ainda irá ocorrer, ou seja, ainda não se concretizou. E do mesmo modo que se fosse um crime que já tivesse ocorrido, o Estado também deve atuar de forma preventiva.

Entretanto, nem sempre o encontro fortuito de provas será valorado como lícito, pois, também existem situações em que, mesmo encontrada fortuitamente, a prova não será aproveitada, sendo, neste caso, inadmissível no processo por ser considerada ilícita.

Sobre o não aproveitamento da prova encontrada eventualmente por ser considerada ilícita, temos os ensinamentos de OLIVEIRA ao qual dispõe uma hipótese em que não seria considerada lícita a prova derivada do encontro fortuito. Vejamos:

Quando na investigação de um crime contra a fauna, por exemplo, agentes policiais, munidos de mandado judicial de busca e apreensão, adentram em determinada residência para o cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (art. 243, II, CPP), que a diligência se realize exclusivamente para a busca de animais silvestres. Assim, se os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência, é de se ter por ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão. Em semelhante situação, como é óbvio, o local revistado jamais abrigaria o objeto do mandado judicial (2012, p. 357).

Neste exemplo dado por OLIVEIRA, é de se observar que o encontro fortuito de outras provas, ocorrido em razão de mandado judicial que permitia a entrada de policiais no território alheio, em nada admitia tal possibilidade, ou seja, a de entrar na residência daquela pessoa, e muito menos, de revirar gavetas de seus objetos, pois, o objetivo do mandado era encontrar indícios de crime contra a fauna, ao qual seria procurado, em regra, fora de sua residência.

O encontro fortuito de provas para ser aproveitado deve ser considerado lícito. E para tanto, o encontro fortuito deve se dar por diligências devidamente autorizadas, ou seja, diligências estas que motivaram a possibilidade de encontro, ao contrario, ocorreria a ilicitude como previsto no exemplo acima.

3.4 – Princípio da Proporcionalidade dos Valores Contrastantes (Aproveitamento da Prova Ilícita)

No decorrer deste trabalho vimos que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal vedam, no processo, a utilização de provas que são consideradas ilícitas, seja por violarem normas constitucionais ou legais. Novamente observaremos o que dispõe o art. 5º, inciso LVI, da CF/88, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Já o art. 157, *caput*, do CPP, dispõe da seguinte forma “São inadmissíveis, devendo ser

desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Entretanto, tais disposições do texto constitucional não são absolutas, ou seja, existem algumas exceções em que a prova ilícita poderá ser admitida e valorada no processo, afastando desse modo a sua ilicitude. Sobre as regras constitucionais não serem absolutas, temos o entendimento de GRECO FILHO ao ponderar, em seus ensinamentos que nenhuma regra constitucional é absoluta, sendo que, a inadmissibilidade das provas ilícitas prevista no art. 5º, LVI, da CF/88, pode ser afastada se, no confronto entre bens jurídicos, esta for de menor potencialidade do que outro bem jurídico. Vejamos:

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inciso LVI do art. 5º, da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse [...] (2010, p. 189).

Note que o doutrinador até dá exemplo de confronto entre bens jurídicos, quais sejam, a absolvição de um inocente (princípio da liberdade) e a inadmissibilidade da prova ilícita, prevalecendo o primeiro sobre o último, pois, o que se tem é uma possível condenação de um inocente. Assim, o princípio da liberdade afasta a ilicitude da prova disposto no art. 5º, LVI, da CF/88, trata-se de ponderação, ou seja, um confronto entre os bens jurídicos.

A doutrina dispõe que o princípio da proporcionalidade está previsto em normas onde o legislador dispõe sobre a matéria, e também nos julgamentos dos órgãos da jurisdição.

Quando dizemos que o princípio da proporcionalidade está previsto em normas, estamos nos referindo, por exemplo, as excludentes de ilicitude previstas no art. 23, do Código Penal Brasileiro, ao estado de necessidade, à legítima defesa, ao estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. A pessoa que cometer determinada conduta em qualquer destas situações, logo terá excluída a sua ilicitude.

Vejamos o que diz OLIVEIRA sobre esta questão:

[...] havendo situações reconhecidas pelo direito como suficientes a afastar a ilicitude, as provas, assim produzidas, serão validamente aproveitadas no processo penal.

A exclusão poderá ocorrer em razão da presença de fatos e/ou circunstâncias que afastam a ilicitude da ação praticada, como também em razão de nem sequer se ter por configurada a hipótese de violação de qualquer direito e por isso, não configurada a hipótese da ilicitude (2012, p. 360).

Além das excludentes de ilicitude também temos o flagrante delito. Quando em determinadas situações estiver ocorrendo o flagrante delito, não é necessária nenhuma ordem judicial para, por exemplo, adentrar em uma residência onde esteja sendo praticado um crime. Ressalta-se o que dispõe o art. 5º, inciso XI, da CF/88, “a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia por determinação judicial”.

Como podemos observar tal dispositivo constitucional prevê que ninguém pode entrar na casa de outrem sem o consentimento do morador. Porém, ao mesmo tempo, prevê determinadas situações em que não se exige o consentimento do morador, que seria o caso de flagrante delito, desastre, prestar socorro e por ordem judicial, esta última, somente durante o dia.

No caso do flagrante delito não é necessário nenhuma ordem judicial para permitir a entrada de determinada pessoa naquela residência para efetuar a prisão em flagrante, independentemente, se durante o dia ou à noite.

Vejamos o que OLIVEIRA diz a respeito:

a autorização constitucional para o ingresso em residência durante situação de flagrante delito prevalece em razão do *risco aos bens jurídicos* protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade e de quem seja o proprietário ou morador da residência. Assim, ainda que o delito no interior da residência esteja sendo praticado pelo *seu proprietário*, qualquer pessoa do povo estará autorizada a ingressar na casa para a proteção dos aludidos bens (vida, liberdade sexual, patrimônio etc.). evidentemente, a prova assim obtida nada terá de ilícita, quer quanto à sua produção e valoração no processo (2012, p. 361).

Podemos observar que a proteção da inviolabilidade de domicílio decai perante a proteção de outros bens jurídicos como a vida, a liberdade sexual, entre outros. Há neste caso, uma ponderação, ou seja, um confronto entre bens jurídicos, onde o de maior relevância

prevalece sobre o menor. Posicionamento acertado, pois, ninguém pode cometer crimes em sua residência e alegar que não pode ser preso em flagrante delito sob o argumento da proteção da inviolabilidade de domicílio.

O princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes está previsto nas normas constitucionais e legais como acima mencionamos. Tem-se que tal princípio vai além das normas previstas em nossa legislação, sendo aplicado nos julgamentos dos órgãos da jurisdição em caso concreto, ou seja, trata-se das jurisprudências, ao qual veremos mais adiante.

Primeiramente, vamos analisar o que dispõe o inciso XII, do art. 5º, da CF/88:

Art. 5º [...]

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;

Note que o dispositivo prevê além de outras garantias, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, dispondo sobre a possibilidade de violar o sigilo por ordem judicial. Contudo, a possibilidade vai além do que está previsto, como por exemplo, gravação feita pela vítima para a proteção de seus bens jurídicos, onde não se torna necessário a autorização, e muito menos, o consentimento do outro interlocutor agente do crime.

Podemos citar como exemplo, uma pessoa que chega até a outra e diz que irá até uma delegacia de polícia para denunciá-la pela prática de um determinado crime mesmo sabendo que não foi ela quem cometeu. Esta pessoa pode muito bem gravar a conversa que tem com a outra (onde esta conta toda a trama) para provar sua inocência. Se chegar a dar causa à investigação policial, logo estará caracterizado para a outra pessoa o crime de denunciação caluniosa (art. 339, do CP). Essa violação de conversa sem o conhecimento do outro se dá em razão pela busca da prova da inocência.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue esta mesma trilha: STF – RE nº. 402.717-8/PA, onde se lê:

“[...] é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, se não há

causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou” (STF – RE nº. 402.717-8/PA, Rel. Min. César Peluso, julgado em 02.12.08).

Nesse mesmo sentido temos: STF – HC nº. 75.338/RJ, em cuja ementa se lê:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO (STF – HC nº. 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 10.03.98).

Vejamos também um julgamento do Superior Tribunal de Justiça, em Habeas Corpus impetrado por paciente que alegava a ilicitude da prova produzida pela vítima, por se tratar de gravação telefônica sem o conhecimento da outra parte. Neste caso, o STJ negou o HC.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. ESTELIONATO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA PELA VÍTIMA DE CRIME. PROVA ILÍCITA. INCARACTERIZAÇÃO.

1. "As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado (...)" (Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383).

2. Não há que se falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime.

3. Recurso improvido (STJ – RHC nº. 12.266/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 09.09.03).

No caso de um terceiro gravar a conversa de dois interlocutores mesmo que com a ciência de um deles, esta prova é considerada ilícita em relação ao interlocutor insciente.

Vejamos:

[...] A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial.

A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado [...] (STF – HC nº. 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 29.10.01).

No caso mostrou-se necessária autorização judicial para a interceptação, algo que não foi autorizado, assim, caracterizando prova ilícita, não importando o conteúdo da conversa.

De todo o exposto, podemos concluir que o princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes tem aceitação quando há um confronto, um conflito entre dois bens jurídicos tutelados, devendo ser protegido e garantido o mais adequado e precioso, de maneira que essa preponderância seja menos gravosa ao bem jurídico que exige maior proteção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo que foi abordado neste trabalho está relacionado às provas no processo penal brasileiro, com fulcro principal às provas ilícitas. De acordo com o contexto histórico os meios de provas passaram por várias mudanças até se chegarem às formas atuais. Nos séculos anteriores (pré-Cristianismo) a tortura se destacava como o meio de prova mais utilizado para a obtenção da confissão que era prova suficiente para a condenação. Foi através das análises feitas por estudiosos da época que a tortura demonstrou-se um meio ineficaz. Através da conclusão dos estudiosos a respeito da tortura fomentou-se a revolução processual, que aboliu a tortura como meio de prova, posteriormente, vários países passaram a adotar meios mais eficazes e legais.

O Código de Processo Penal pátrio disponibiliza vários meios legais de provas, possuindo cada um sua especificidade, não existindo hierarquia entre os mesmos. Contudo, para colocar em prática a obtenção de uma prova utilizando-se dos meios disponíveis, devem ser respeitadas normas constitucionais e legais, pois, a violação a estas normas faria com que a prova passasse a ser considerada ilícita no processo, e logo esta seria desentranhada, retirada do processo, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal não admitem a utilização de provas consideradas ilícitas.

Entretanto, existe o princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes, onde se admite a utilização da prova ilícita no processo penal. Este princípio é aplicado quando houver confronto entre dois bens jurídicos tutelados, sendo que, a proteção do bem mais precioso irá suprir a violação das normas constitucionais ou legais necessárias à proteção dos direitos e garantias individuais.

De todo o exposto neste trabalho, podemos chegar à conclusão de que apesar da própria CF/88 e o CPP não admitirem a prova ilícita, os órgãos superiores da jurisdição (STF e STJ) admitem o uso e valoração das provas ilícitas em determinadas situações. Portanto, a vedação expressa na lei não é absoluta, tendo em vista que pode ser aplicado o princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes, suprimindo a ilicitude da prova. É dizer: antes de considerar a prova ilícita inadmissível no processo, deve-se analisar quais os bens jurídicos tutelados que estão em confronto, devendo prevalecer o de maior relevância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVENA**, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 2ª ed. Editora Método. São Paulo: 2010.
- BECCARIA**, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução de Lucia Guidicine e Alessandro Berti Contessa. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Lei nº. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. *Vade Mecum*. 12ª ed. Editora Saraiva. 2012.
- CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO**. Decreto lei nº. 3.689, de 03 de Outubro de 1941. *Vade Mecum*. 12ª ed. Editora Saraiva. 2012.
- CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**. Decreto lei nº. 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. *Vade Mecum*. 12ª ed. Editora Saraiva. 2012.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Texto Constitucional promulgado em 05 de Outubro de 1988. *Vade Mecum*. 12ª ed. Editora Saraiva. 2012.
- ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Lei nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990. *Vade Mecum*. 12ª ed. Editora Saraiva. 2012.
- GOULART**, Valéria Diez Scarance Fernandes. Tortura e Prova no Processo Penal. Coleção Temas Jurídicos. Editora Atlas. São Paulo: 2002
- GRECO**, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral, 1 v. 11ª ed. Editora Impetus. Rio de Janeiro: 2009.
- GRECO FILHO**, Vicente. Manual de Processo Penal. 8ª ed. Editora Saraiva. São Paulo: 2010.
- LEI Nº. 9.296/96**, de 24 de Julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º, da CF/88. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18.04.2013
- LEI Nº. 9.807/99**, de 13 de Julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva

colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02.04.2013.

LEI Nº. 10.792/03, de 01 de Dezembro de 2003. Altera a Lei nº. 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27.03.2013.

LEI Nº. 11.689/08, de 09 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15.04.2013.

LEI Nº. 11.690/08, de 09 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20.03.2013.

LEI Nº. 11.719/08, de 20 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25.03.2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 16ª ed. Editora Atlas. São Paulo: 2012.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Habeas Corpus – HC nº. 64.096/PR. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 27.05.08. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 19.04.2013.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Recurso Especial – RE nº. 1.179.202/SP. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em: 06.09.11. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 10.04.2013.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Habeas Corpus – HC nº. 69.552/PR, Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 06.02.07. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 25.04.2013.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC nº. 12.266/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em: 09.09.03. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 03.05.2013.

STF – Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Habeas Corpus – HC nº. 80.949/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 29.10.01. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 03.05.2013.

STF – Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Habeas Corpus – HC nº. 75.338/RJ. Rel. Min. Nelson Jobim. Julgado em: 10.03.98. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 05.05.2013.

STF – Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Recurso Especial – RE nº. 402.717.8/PA. Rel. Min. César Peluso. Julgado em: 02.12.08. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 05.05.2013.

STF – Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Habeas Corpus – HC nº. 106.225/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 07.02.12. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25.04.2013.

STF – Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Habeas Corpus – HC nº. 73.338/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 13.08.96. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 05.04.2013.

STF – Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Habeas Corpus – HC nº. 89.032/SP. Rel. Min. Menezes Direito. Julgado em: 09.10.07. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25.04.2013.

STF – Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Habeas Corpus – HC nº. 93.050/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 10.06.08. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15.04.2013.

STF – Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Habeas Corpus – HC nº. 90.376/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 03.04.07. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10.04.2013.

STF – Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Recurso Especial – RE nº. 251.445/GO. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 21.06.00. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12.04.2013.

SÚMULA Nº. 523, do Supremo Tribunal Federal – STF. *Vade Mecum*. 12ª ed. Editora Saraiva. 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 13^a ed. 3 v. Editora Saraiva. São Paulo: 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 32^a ed. Editora Saraiva. São Paulo: 2010.