

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ

JOSÉ CARNEIRO RANGEL JUNIOR

**A LICITUDE NA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS
NO PROCESSO PENAL**

FORTALEZA – CEARÁ

2007

341.434
R.1962
(5468)
T648

José Carneiro Rangel Junior

A LICITUDE NA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientadora: Prof. Ms. Bruno Queiroz Oliveira.

Fortaleza – Ceará

2007



Universidade Estadual do Ceará - UECE

Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA

Coordenação do Programa de Pós-Graduação - *Lato Sensu*

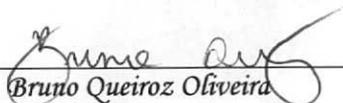
COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

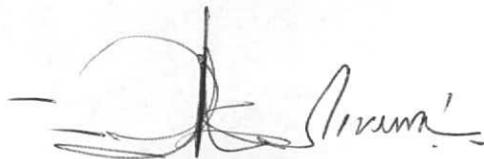
A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): José Carneiro Rangel Júnior
Monografia: A Licitude na Utilização das Provas Ilícitas no Processo Penal
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal
Resolução: 2516/2002 - CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 20/2007
Data de Defesa: 01/06/2007

Fortaleza (Ce), 01 de junho de 2007



Orientador/Presidente/Mestre



Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Membro/Mestre



Sílvia Lúcia Correia Lima

Membro/ Mestre

RESUMO

A aceitação das chamadas provas ilícitas pelo nosso ordenamento jurídico, vem desenvolvendo-se através de entendimentos doutrinário e jurisprudencial, sendo aceita principalmente quando a utilização é realizada *pro reo*. No presente trabalho, se discorrerá sobre o direito de defesa, desde sua evolução histórica até a sua consagração com o advento da Constituição Federal de 1988. Trataremos também de tema importantíssimo ligado ao direito de defesa, que é a prova no processo penal, seu conceito, natureza jurídica, classificação etc. Nesse estudo aprofundado o direito de defesa estará intimamente ligado à atividade probatória na instrução criminal. Como contorno indissociável do presente estudo abordaremos os princípios norteadores do processo penal, consubstanciados nos princípios da ampla defesa e do contraditório, relacionando-os com a questão da colheita de provas durante o processo. Deste modo, chegaremos ao ponto fulcral do presente estudo, qual seja, a possibilidade de, tratando-se de atividade defensiva, admitir-se no processo penal a utilização de prova colhida por meios ilícitos. Diante de tal possibilidade, os operadores do direito, Advogados, Juízes e Promotores de Justiça, começaram a se deparar com situações em que a referida prova era fundamental para se chegar à verdade real no processo. Será, nesse trabalho, aprofundado a temática que envolve diretamente a prova ilícita, dando ênfase, principalmente, às hipóteses de admissibilidade das mesmas no curso do processo penal.

Palavras-chave: prova; defesa; processo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 O DIREITO DE DEFESA.....	09
2.1 Evolução Histórica: As Ordálias ou os Juízos de Deus.....	10
2.2 O Sistema Processual Acusatório.....	12
2.3 Manifestação do Direito de Defesa.....	14
2.4 Natureza Jurídica.....	15
2.5 A Defesa e o Contraditório.....	17
2.6 Defesa Técnica e Autodefesa.....	21
2.7 Direito de Defesa e Máxima <i>In dubio pro reo</i>	25
3 DAS PROVAS.....	27
3.1 Conceito e Finalidade.....	27
3.2 Ônus da Prova.....	28
3.3 Faculdade Probatória do Juiz.....	32
3.4 Objeto da Prova.....	35
3.5 Meio da Prova.....	37
3.6 Prova Emprestada e Álib.....	38
3.7 Classificação das Provas.....	39
3.8 Sistema de Avaliação da Prova.....	40
3.8.1 Sistema de Prova Legal.....	40
3.8.2 Sistema de Livre Convicção.....	41
3.8.3 Sistema de Persuasão Racional.....	42
3.9 Procedimento Probatório.....	44
3.9.1 Proposição.....	44
3.9.2 Admissibilidade.....	45
3.9.3 Produção.....	46
3.9.4 Valoração.....	46

4 A ADMISSIBILIDADE NA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL COMO MEIO DE DEFESA.....	47
4.1 Da Prova Proibida: Prova Ilegítima E Prova Ilícita.....	47
4.2 Os Direitos Constitucionais e os Principais ensejos à Ilicidade: Artigo 5º, Incisos X e XI da Constituição Federal.....	49
4.3 Provas Ilícitas por Derivação.....	55
4.4 O Princípio da Proporcionalidade.....	58
4.5 A Licidade da Utilização Das Provas Ilícitas Pela Defesa.....	60
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a pontuar, desde os esboços do direito penal e processual penal, o direito de defesa e sua evolução social ao longo do tempo e seu desenvolvimento até os dias atuais: de inexistente, fajuto, mitigado, ascendente, e por fim, sua consagração como direito individual fundamental, constitucionalmente assegurado.

No primeiro capítulo, será realçada sua decorrência do devido processo legal, o princípio dos princípios na seara processual, bem como a constitucional, de modo a servir de referência a toda a legislação a ser elaborada em nosso Ordenamento Jurídico.

Como contorno indissociável para o direito à ampla defesa, temos o princípio do contraditório, através do qual será construída a verdade posta no processo. Desse modo, ressaltaremos a importância de o réu poder intervir e modificar a dialética processual, passando de mero destinatário da norma a construtor da realidade processual ali talhada.

Faremos ainda correlação entre o direito de defesa e as demais garantias conferidas pela nossa Lei Maior.

Diante da temática da admissibilidade de prova ilícita como meio de defesa, no segundo capítulo discorreremos sobre a teoria da prova, partindo da conceituação, arrazoaremos sua finalidade de asseverar a verdade no processo penal, e sua natureza jurídica como um ônus às partes. Pois ninguém será obrigado

a fazer prova contra si, muito menos a comparecer em juízo para afirmar qualquer coisa, ou realizar quaisquer atos.

Obviamente, arcando com a consequência de sua cautela ou descaso, como é natural de tudo que se apresenta como um ônus.

Dentro da teoria da prova, comentaremos a faculdade probatória do juiz, assegurada pelo Código de Processo Penal Pátrio, em seus artigos 156 e 209, expressando a nossa opinião diante dos dispositivos ora elencados, tendo em vista ainda o sistema de prova adotado no Brasil, qual seja, o da persuasão racional.

No capítulo três, diante da postura eminentemente constitucional adotada como orientação para este trabalho, será apreciada a questão do aproveitamento de provas ilícitas em defesa do réu, tendo o princípio da proporcionalidade como postulado que torna possível essa utilização frente à vedação exposta no artigo 5º, inciso LVI da Constituição federal de 1988.

Apresentaremos o posicionamento da doutrina e da jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, no tocante à matéria aqui abordada, e através da bibliografia utilizada, abordaremos de maneira científica as questões relativas ao direito de defesa, à prova em geral e à prova ilícita, especificamente.

Assim, esperamos que esta dissertação seja útil e informativa aos que dela se inteirarem, podendo desse modo contribuir para a discussão e evolução do tema.

2 O DIREITO DE DEFESA

Desde o início da vida em sociedade, os atos considerados anti-sociais já eram praticados. Podemos dizer que, com o surgimento dos seres humanos, passaram a existir também os primeiros delitos.

Sem adentrar a seara do sentimento movedor de tais condutas, bem como das relações sociais que permeiam o comportamento dos indivíduos, percebe-se que os crimes sempre trazem consigo, em interesse adverso ao de seus autores, a busca à sua repressão. Assim, observamos que, com o surgimento dos primeiros delitos, também se originaram o Direito Penal e o Direito Processual Penal, mesmo que de maneira rudimentar, com ausência de codificação.

Deste modo, no direito antigo, a punição era realizada através da vingança – seja privada (daquele atingido pelo crime), divina ou pública, o que gerou inúmeras desavenças e ainda mais violência.

Contudo, com o fortalecimento das relações sociais e do Estado, foram desaparecendo os grupos e clãs, cedendo lugar a um novo poder: o Poder Público ou Estatal, o qual passou a deter a capacidade de repressão às infrações, em detrimento da punição particular anteriormente exercida.

Então, surgiram as primeiras codificações, o que não significou necessariamente justiça. Ao acusado não se fazia possível o uso da palavra, nem a possibilidade de demonstrar não ter sido o autor do crime, ou ainda, explicar o motivo de ter adotado tal conduta. Logo, visualizamos as inúmeras injustiças que aconteciam com a adoção desses tipos de procedimento.

2.1 Evolução Histórica: as Ordálias ou Juízos de Deus

Na era medieval, em que se fazia crer que o detentor do poder tinha investidura divina, reinava a tirania onipotente e sem necessidade de motivações e justificativas, o que originou diversas arbitrariedades: o acusado era submetido a provas cruéis para aferir a veracidade de suas afirmações – enquanto o juiz assumia-se Deus, que tudo sabe e vê, e a quem impendia o julgamento da verdade.

Assim, surgiram em nossa história as ordálias ou juízos de Deus, que foram adotados por quase todos os povos das civilizações antigas. Estas não eram consideradas meios de prova, mas uma devolução a Deus da decisão sobre a controvérsia.

Na ordálias, os acusados eram submetidos a provas rudes, penosas, e algumas de caráter mortal, das quais deveria escapar com vida ou ilesos caso fossem inocentes.

Como exemplo, podemos citar a prova das serpentes, na qual o imputado era colocado entre os répteis venenosos, acreditando-se que somente seria picado se verdadeiramente fosse criminoso.

Muito curiosa, para não dizer estranha, era a denominada prova do cadáver, em que o acusado era colocado diante do corpo da vítima; se deste começasse a correr sangue, o réu era considerado culpado pelo homicídio.

Também podemos citar o duelo como prova divina ou Juízo de Deus, fundado na crença de que Deus não deixaria sair vencedor o litigante que pleiteasse uma pretensão injusta.

Considerando que os poderes religioso e político se imiscuíam, surgiu a Inquisição ou Santo Ofício, competente para julgar heresias praticadas contra a Igreja. Suas características, historicamente conhecidas, eram o absolutismo, a austeridade, o autoritarismo e a impossibilidade de defesa do réu. TOURINHO FILHO (2004:374) afirma inclusive que “se o réu era inocente, não precisava de defensor e, se culpado, era indigno de defesa”.

No processo inquisitório, o juiz, além de sua função específica de julgar, assumia ainda o encargo de acusar; na verdade, a ele tudo era permitido, inclusive suprir a atividade do acusado, o que tornava impossível um julgamento justo, visto que ausente um dos caracteres básicos do julgador; a imparcialidade. Ademais, o processo era secreto e a tortura era regulamentada, o que salienta a finalidade punitiva do processo, e não a busca da verdade e da justiça.

A Inquisição, posteriormente, deu origem ao sistema processual inquisitivo, e passou a abranger não só os delitos de cunho religioso, mas todos os crimes. O juiz continuava a acumular as funções de julgar e acusar, embora já fosse permitida uma tênue defesa ao réu que continuava objeto do procedimento.

De pronto, podemos concluir que o sistema inquisitório, com ritos secretos e tortura institucionalizada, servia para abafar verdades, livrar os autores de infrações que detinham poder e influência, além de penalizar inocentes.

Portanto, diante das atrocidades cometidas pelo sistema inquisitório, o conceito de justiça que se fazia presente aos adeptos do direito natural foi voltando à tona.

2.2. O Sistema Processual Acusatório

Vislumbrou-se a necessidade de dosar a pena numa medida adequada, com natureza preventiva e retributiva, sem retirar do réu o seu direito natural de defesa. A punição vinha atrelada à idéia de defesa social e prevenção. PEDROSO (2001:24), citando os ensinamentos de Santo Agostinho, afirma que “merecedor de combate era o erro em si, e não o homem que erra”, de modo que novas concepções e ideologias foram encontrando espaço, chegando à conclusão de que o sistema processual adotado era fundado em falsas bases.

Passou-se a reconhecer ao réu o direito de defesa, passando este a influenciar o procedimento investigatório, deixando de ser apenas simples objeto de averiguações.

Assim, começa a existir então o sistema processual acusatório, o qual desconcentrou os poderes das mãos de uma só pessoa – o juiz – para distribuí-los a três órgãos distintos: acusação, defesa e juízo. Portanto, tem origem o processo de partes, em que os interesses da acusação e da defesa são coordenados, ressaltando a imparcialidade e independência do juiz na procura da verdade – o objetivo do processo.

Pois bem, com o sistema acusatório, o direito de defesa passou a ser reconhecido, visto que através dele o acusado poderá provar sua inocência, lançar dúvidas sobre sua culpabilidade e apresentar fatos e justificativas que a abonem.

Contudo, mesmo caracterizado como acusatório, em face do exposto acima, é importante ressaltar que é possível detectar alguns resquícios do sistema inquisitório. O professor Eugênio Pacelli de Oliveira critica:

Nenhum tribunal até hoje se levantou contra a *mutatio libelli* do art. 384 do CPP, no qual se permite uma alteração substancial da peça acusatória, a partir de fatos e/ou circunstâncias que o juiz considere provados na instrução criminal. Assim, uma nova acusação é formulada pelo próprio juiz, com a agravante de já significar uma antecipação da valoração que ele estará fazendo do material probatório já produzido. Veja-se: art. 384 se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos.

Percebe-se também uma ampla liberdade do juiz no campo do ônus da prova, freqüentemente legitimada pelo princípio da verdade real. Porém, sabemos que os princípios não têm aplicação absoluta, e devem ser utilizados de modo a alcançar a maior efetividade possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, visto que são mandamentos de utilização, diferentemente das regras, que devem ser cumpridas na medida de sua prescrição, afastando o que com elas for incompatível.

Por isso, no caso concreto, falamos de colisão desses princípios, que deve ser resolvida com base num juízo de ponderação. Assim, em contraposição ao princípio da verdade real, temos o princípio da presunção de inocência do réu, bem como a imparcialidade do julgador e o juiz natural. Então, deve ser feita uma avaliação do que seria mais benéfico e relevante – interesse público, dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, interesse da sociedade - para que seja tomada a decisão.

Em suma, o princípio da verdade real, como regra e, utilizando na medida do possível que é, não pode impor a ferro e fogo prescrições que atentem contra os princípios referentes à temática dialética do processo, bem como àqueles inerentes à dignidade da pessoa humana.

Corroborando com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade de o juiz poder requisitar de ofício novas diligências probatórias, quando o Ministério Público manifestar-se pelo arquivamento do inquérito. A violação ao sistema acusatório era patente.

Logo, de acordo com a Constituição vigente, ressalta-se no processo penal o princípio do juiz natural e de sua conseqüente imparcialidade. Pois se o processo deve se desenvolver com igualdade das partes, só é possível vislumbrá-la quando não se permitir ao juiz uma função substitutiva da atuação ministerial, em seus diversos desdobramentos.

2.3. Manifestação do Direito de Defesa

Cometido um fato que a lei penal define como crime, o Estado, primando pela paz e ordem públicas, inicia a persecução penal contra o seu autor. Observamos que, após o período humanístico, a pena a ser aplicada deve ter natureza preventiva, desencorajadora de outras condutas similares, bem como retributiva, para que corresponda à gravidade do delito praticado pelo acusado.

Então, surge o direito de ação por parte do órgão acusatório, cuja demanda é destinada a atuar na esfera pessoal de outrem. Logo, evidente que o réu tem o direito de se opor a que a pretensão do autor venha a atingir a esfera jurídica de seus interesses, utilizando-se também da tutela jurisdicional.

O direito de defesa é mais do que a figuração do réu no processo, consubstancia-se em uma faculdade de opor-se à imputação que lhe é atribuída, através da qual o acusado poderá efetivamente influir no deslinde da questão, criando situações processuais com o objetivo de alcançar uma sentença favorável.

Sabendo que o réu será afetado diretamente em seu direito à liberdade e também em sua dignidade e vida pela sentença penal, é direito deste contrariar aquilo que contra si é aduzido no procedimento estatal ou levantar-se contra eventuais irregularidades deste.

Contudo, o direito de defesa só atingiu esta dimensão após protestos de muitas personalidades célebres que, indignadas com o sistema histórico que transformava o réu em simples objeto de arbitrariedades, lutaram para que se reconhecessem os direitos humanos que lhes eram devidos.

Como nos ensina PEDROSO (2001, p.28) essa conquista não foi alcançada desacompanhada de força: “[...] prova disso tem-se na Revolução Francesa – tida como um dos marcos históricos - e na Declaração dos Direitos Individuais que lhe foi subsequente”.

Na verdade, o direito de defesa, como pontua perfeitamente MARQUES (2001:29):

[...] em sua significação mais ampla, está presente em todos os preceitos emanados do Estado, como *substractum* da ordem legal, por ser o fundamento primário da segurança jurídica na vida social organizada...é essencial à plena defesa que não se rebaixe o indiciado à condição inferior de simples material de investigações.

2.4. Natureza Jurídica

A garantia de ampla defesa, presente na Carta Magna como direito fundamental, é a repulsa à acusação ou a antítese desta: é a contraposição que o réu apresenta aos motivos e razões em que se baseia a acusação. É o direito que possui o acusado de rechaçar tudo que lhe é imputado.

Então, como direito paralelo e contraposto ao direito de ação, possui as mesmas características desse último. Sem termos a pretensão de aprofundar a temática processual referente à natureza jurídica do direito de defesa, tema por demais extenso e rico, escapando ao objetivo do presente trabalho, faremos rápida explanação acerca de suas características, quais sejam: é direito público, subjetivo, autônomo e abstrato.

É direito público visto que tem como objetivo a prestação da tutela jurisdicional, e isto é feito através do Estado (Poder Público), mediante a apreciação do Poder Judiciário.

Tem caráter subjetivo porque não é um dever imposto ao acusado, mas uma faculdade. Convém observar que a ausência de defesa não é admitida, pois mesmo que o acusado seja revel, há de lhe ser nomeado defensor. Obviamente que a opção por não colaborar com a defesa poderá trazer prejuízos à efetividade desta, sendo a faculdade onerosa. Entretanto, o réu não poderá ser obrigado a comparecer a um ato processual, por exemplo.

É considerado autônomo porque o seu exercício independe de o acusado possuir efetivo direito que o socorra. Não é preciso que o réu esteja com a “razão” para que possa defender-se. Basta que tenha contra si ajuizada uma demanda processual para o exercício do direito em tela. Daí também se explica o fato de ser abstrato: não depende de direito concreto para que a parte ré obtenha provimento judicial que lhe seja favorável.

Importante salientar que, há diferenças significativas nesse paralelismo entre os direitos de ação e de defesa no processo civil e no processo penal. Naquele, a ação poderia ser exercida, em regra, tanto por uma como por outra parte – ambas poderiam figurar no pólo ativo da demanda. No entanto, no processo penal,

só o Estado ou o ofendido podem ser autores: o indigitado deve, necessariamente, figurar no pólo passivo.

2.5. A Defesa e o Contraditório

Quando ocorre um delito, o Estado, através de seus instrumentos repressivos, deverá buscar a verdade real para a concretização da devida tutela jurisdicional: a pena deverá ser aplicada na medida correta e destinada à pessoa verdadeiramente culpada.

Através da descoberta da verdade, chega-se também ao meio e modo de incidir a norma penal a ser aplicada ao caso. Logo, se a verdade real, caso trazida ao processo penal, enseje eventual sanção ao acusado, este tem o direito de ser ouvido e de atuar para a demonstração dessa verdade, ou para dificultar a sua manifestação, caso isto lhe seja mais proveitoso.

Portanto, como essa verdade traz conseqüências irremediáveis à vida da parte acusada, só será válida se construída num diálogo entre as partes processuais.

Ademais, em vista do princípio da isonomia, ao réu confere-se o direito de atuar probatoriamente, em face do que alega, em igualdade de condições com o órgão acusatório. Não fosse assim, o direito de defesa seria apenas mera formalidade.

A nossa Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LV, dispõe que: "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”.

Na verdade, é impossível conceber um processo justo e equânime sem a presença desses dois princípios, basilares para a nossa dialética processual, visto que derivados do princípio processual soberano, qual seja, o devido processo legal, o qual representa além de um direito, uma garantia.

Na doutrina, podemos encontrar dois posicionamentos acerca do relacionamento entre as garantias da defesa e do contraditório: a) o direito de defesa deriva da garantia do contraditório; ou b) da garantia de defesa decorre o contraditório. Não se pode dizer, contudo, que entre a defesa e o contraditório existe relação de primazia ou de derivação, ou seja, prevalência de um em detrimento do outro. Ao contrário, para FERNANDES (2005: 281): “defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo legal”.

MAGALHÃES (2001:76) ensinam que:

[...] a Constituição eleva a nível constitucional os direitos de ação e defesa, face e verso da mesma medalha. E mais: dá conteúdo a esses direitos, pois não se limita a permitir o acesso aos tribunais, mas assegura também, ao longo de todo o *iter* procedimental, aquele conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, tutelam as partes quanto ao exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição: trata-se das garantias do devido processo legal.

Por conseguinte, para que o processo penal seja válido, há de ser contraditório, bilateral, de modo que o acusado tenha a oportunidade de provar sua verdade em juízo ou entravar a produção da verdade real; ofertar sua versão dos fatos ou em nada contribuir para que se descubra o realmente ocorrido.

Destarte, em atenção ao desenvolvimento válido do processo, o acusado deve ser ouvido. Todavia, diante das possibilidades que dispõe, este pode optar pelo silêncio.

Convém ressaltar que permanecer em silêncio diante das indagações que lhe são endereçadas não é uma atitude vantajosa para o acusado. Afinal, pressupõe-se que uma pessoa inocente, quando indiciada, protesta e quer explicar sua versão para os fatos. Assim, o silêncio não deve ser interpretado como presunção de inocência.

Entretanto, é um direito que assiste ao réu, e as razões que o levaram a agir dessa maneira talvez justifiquem a adoção de tal conduta. Se anteriormente o silêncio não obstava ao juiz um convencimento adverso com relação ao acusado, influenciando a convicção do julgador, hoje, com a nova redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o art. 186 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal têm a seguinte redação:

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 às perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único – o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Assim, cai por terra a afirmação de que a opção pelo silêncio não inviabiliza o convencimento judicial no sentido desfavorável ao réu, outrora freqüente na doutrina e na jurisprudência.

Desse modo, mesmo com utilização de um Código de Processo Penal muito criticado por sua rigidez e falta de modernização (convém ressaltar que o referido *códex* data de 1941), o qual fala do interrogatório como meio de prova, está

consubstanciado na doutrina atualmente, que o interrogatório constitui meio de defesa: meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor a sua própria versão.

A nova redação do artigo 186 do Código de Processo Penal, bem como a inclusão no citado dispositivo do parágrafo único, só veio a corroborar o preceito do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição federal de 1988, que veda expressamente a interpretação do silêncio em prejuízo do acusado ou como confissão.

Assim, com o advento da Lei nº 10.792/03, ficou expressamente ressaltado no diploma processual penal o direito ao silêncio, que, apesar de estar há muito garantido constitucionalmente, ainda resistia de forma residual no Código de Processo Penal um artigo que permitia a interpretação do silêncio em desfavor do acusado.

Saliente-se, por oportuno, que o direito ao silêncio só pode ser exercido no interrogatório de mérito, e nunca no interrogatório de qualificação, previsto no novo artigo 187 do Código de Processo Penal, antigo artigo 188, do CPP.

A recusa do acusado em prestar informações no interrogatório de qualificação constitui prática de contravenção penal, concernente na recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação, e prevista no artigo 68 da Lei de Contravenções Penais, Decreto-Lei nº 3.688/41.

Art. 68, LCP. Recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:

Pena – multa

Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa, se o fato não constitui infração penal mais grave, quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, profissão, domicílio e residência.

2.6. Defesa Técnica e Autodefesa

Primeiramente, convém salientar que defesa técnica e autodefesa são dois aspectos da defesa no processo penal.

A defesa técnica, conforme exige o texto constitucional, é indispensável, necessária, na medida em que, mais que uma garantia do acusado, é condição do efetivo exercício do contraditório. Ademais, é também um direito, e assim pode a parte acusada escolher o defensor de sua confiança.

A defesa técnica é essencial para garantir a isonomia. Em regra, temos um Ministério Público composto de membros altamente qualificados, contando também com uma polícia judiciária especializada. Assim, no outro lado da lide processual, deve estar o réu amparado por profissional habilitado, ou seja, por advogado.

A própria Constituição Federal considerou o advogado indispensável à administração da justiça e estruturou as Defensorias Públicas.

Por isso, o Código de Processo Penal, em seu art. 261, assevera que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Caso o réu não constitua advogado, obrigatoriamente lhe será nomeado defensor pelo juiz. Logo, se o processo se desenvolve sem defensor, estará irremediavelmente nulo.

Importante salientar que essa defesa técnica deve ser efetiva. O fato de ter o réu defensor constituído ou nomeado não é suficiente. É necessário que o

advogado, no decorrer do processo, tenha dispensado efetiva assistência ao acusado, sob pena de configurar falta de defesa.

Por isso, a lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, acrescentou parágrafo único ao art. 261, ao Código de Processo Penal o qual transcrevemos:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.
Parágrafo único – a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

De nada adiantaria nomear advogado nos autos se este não participasse dos diversos atos, ou atuasse de maneira deficiente, pautada pelo descaso. Já se posicionou o Supremo Tribunal Federal nesse sentido, declarando nulo processo em que o defensor:

[...] não apresentou defesa prévia e, embora presente em todos os atos do processo, nada requereu em audiência, durante a inquirição das testemunhas, afirmando, por último, à guisa de alegações finais, que não existiam elementos a justificar o pedido de absolvição, deixando de recorrer da sentença condenatória. (STF - RHC-SP, 59.502-2, 1ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 11.06.1982, RTJ. v.102,p.111).

Com o objetivo de se garantir defesa efetiva, também não se vislumbra a possibilidade de admitir um mesmo advogado para patrocinar em juízo a defesa de dois réus no mesmo processo, com teses antagônicas. Pelo menos um deles sairá prejudicado. Ao defensor, caso isso ocorra, cumpre recusar a nomeação única, alertando o juízo quanto à impossibilidade de realizar defesa com eficiência, visto que os acusados têm interesses conflitantes.

Visando também à eficiência da defesa, o art. 185, parágrafo segundo, do Código de Processo Penal articula que:

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.

(...)

§ 2º antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.

Assim, o advogado poderá orientá-lo sobre o direito de permanecer em silêncio ou da possibilidade de responder às perguntas, e resolver a tese mais vantajosa a ser adotada pela defesa. Desse modo, esta entrevista prévia servirá de orientação ao defensor, pois fornecerá a este os elementos para solicitar ao juiz, durante o interrogatório, o esclarecimento de algum fato.

Como desdobramento do direito à defesa técnica, o acusado tem direito de escolher o seu advogado, já que a relação entre os dois deve ser de confiança.

O réu pode indicar o advogado no interrogatório ou por procuração. O juiz não pode nomear outro defensor sem antes ouvir o acusado. Caso o defensor deixe de realizar atos de sua alçada, o juiz deve intimar o réu para que constitua novo advogado, e caso este não o faça, então o juiz poderá nomear causídico para defendê-lo.

Tratando-se de defensor nomeado, nos termos do art. 263 do Código de Processo Penal, o acusado tem direito, a qualquer tempo, de constituir outro de sua confiança.

Além da defesa técnica, também tem fundamento constitucional a garantia da autodefesa, ou seja, aquela exercida pelo próprio acusado quando da realização de certos atos processuais.

O direito à autodefesa é renunciável, na medida em que o réu não é obrigado a comparecer às audiências, por exemplo. Obviamente, esta faculdade é do acusado, não podendo o juiz simplesmente dispensar esse direito, sob pena de significar sacrifício para toda a defesa e, por conseguinte, nulidade absoluta ou relativa, conforme o caso concreto.

A autodefesa é composta de dois aspectos: o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro é exercido no momento do interrogatório, em que o réu tem a oportunidade de, pessoalmente, apresentar ao juiz da causa sua versão para os fatos e sua conseqüente defesa.

Geralmente, o interrogatório é realizado após a citação do réu. Mas, na Lei nº 9.099, dos Juizados Especiais Criminais, o interrogatório é realizado após a produção de prova da acusação e da defesa, pois não há inquérito policial nos Juizados Especiais Criminais. Normalmente, com o inquérito, o acusado tem conhecimento do que as testemunhas afirmaram, para melhor construir sua defesa.

Pode ocorrer de o acusado não ter sido interrogado no momento apropriado. Então, caso seja preso no curso do processo ou compareça, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, deve ser interrogado, sob pena de nulidade.

Se o réu for preso em fase de recurso e a notícia chegar ao Tribunal, este deverá baixar os autos para que seja realizado o interrogatório antes do julgamento.

O segundo aspecto da garantia da autodefesa é o direito de presença, meio pelo qual o acusado tem a oportunidade de, ao lado do seu advogado acompanhar os atos de instrução, podendo se posicionar diante de alegações e provas produzidas, auxiliando-o na realização da defesa.

FERNANDES (2005:294), além desses dois aspectos apreciados pela maioria da doutrina, acrescenta um terceiro - o direito de o réu postular pessoalmente, em sua própria defesa:

Pode interpor recursos, impetrar hábeas corpus, formular pedidos relativos à execução da pena, como o pedido para a progressão do regime. Constituem hipóteses em que o acusado ou o sentenciado dá, através de seu ato, o impulso oficial ao recurso, ao procedimento incidental, mas, logo em seguida, deve-se lhe garantir a assistência de defensor.

Em síntese, a defesa técnica e a autodefesa constituem aspectos da garantia constitucional da ampla defesa, motivo pelo qual a sua não observância redundará em nulidade.

2.7. Direito de Defesa e a máxima *In dubio pro reo*

No processo penal, para que seja proferida uma sentença condenatória, deve haver certeza da existência do delito, e de que o acusado é o seu autor. Não se opera com possibilidades quando está em jogo a liberdade de um ser humano.

Afinal, como será tratado no capítulo seguinte, o livre convencimento do juiz é motivado, e essa motivação deve ser concreta, sob pena de recairmos no arbítrio. A íntima convicção do juiz, quando desacompanhada de provas objetivas de sua justificação, não configura certeza, motivo pelo qual não poderá fundamentar uma condenação.

A máxima em epígrafe está consagrada em nosso Código de Processo Penal em seu art. 386, inciso VI, que dispõe:

Art. 386 – O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(....)

VI – não existir prova suficiente para a condenação.

Por isso, o acusado pode agir, no exercício do seu direito de defesa, de modo a lançar dúvidas sobre o fato que lhe é imputado na denúncia, visto que a dúvida é sempre proclamada em seu benefício.

Pelo mesmo motivo não cumpre ao réu apresentar prova plena, pois a prova insuficiente também lhe trará o benefício da dúvida. Obviamente, esse princípio só poderá beneficiar o acusado quando as provas constantes dos autos se dividam, ou seja, inclinem-se para as duas versões oferecidas, gerando incertezas quanto à acolhida de uma delas. Se não fosse assim, bastaria que a parte ré alegasse o que quisesse, desde que não houvesse provas. É preciso que o réu também apresente suas provas.

Além de aplicado nos casos de absolvição, o *non liquet* também deve ser observado quando da condenação. Assim, havendo dúvidas sobre a menor ou maior gravidade do fato praticado pelo acusado, a sentença condenatória deve optar pelo que constitui fato menos grave, fixando a solução mais favorável ao réu. Exemplificando, se há dúvida se o crime foi doloso ou culposo, deverá o réu ser condenado por este, o qual é menos grave.

Assim, conforme exposto no presente capítulo, o direito de defesa, antes inexistente, evoluindo até os dias atuais como postulado a ser observado em qualquer legislação a ser elaborada é, sem sombra de dúvida, garantia das mais relevantes na preservação da vida e dignidade do indivíduo frente à sociedade e ao *jus puniendi* estatal, assegurando a todos, além dos valores já mencionados, a segurança jurídica fundamental para a salvaguarda das relações sociais existentes.

3 DAS PROVAS

3.1. Conceito e Finalidade

Prova é todo meio de percepção empregado pelo homem para evidenciar a veracidade de uma alegação; é o instrumento usado pelo sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa.

Convém ressaltar que, no vocabulário jurídico brasileiro, o termo “prova” é usado em três acepções, delineadas por BONFIM (2006: 286), quais sejam:

- a) a atividade realizada pelas partes, com o fim de demonstrar a verdade de suas alegações, como o reconhecimento pessoal do acusado pela parte;
- b) os meios ou instrumentos utilizados para a demonstração da veracidade de uma afirmação ou da existência de um fato, como um atestado médico ou um depoimento de testemunha; e
- c) o resultado final, a convicção do seu destinatário.

No que tange à finalidade da prova, destina-se a permitir que o julgador conheça os fatos sobre os quais incidirá o direito, de modo a formar sua convicção acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa.

No processo penal, as provas são destinadas a elucidar a verdade real, material ou substancial, de maneira diversa do que ocorre no processo civil, em que se atua com a verdade instrumental ou formal, aceita pela simples ausência de impugnação dos fatos declarados na inicial.

No âmbito penal, portanto, mesmo que os fatos não tenham sido impugnados ou até mesmo confessados pelo réu, compete à acusação a produção de prova da existência do fato e da respectiva autoria, daí porque chamada verdade material.

3.2. Ônus da Prova

O ônus da prova representa a necessidade de provar para ver reconhecida judicialmente a pretensão manifestada.

Conforme exaustivamente ressaltado na doutrina, a prova não constitui uma obrigação processual, e sim um ônus, como a própria nomenclatura indica. Afinal, a obrigação é um mandamento legal, a qual não dá ao obrigado o poder de escolha em cumpri-la ou não. Por seu turno, provar é uma atividade da parte em proveito próprio, um meio de se atingir a pretensão posta em juízo, mas não é um dever jurídico. Para ganhar a demanda, deve-se provar. Assim, é um ônus, jamais uma obrigação: quem não o atende, não sofre pena alguma, apenas deixa de lucrar o que obteria se tivesse praticado.

Há que se estabelecer uma nítida separação entre o princípio da obrigatoriedade de defesa (tanto que ao réu que não o tem é dado defensor dativo, sob pena de nulidade absoluta) e o ônus probatório.

A obrigação é a da prática de atos defensórios necessários, tais como a presença nas audiências ou a confecção de alegações finais, por exemplo. A produção da prova é apenas um ônus, e, pelo exposto, quem não a realiza não viola o princípio da obrigatoriedade de defesa. Logo, a não-produção de provas não constitui nulidade por afronta ao princípio supramencionado.

Quanto à divisão do ônus probatório, o Código de Processo Penal, em seu art. 156, expõe que: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Porém, surgiu uma segunda indagação: o que as partes devem alegar? O que compete à acusação e o que cabe à defesa?

Segundo ARANHA (2006:11), doutrina e jurisprudências seguem a orientação de CARNELUTTI, abaixo transcrita:

Cabe provar a quem tem interesse de afirmar; portanto, a quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas...quase sempre, aquele a favor de quem um fato constitui a base de uma pretensão, ou de uma exceção, procura dispor dos meios necessários para demonstrá-lo.

Portanto, ao autor cabe o ônus de provar os fatos constitutivos. Na seara penal, os fatos constitutivos dizem respeito à tipicidade e à autoria. Assim, cabe ao órgão acusador provar a existência de um fato previsto em lei como ilícito penal e que o acusado foi o realizador de tal fato.

No que se refere à culpabilidade, a jurisprudência tem interpretado que o dolo é presumido, emergindo desde que provadas a materialidade e a autoria, enquanto a culpa deve ser demonstrada pela acusação.

O dolo seria uma consequência, se uma vez provados o fato e a autoria – cabendo ao incriminado demonstrar a sua ausência.

A culpa, por sua vez, necessita ser demonstrada pela acusação. Elucidativa a orientação jurisprudencial nesse sentido:

É cediça a afirmação de que a culpa não se presume e necessita vir cumpridamente provada para se justificar um decreto condenatório, pois nos delitos culposos ela integra o próprio tipo legal do delito.

Para MIRABETE (2006:12), também a acusação deve fazer prova da culpa nos crimes culposos: "deve comprovar a forma de inobservância da cautela devida no crime culposo: imprudência, negligência ou imperícia, já que o dolo é presumido diante da experiência de que os atos praticados pelo homem são conscientes e voluntários, cabendo ao réu demonstrar o contrário".

Costuma-se definir imprudência como afoiteza, imperícia como a falta de aptidão técnica para o exercício de arte, ofício ou profissão e negligência como falta de precaução. Convém ressaltar, atualmente, a flexibilização da doutrina diante das três subespécies da culpa, visto que muitas vezes ocorrem dificuldades em classificar os delitos em uma dessas categorias, pois há casos em que ocorrem duas ou até mesmo as três definições acima, de modo que, diante da dificuldade em delimitar o alcance de cada uma, há uma tendência atual a considerar a negligência como a classe mais abrangente dentre as apresentadas.

Registre-se, contudo, que a modalidade de culpa deve constar da própria denúncia, sob pena de inépcia, não havendo necessidade de a peça vestibular aludir ao dolo. Essa obrigação justifica-se no sentido de que a defesa seria cerceada se o réu não soubesse exata e claramente do que está sendo acusado.

MAGALHÃES (2006: 12), corrobora o entendimento que cabe à acusação fazer a prova da culpa *stricto sensu* nos crimes culposos, sendo dispensável a prova acusatória nos crimes dolosos, porque o dolo é presumido e está contido implicitamente dentro da figura típica.

Posição oposta é defendida por TOURINHO FILHO (2006: 214), para quem a acusação deve provar tanto o dolo quanto a culpa, em atenção ao princípio da presunção de inocência do agente. Para o renomado autor, à parte acusadora cabe demonstrar materialidade, autoria e o elemento subjetivo: dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, a prova do crime deve ficar a cargo da acusação.

Contudo, a maioria fica com o posicionamento de que a culpa deve ser provada, e o dolo, presumido. A justificativa para essa diferença é a seguinte: o dolo surge como provado desde que demonstrado o fato, porque corresponde tanto à normalidade psíquica quanto à figura delituosa. A culpa deve ser provada por ser forma de exceção. Para ARANHA (2006:13), a excepcionalidade do crime culposos está atestada no Art. 18, § 1º, do Código Penal: “salvo os casos previstos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Geralmente a norma penal pressupõe no destinatário uma vontade diretamente contrária ao preceito, dirigida ao evento proibido ou a um resultado imposto e obrigatório. Assim, a punibilidade da culpa é excepcional, pois punirá a vontade não dirigida ao evento ocorrido, nem ao imposto. Em síntese, a normalidade faz com que o dolo seja presumido, enquanto a excepcionalidade impõe à acusação demonstrar a existência da culpa.

Com relação ao acionado penalmente, em favor de quem milita a presunção relativa de inocência, cabe o ônus de provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

Fatos extintivos são os que têm o condão de encerrar a relação jurídica, como a prescrição, a decadência, o pagamento nos delitos de sonegação fiscal ou no peculato culposos, dentre outros.

Fatos impeditivos são todas as circunstâncias que impedem que decorra de um fato o efeito que lhe é normal. No campo penal, os fatos que excluam a vontade livre e consciente quando da prática do fato são considerados impeditivos, como, por exemplo, a coação irresistível, o erro de fato e as causas de exclusão da culpabilidade.

Já os fatos modificativos são todos aqueles que dão um novo aspecto ao fato: o acusado reconhece a materialidade e autoria (fato constitutivo), porém opõe a elas um elemento modificativo, alterando, destarte, a relação litigiosa. A título de exemplo dos fatos modificativos, temos todos os que importem na exclusão da antijuridicidade, bem como a legítima defesa, estado de necessidade, causas supralegais etc.

Logo, em regra cabe ao autor provar fatos constitutivos e ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

3.3. Faculdade Probatória do Juiz

Embora às partes caiba o ônus de provar, de acordo com o Código de Processo Penal, ao juiz fica facultado colher elementos que lhe possibilitem a apuração da verdade. Com efeito, já se disse anteriormente que vige no processo penal o princípio da verdade real, norteador da matéria, motivo pelo qual o julgador poderá determinar, de ofício, medidas que visem esclarecer os fatos. Assim dispõe o art. 156: “A prova da alegação incumbe a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

A regra é que as partes ofereçam a prova dos fatos que alegarem. Mas, faculta-se ao juiz, supletivamente, apurar a verdade, dispondo de meios instrutórios.

Para NUCCI (2005: 356), o impulso oficial, também princípio presente no processo, é origem dessa atuação de ofício, o qual determina que o juiz provoque o andamento do feito até final decisão, queiram as partes ou não.

Ressalte-se que esse poder deve ser usado com toda prudência e cautela, para que o juiz não se distancie de sua imparcialidade e se torne parte acusadora ou defendente. Não o pode substituir-se às partes, conduzindo toda a instrução.

Percebe-se que o Código de Processo Penal não especifica se as provas a serem requeridas pelo juiz são supletivas à defesa ou à acusação. Na verdade, repita-se, o fundamento para essa faculdade do julgador é o princípio da verdade real, pelo qual o juiz deve se aproximar o máximo possível dos fatos ocorridos.

Todavia, diversa é a opinião do mestre OLIVEIRA (2006:34). Para o renomado autor, pela imparcialidade concreta do juiz na causa, este não pode empreender atividade probatória de iniciativa da acusação, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Para melhor elucidar, transcrevemos um trecho de suas lições:

[...] pensamos ser perfeitamente possível construir uma linha divisória entre o que seja *iniciativa probatória* e *iniciativa acusatória* do juiz penal. A iniciativa *acusatória* estará sempre presente quando o juiz, qualquer que seja o argumento declinado, empreenda atividade probatória de *iniciativa* da acusação. E mais: que tal atividade revele-se *substitutiva* ou mesmo *supletiva* daquela que a própria lei impõe, como ônus processual ao Ministério Público (art. 156, CPP).

Um exemplo, a nosso aviso, é suficiente para demonstrar a possibilidade de se estabelecer um critério objetivo, minimamente que seja. O art. 564, II, *b*, do CPP, prevê como nulidade a falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, quando ainda presentes os vestígios. Acreditamos que em tal situação, se o Ministério Público não requerer a produção de prova técnica, quando exigida, o juiz não poderá fazê-lo à conta do princípio da verdade real, na medida

em que ele estaria atuando em substituição ao Ministério Público, empreendendo atividade tipicamente acusatória, supletivamente ao órgão estatal responsável pela sua produção.

Contudo, o supracitado doutrinador defende que o mesmo não deve ocorrer com relação à defesa. Se esta não requerer as provas necessárias, estas poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de se comprovar a inocência do réu.

Ele ainda salienta que isso faz parte da construção da igualdade material, constitucionalmente garantida, que consiste em tratar de modo diferente os desiguais, na medida de sua desigualdade, argumentando que essa desigualdade fica clara diante da posição do Estado, no processo penal, visto que ele é responsável pela investigação, pela persecução em juízo e, finalmente, pela decisão.

Entendo que realmente não deve o juiz se imiscuir na função de acusador nem de defensor, quando da produção de provas durante a instrução criminal, sob pena de adentrar o mérito antes mesmo de decidir a lide.

O Código de Processo Penal, nos artigos 156, 209 e 502, confere ao juiz o poder de requerer diligências, ouvir novamente testemunhas, acusado, tudo isso com escopo de chegar a verdade real. Para compatibilizar nosso posicionamento com a norma legal, cremos que, mesmo em prol da defesa o juiz só poderá requerer essas diligências para dirimir dúvidas, se as mesmas forem remanescentes das provas produzidas pela acusação ou pela defesa. Caso contrário, o juiz deve julgar de acordo com as provas já colhidas, não podendo exercer o papel de investigador.

Por fim, se no momento em que for sentenciar, o julgador reconhecer que não se encontra suficientemente provada a acusação, deverá absolver o réu, em atenção ao princípio do "*in dubio pro reo*".

3.4. Objeto de Prova

Segundo CAPEZ (2002:251) O objeto da prova é toda "circunstância, fato ou alegação sobre os quais versam a lide, tendo, portanto, que ser demonstrados perante o juiz para que seja dada a solução da causa".

Assim, só os fatos que tenham relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como expressão do princípio da economia processual.

Por outro lado, alguns fatos independem de prova: fatos notórios, fatos evidentes, fatos que contêm uma presunção legal absoluta ou relativa e fatos irrelevantes ou impertinentes.

Fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura normal de determinada esfera social no tempo em que ocorrer a decisão. Não se necessita provar que o Natal é no dia 25 de dezembro.

Fatos evidentes são verdades axiomáticas do mundo do conhecimento. Logo, não é preciso provar que cocaína gera dependência, que o fogo queima, ou que o orifício irregular ou estrelado e maior do que o projétil representa um disparo feito em contato ao corpo do atingido.

Os fatos que contém uma presunção legal absoluta não admitem prova em contrário, visto que são conclusões decorrentes da própria lei, a exemplo do menor de 18 anos, que é penalmente inimputável.

Fatos irrelevantes são aqueles que não influenciam na solução da causa, sendo verdadeiros ou não. A prova inútil, mesmo que eventualmente demonstrada, não poderá resultar em proveito para a parte que a apresentou. CAPEZ (2005: 261) exemplifica: a testemunha diz que o crime se deu em momento próximo ao jantar, e o juiz quer saber quais os pratos servidos durante tal refeição.

Em regra, o direito não necessita de prova, cabendo à parte narrar os fatos, que o juiz aplicará o direito, conforme apregoa o brocardo "*iuria novit curia*". Contudo, quando o direito invocado for municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, o art. 337 do Código de Processo Civil estabelece que a parte que o alega deverá provar seu teor e sua vigência.

Todos os fatos restantes devem ser provados, mesmo os fatos admitidos ou aceitos, pois conforme já mencionado, no processo penal, diferentemente do que ocorre no processo civil, o juiz pode questionar o que lhe pareça duvidoso ou suspeito, não ficando adstrito ao alegado uniformemente pelas partes.

Para sua produção, necessita-se que a prova seja: a) admissível – permitida pela lei ou pelos costumes judiciários; também conhecida como prova genérica, ou seja, toda a admitida pelo direito; b) pertinente ou fundada – relacionada ao processo; c) concludente – visa esclarecer uma questão controvertida e d) possível de realização.

Portanto, reunidas essas características, a prova não poderá ser denegada, sob pena de manifesta ilegalidade, a ser atacada via correição parcial.

3.5. Meio de Prova

Meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Como já foi dito anteriormente, o direito processual penal é regido pelo princípio da verdade real, de modo que, em regra, não se devem cogitar limitações à prova. Por isso, doutrina e jurisprudências concordam que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal nos artigos 185 e 239 são exemplificativos, motivo pelo qual são permitidas provas distintas das que lá estão enumeradas.

Contudo, como todo princípio jurídico, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, existem algumas restrições. Os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos. Somente os primeiros devem ser considerados pelo juiz, em regra (discorreremos sobre o tema no capítulo seguinte).

Todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico podem ser produzidas no processo penal, salvo aquelas relacionadas ao estado das pessoas (casamento, menoridade, filiação, por exemplo). Nesses casos, deve-se acatar a lei civil. Assim, como exemplifica NUCCI (2005: 353), a prova do estado de casado somente poderá ser feita pela apresentação da certidão do registro civil, de nada valendo outro meio probatório.

De resto, as restrições fixadas na lei civil não valem no processo penal. Novamente NUCCI (2005:353) exemplifica lembrando que a lei processual civil autoriza que o juiz indefira a produção de prova testemunhal, quando versar sobre fatos “já provados por documento ou confissão da parte” ou quando “só por documento ou exame pericial puderem ser provados (art. 400, CPC)”. Tal restrição não tem guarida no processo penal, que – excetuando-se prova quanto ao estado de pessoas – não limita a produção de prova, como a oitiva de testemunhas, ainda que seja para contrariar algo constante em documento, ou até para afastar a

credibilidade da confissão, a qual tem valor relativo no processo penal, conforme acima comentado. Ademais, como o juiz não está adstrito ao laudo pericial, também pode ouvir testemunhas com o objetivo de derrocar a conclusão do perito.

3.6. Prova Emprestada e Álibi

Prova emprestada é aquela produzida e destinada a um determinado processo, e depois transportada – através de cópias documentais, certidões ou traslado – para produzir efeito como prova em outro processo.

Para que seja considerada, é indispensável a verificação do devido processo legal – sobretudo constatar se houve contraditório – tanto no processo de origem como no processo a que se destina.

Assim, para que a prova emprestada seja aceita, as partes deverão ser ouvidas novamente, com o fito de preservar as garantias constitucionais já institucionalizadas no Ordenamento Jurídico pátrio.

Cabe observar que não se admite prova emprestada quando transplantada de inquérito policial, uma vez que é pressuposto básico que ela se tenha produzido, originariamente, perante as mesmas partes e sob o crivo do contraditório.

Álibi significa etimologicamente “em outra parte”, “em outro local”. Ocorre que a acepção da palavra foi ampliada, passando a denotar toda alegação fática feita pelo acusado visando demonstrar a impossibilidade material de ter cometido o crime. Por isso, é conhecido na doutrina por prova negativa, visto que visa a negar e desconstituir as provas em que se fundamenta a acusação. De acordo com o que

preceitua o art. 156 do Código de Processo Penal, o ônus de comprovar a veracidade do álibi cabe a quem o alega. Vejamos, art. 156, CPP: “A prova da alegação incumbe a quem a fizer(…)”

3.7. Classificação das Provas

Existem várias classificações de prova. Neste trabalho, iremos nos ater a três critérios:

I – Quanto ao objeto - Objeto da prova é o fato cuja existência deseja-se ver reconhecida. Assim, podemos chamá-la direta se imediatamente se refere ao fato a ser provado, ou indireta quando chega ao fato principal por via do raciocínio, considerando-se fatos secundários, porém relacionados com aquele. Na prova direta, a conclusão é imediata e objetiva, resultando apenas da afirmação, como, por exemplo, uma testemunha ocular de um crime. Já na prova indireta, exige-se um raciocínio com formulação de hipóteses, exclusões e aceitações, para uma conclusão final. Podemos exemplificar com o álibi, as presunções e os indícios.

II – Quanto ao sujeito ou causa - Sujeito da prova é a pessoa ou coisa de onde deriva a prova. Deste modo a prova pode ser real, consistente em uma coisa externa, distinta da pessoa, e que atesta dada afirmação, por ter ficado nela um sinal. Como exemplo, podemos citar a arma, o cadáver etc. A prova é pessoal quando tem origem em um ser humano, consistentes em afirmações, através de narrações ou declarações do que se sabe, como os depoimentos e o interrogatório.

III – Quanto à forma - No tocante à forma, a prova pode ser testemunhal, resultante do depoimento de pessoas sobre fatos de seu conhecimento pertinentes ao litígio. A prova documental, também chamada literal ou instrumental, é aquela produzida por meio de documentos, como os escritos públicos ou particulares,

cartas, livros comerciais etc. A prova material é aquela obtida por meio químico, físico ou biológico, como, por exemplo, os exames e corpo de delito.

3.8. Sistemas de Avaliação da Prova

A fase instrutória encerra-se com a execução da prova, passando-se ao julgamento, no qual o julgador primeiramente fará um exame das provas existentes para, após avaliação e conclusão, aplicar o direito ao caso que lhe é posto.

A ponderação da prova é um ato pessoal do juiz, somente seu, mediante o qual, examinando e pesando os elementos oferecidos pelas partes, chega a uma conclusão sobre o alegado. Certa ou errada, é a avaliação do magistrado que é válida no processo. Contudo, esse trabalho do julgador não é desordenado, mas sujeito a critérios preestabelecidos.

Remontando épocas anteriores até hoje, existem três sistemas de avaliação de provas: a) sistema legal ou tarifado; b) sistema da livre convicção; c) sistema da persuasão racional ou da convicção condicionada. Passemos à análise de cada um deles.

3.8.1 Sistema de Prova Legal

Este tipo de sistema teve origem nas ordálias, e a base no formalismo do direito germânico, passando a prevalecer em quase toda a Europa em razão da invasão dos povos bárbaros. Acreditava-se na intervenção da divindade em favor do litigante que estivesse com a razão, cabendo ao juiz apenas declarar o resultado.

Mesmo quando as provas pessoais, citadas e exemplificadas ao mencionar o sistema inquisitório no capítulo anterior, foram substituídas pelas testemunhas, seus relatos eram valorados de acordo com critérios como sexo e condição social.

Nesse sistema, cada prova tinha um valor preestabelecido, inalterável e constante, de modo que a avaliação do juiz não era livre, mas condicionada e restrita pela eficácia normativa. Por isso também chamado tarifado, já que havia uma tabela das provas, da qual não se podia escapar ou desconsiderar. Uma máxima conhecida desse sistema é que o depoimento de uma única testemunha era nulo.

Então, o juiz manifestava-se não de acordo com a convicção resultante das provas, mas sim de conformidade com o valor legal. Assim, cada prova tinha um valor certo, e o juiz passava a ser um órgão passivo, pois a apreciação feita não se baseava na sua própria convicção. É o princípio da certeza moral do legislador.

Assim, por conta dessa pontuação determinada da provas, podia-se chegar ao contra-senso de negar uma verdade, porque dita por uma só testemunha, ou validar uma mentira, se fruto do depoimento de duas ou mais pessoas. Esse é o sistema mais antigo, e não é mais aplicado.

3.8.2. Sistema da Livre Convicção

Em contrapartida ao primeiro sistema mencionado, surge o sistema da livre convicção, o qual dá ao juiz a total liberdade de apreciação das provas.

O juiz não estava vinculado a qualquer regra legal, quer quanto à natureza da prova, quer quanto à avaliação, pois a verdade jurídica é formada

apenas pela sua convicção, resultante não só dos elementos trazidos ao processo, mas também de seu conhecimento pessoal, podendo decidir até contra provas colhidas.

Ademais, nesse sistema, o juiz não estava obrigado a exteriorizar os motivos determinantes da sua decisão. Trata-se da certeza moral do juiz.

Essa irrestrita liberdade de julgar levou a um “despotismo judicial”, de modo que surgiram alguns meios de freá-la, como a apelação, a permitir um reexame do que fora decidido; o princípio segundo o qual o que não consta no processo não está no mundo e a prova legal, que restringiu a liberdade da apreciação de provas.

Esse é o sistema adotado no Tribunal do Júri, no qual não há necessidade de fundamentação do voto.

3.8.3. Sistema da Persuasão Racional

Esse é considerado o método misto, visto que mescla os dois apresentados anteriormente. É também conhecido por convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada.

Nesse sistema, o juiz decidirá a causa de acordo com o seu livre convencimento, devendo, contudo, fundamentá-lo, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato.

Assim, o juiz age livremente na apreciação das provas, porém sua avaliação deve ser ajustada às regras jurídicas, lógicas e experimentais estabelecidas. Ou seja, o juiz tem a liberdade de avaliar as provas segundo a sua convicção, porém condicionado às colhidas no processo, às admitidas, às sujeitas a um juízo de credibilidade e de acordo com o valor legal, se for o caso.

A obrigatoriedade de fundamentar a decisão existe para que se saiba quais as condicionantes que levaram o julgador à convicção dos fatos, para se aquilatar o acerto ou não da apreciação feita.

Esse sistema reflete claramente dois princípios: o principal, pelo o qual o juiz deve apreciar as provas de acordo com a sua consciência; e o outro, limitador e condicionante do primeiro, apregoando que tal convencimento não pode afrontar o valor legal dado às provas. Veda ao julgador, ainda que convencido em contrário, julgar por notícias ou fatos conhecidos fora dos autos, bem como por provas produzidas contra a norma – salvo exceções a serem apresentadas no capítulo seguinte.

Esse é o sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro. É também o mais completo e equilibrado, pois, se por um lado, não escraviza o juiz a valores probatórios preestabelecidos e muitas vezes despropositados, por outro não dá ao julgador amplo e ilimitado poder, de modo a evitar desmandos, excessos e injustiças.

O Código de Processo penal, em seu art. 157 diz que: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. Embora a legislação fale em livre convicção, não há dúvidas de que o sistema seguido em nosso País é o da convicção condicionada. Basta lembrar a necessidade de motivação e fundamentação das decisões judiciais previsto no art.93, incisos IX e X da CF/88.

Ademais, é natural que o julgador possa extrair de sua vivência e de seus conhecimentos, o discernimento para a solução de um caso. Porém, sua decisão deve estar fundamentada exclusivamente nas provas constantes dos autos.

ARANHA (2006: 84), resume magistralmente o sistema da persuasão racional:

[...] é o sistema que conduz ao princípio da sociabilidade do convencimento, pois a convicção do juiz em relação aos fatos e às provas não pode ser diferente da de qualquer outra pessoa que, desinteressadamente, examine e analise tais elementos. Vale dizer, o convencimento do juiz deve ser tal que produza o mesmo resultado na maior parte das pessoas que porventura examinem o conteúdo probatório.

Pelo exposto, vê-se que o terceiro sistema apresentado é o mais completo.

3.9. Procedimento Probatório

Procedimento probatório é o curso dos atos processuais relativos à prova, na forma prevista em lei. É composto dos seguintes momentos:

3.9.1 Proposição

É o momento primordial para que as partes indiquem os meios por que pretendem provar o alegado para obter a prestação jurisdicional. Em regra, as provas devem ser propostas com a peça acusatória, com a defesa, com o libelo ou com a contrariedade.

Ademais, encerrada a instrução, o art. 499 permite às partes a proposição de diligência em vinte e quatro horas. Convém ressaltar que tais provas devem ter ligação com fatos supervenientes e apurados no decorrer da instrução, não se confundindo com aquelas que poderiam ter sido requeridas inicialmente.

Como bem ressalta CAPEZ (2005: 274), “a única prova que pode ser requerida pelas partes ou determinada de ofício pelo juiz a qualquer tempo, em qualquer fase do processo, inclusive em grau de recurso, é aquela que diz respeito ao incidente de insanidade mental do acusado”.

Afinal, seria uma ofensa aos princípios jurídicos basilares a condenação de um inimputável. O Supremo Tribunal Federal afirmou que a prova necessária para atestar o estado mental do acusado é o exame pericial.

3.9.2 Admissibilidade

É ato personalíssimo do juiz que, ao analisar as provas propostas pelas partes e seu objeto, defere ou não a sua produção.

Importante que o juiz resolva as questões relativas à eficácia da prova, a fim de evitar atos processuais inúteis, o que destituiria de valor os princípios da economia processual e da duração razoável do processo.

Se a prova apresentar os requisitos de ser pertinente, admissível, concludente e passível de realização, e for tempestivamente proposta, deverá ser necessariamente deferida, sob pena de configurar violação de direito ensejador de nulidade processual.

Por sua vez, o indeferimento de uma prova deve obrigatoriamente ser feito por despacho motivado e com fundamento na ausência de um dos elementos citados anteriormente, como preceitua o sistema probatório por nós adotado.

3.9.3 Produção

É o conjunto de atos processuais que devem trazer a juízo os diferentes elementos de convicção oferecidos pelas partes.

Convém ressaltar que para a acusação, quer se trate de ação pública ou privada, exigem-se certas provas prévias para o oferecimento de denúncia ou queixa. Afinal, para que a peça acusatória seja oferecida, deve ser dotada de elementos que justifiquem a justa causa para a persecução penal, como algumas provas que já devem ser produzidas com a peça vestibular, como depoimentos testemunhais, perícias, busca e apreensão, dentre outros.

3.9.4 Valoração

Significa o juízo de ponderação exercido pelo julgador em relação às provas produzidas, concedendo-lhes a importância devida, valorando-lhes de acordo com a sua convicção. Coincide com o desfecho do processo.

4 A ADMISSIBILIDADE NA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL COMO MEIO DE DEFESA

Nos capítulos anteriores, ressaltamos a importância do direito de defesa, constitucionalmente assegurado, e discorreremos sobre a teoria da prova, assuntos bastante relevantes para a compreensão do tema que ora passaremos a expor.

Com o objetivo de facilitar a captação da problemática a ser apresentada, passaremos somente agora à definição de prova vedada ou proibida e de suas nuances.

4.1 Da Prova Proibida: Prova Ilegítima e Prova Ilícita

A garantia da não utilização de provas proibidas está expressa no texto constitucional, como um direito fundamental. Assim, o art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal assevera que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A prova proibida, portanto, é aquela que viola um preceito legal. A doutrina costuma dividir essa proibição da prova em duas espécies: prova ilegítima e prova ilícita.

Destarte, provas ilícitas e ilegítimas estão abrangidas pela proibição advinda da Lei Maior, valendo a distinção, tão-somente, para fins didáticos, pois nos dois casos haveria manifesta ilegalidade. Voltemos, então à classificação da doutrina.

A prova será considerada ilegítima quando afrontar norma de natureza processual. CAPEZ (2002: 263) cita vários exemplos dessa ilegitimidade como documento juntado na fase de alegações finais em procedimento do júri, visto que o art. 406, parágrafo segundo, do Código de Processo Penal, proíbe a juntada de qualquer documento nessa fase do processo. Também não poderá ser exibida, durante o julgamento em plenário, nenhuma prova que não esteja juntada nos autos, nem tenha sido cientificada à parte contrária com pelo menos três dias de antecedência, conforme proibição expressa do art. 475 do supracitado Código. É o caso da testemunha obrigada a guardar sigilo por dever funcional. O festejado autor dá ainda o exemplo da prova feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando o crime houver deixado vestígios. E explica que:

A título de exemplo, se houve uma lesão corporal consistente em uma fratura do antebraço, nem mesmo a radiografia, a ficha médica do paciente, o depoimento dos médicos e a confissão do acusado podem suprir a falta do exame de corpo de delito, devido à exigência processual expressa constante do art. 158 do CPP.

Destarte, as provas produzidas em substituição ao corpo de delito serão nulas por desobedecerem à norma processual, portanto, ilegítimas.

Por seu turno as provas ilícitas são todas aquelas produzidas em desacordo a normas de direito material. Logo, todas as provas obtidas mediante a prática de crime ou contravenção, ou com violação de princípios constitucionais são ilícitas. Assim, não serão admitidas provas como a apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio sem mandado judicial ou a confissão obtida mediante tortura, dentre inúmeras outras hipóteses.

Impende destacar que o afronta a princípio constitucional, por ferir a Lei Maior, tem sua ilicitude configurada, como, por exemplo, acontece com a gravação de conversa telefônica, que submeta interlocutor à situação vexatória, pois a

Constituição Federal assegura a inviolabilidade da vida privada, a intimidade, a honra e a imagem do indivíduo.

4.2. Os Direitos Constitucionais e os Principais ensejos à Illicitude: artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

A inadmissibilidade das provas ilícitas, mais do que um direito e um princípio ético, traduz-se em uma forma de controle da regularidade da atividade penal persecutória, inibindo práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção.

Para melhor delimitação do tema a ser apresentado, ressaltamos que a ilicitude com violação aos direitos individuais, geralmente vem relacionada aos incisos X e XII do artigo 5º da nossa Carta Magna – inclusive os mais apreciados com relação às provas ilícitas na Suprema Corte - motivo pelo qual os transcrevemos e passamos a comentá-los a seguir.

São eles:

Art 5º. [...]

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

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

Correspondência é a comunicação por meio de cartas ou qualquer instrumento de comunicação escrita. Comunicação telegráfica é aquela realizada por meio de telegrama.

Conforme define BULOS (2001: 118), em sua Constituição Federal anotada, comunicação telefônica: “é a transmissão, emissão, recepção e decodificação de sinais lingüísticos, caracteres escritos, imagens, sons, símbolos de qualquer natureza veiculados por telefone estático ou móvel”.

Conclui-se pelo conceito acima exposto que, se incluem nas comunicações telefônicas as transmissões de informações e dados realizadas pelo computador, desde que realizadas por cabo telefônico.

O texto constitucional, no inciso X, não faz qualquer ressalva quanto à possibilidade de restrição desses direitos. Contudo, pela teoria constitucional que rege a aplicação das normas com relação aos direitos fundamentais, há de utilizar a ponderação quando o exercício de um direito fundamental de alguém colide com o direito fundamental de outrem. Afinal, nenhuma liberdade individual é absoluta.

Há discussão na doutrina acerca do que o legislador quis abranger com a expressão “no último caso” encontrada no inciso XII do art. 5º. Doutrinadores como Fernando Capez e Damásio de Jesus entendem referir-se unicamente às comunicações telefônicas. Lembrando que, para os dois autores, comunicação telefônica abrange também a transmissão de dados, de voz, de sinais e de imagens – desde que a transmissão seja feita por telefone.

Para PACELLI (2006: 304), essa seria a interpretação dada utilizando-se o critério exclusivamente gramatical. Contudo, incompatível com o sistema constitucional de garantias individuais e sem uma coerência lógica. Ora, na ordem constitucional brasileira não existem direitos absolutos, que permitem o seu exercício a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias. No plano concreto, pelo simples fato de vivermos em sociedade, em que são vários os interesses individuais, conflitos entre direitos surgirão, às vezes pelo simples exercício por parte de um dos indivíduos interessados. Nesses casos, somente um juízo de proporcionalidade

poderá oferecer soluções plausíveis. E questiona: Por que razão o constituinte se importaria tão intensamente com a proteção do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, a ponto de não prever qualquer hipótese de sua violação, e não faria o mesmo em relação às comunicações telefônicas? Por que também a menor preocupação com a inviolabilidade de domicílio? Para estas duas últimas (comunicações telefônicas e inviolabilidade de domicílio) “[...] existe ressalva expressa quanto à autorização judicial”.

Realmente, consideramos interessante o posicionamento do processualista mineiro, com o qual concordamos. Afinal, se até o direito à vida, o mais sagrado de todos os direitos e de cuja existência decorrem todos os demais, sofre limitações em nossa Constituição, por que aqueles elencados no inciso XII do art. 5º também não poderiam ser?

Desse modo, como nenhum direito é absoluto, acreditamos que tais direitos podem ser limitados, desde que o seu exercício possa atingir outros valores igualmente protegidos na Constituição, e com toda a cautela que o juízo de ponderação exige.

Tratando-se de comunicação telefônica, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, em seu artigo 2º, delimitou as hipóteses que possibilitam a interceptação, quais sejam: a) indícios razoáveis de participação ou autoria de infração penal; b) a prova não puder ser feita por outros meios; c) o fato investigado seja crime punido com reclusão.

Antes da edição da supracitada lei, o inciso XII do artigo 5º da Constituição federal poderia ser considerado norma de eficácia limitada, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal não admitia a interceptação telefônica, conforme se depreende do seguinte julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica - à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido. (STF – HC 73351/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ. 19.03.1999, p.09).

Mais um ponto que não é pacífico na doutrina diz respeito ao artigo 5º da Lei nº 9.296/96, o qual informa que a diligência “não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. Entretanto, em decisão relativamente recente datada de 28 de março de 2006, o Supremo Tribunal Federal entendeu como possíveis sucessivas renovações de prazo, como podemos vislumbrar da decisão infra:

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento. (STF – RHC 85575/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ. 16.03.2007, p.43).

Relevante é a distinção entre cada um desses tipos de captação de conversa, principalmente para atingir o que a lei possibilita fazer de modo lícito.

Interceptação é a violação ao sigilo da comunicação realizada por terceiro sem o conhecimento de qualquer dos comunicadores.

A escuta é feita por um terceiro, mas com o conhecimento de um dos comunicadores.

A gravação, por seu turno, é realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. Na verdade, a ilicitude não ocorrerá, efetivamente, pelo fato da gravação. Afinal, o conteúdo da conversa foi disponibilizado àquele interlocutor.

O real problema está na revelação do conteúdo gravado a outrem, de modo que venha a afetar o direito à intimidade do interlocutor que desconhecia a gravação da conversa. Por isso, a ilicitude não reside no ato de gravar, mas no de divulgar o conteúdo da conversa, pois o que fora dito não se destinava a mais ninguém a não ser ao comunicador que gravou, visto que o diálogo se passou no âmbito da intimidade dos interessados.

Logo, para que seja válida a gravação feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, é necessário que esteja presente uma situação de relevância jurídica - uma justa causa.

PACELLI (2006: 300) explica que:

A justa causa aqui referida diz respeito a uma motivação que possa validamente ser reconhecida pelo Direito, como é o caso, por exemplo, do estado de necessidade, como causa de justificação da conduta tipificada penalmente. Justa causa poderá ocorrer, assim, quando a revelação do conteúdo se destinar a provar fato cuja existência seja relevante para a defesa de direito daquele que promoveu a gravação.

Na linha de raciocínio do autor, não se poderia classificar como ilícita a prova obtida pelo autor, na defesa de seus direitos, eventualmente em risco e cuja proteção poderia ser realizada por tal prova.

Ademais, mesmo que não afastada a ilicitude, a prova poderia ser aceita diante da utilização de critérios hermenêuticos baseados na proporcionalidade (assunto a ser examinado neste capítulo).

Ressalte-se que a gravação de conversa sem o conhecimento de um dos interlocutores, na qual se obtenha a confissão da prática de um delito, não poderá ser admitida no processo. Pois como foi elucidado acima, ao acusado é assegurado pela Constituição Federal de 1988 o direito ao silêncio.

Também porque a confissão só pode ser valorada quando realizada perante o juiz, no curso da ação penal. Portanto, se o réu não confirma em juízo a declaração feita na gravação, esta não poderia provar a confissão.

Por outro lado, no caso da interceptação e da escuta, o fato de serem realizadas por terceiros já as torna ilícitas, ressalvados os casos permitidos em nossa legislação, acima mencionados.

Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Notitia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em degravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por

terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita. (STF – HC 80948/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 19.12.2001, p.04).

4.3 Provas Ilícitas por Derivação

As provas ilícitas por derivação são aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito.

É a manifestação da teoria dos frutos da árvore envenenada – “*fruits of the poisonous tree*” – originária da jurisprudência norte-americana, e para PACELLI (2006: 312), “nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas”.

Pois se a ilicitude da prova pudesse ser contornada pela obtenção de novas provas, em síntese, legalizaria-se a primeira prova, a qual fora obtida ilicitamente.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a pertinência da teoria dos frutos da árvore envenenada em seus julgados:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. 1. É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos “frutos da árvore venenosa”. 2. Inexistência de prova autônoma. 3. Precedente do

Plenário: HC nº 72.588-1-PB. 4. Habeas-corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. (STF – HC 74116/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 07.02.1997, pp.06903).

Contudo, na prática, algumas vezes há dificuldades em delimitar essa derivação: ou seja, a constatação de que a prova efetivamente derivou daquela que era ilícita.

Poderia acontecer, por exemplo, que o conhecimento de certas provas ocorreria mesmo sem o auxílio da informação ilicitamente obtida. Ou que outros elementos, estes lícitos, também sirvam à comprovação da conduta criminosa. Nesse sentido, decidiu a Suprema Corte:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO-ACOLHIMENTO. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido. (STF – HC 74599/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07.02.1997, pp.01340).

EMENTA: HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO EXTEMPORÂNEA. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO ACOLHIMENTO. A alegação de inépcia da denúncia, por não descrever as condutas individualizadas dos co-partícipes e nem demonstrar, sequer implicitamente, a existência de associação permanente entre os pacientes para o cometimento do tráfico de substância entorpecente, é extemporânea, pois a oportunidade de argüi-la, se antes não fora suscitada, exauriu-se com a prolação da decisão condenatória transitada em julgado. Jurisprudência dominante no STF. Desacolhimento do proposto pela Procuradoria-Geral da República, no sentido da concessão de ofício do habeas corpus para anular-se a decisão condenatória. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que contamina as demais provas que dela se originam -, não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido. (STF – 74530/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.12.1996, pp.50167)

Em outros casos, a teoria dos frutos da árvore envenenada não foi aplicada porque necessita prévio pré-questionamento, de acordo com a Súmula 282 do STF: "é inadmissível recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". E assim decidiu:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação - "the fruits of the poisonous tree" - não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. (STF - AI-AgR 503617/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04.03.2005, pp.00030)

Ressaltamos que, apesar dessas dificuldades em delimitar a ilicitude da prova e até que ponto as dela decorrentes foram contaminadas, é aceita a construção doutrinária e jurisprudencial que envereda pelo caminho de proibir, também, a prova ilícita por derivação, conhecida como a doutrina do *Fruit of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada), pela qual o veneno da árvore contamina seus frutos.

Segundo tal entendimento, embora a prova colhida no processo seja lícita, ela deriva de uma outra obtida por meio ilícito. É o caso, por exemplo, da busca domiciliar levada a efeito sem mandado, em que, no local, vem a ser apreendido o produto do crime, ou da confissão obtida sob tortura, através da qual apreende-se o produto da infração penal. Refira-se ainda, o caso da interceptação telefônica sem autorização judicial por meio da qual se obtém a indicação de testemunha que, posteriormente, prestando depoimento, regularmente, perante a autoridade judiciária, ratifica os fatos revelados na aludida escuta telefônica, incriminando o réu. Aqui também o Supremo Tribunal Federal vem mantendo

irredutível entendimento no sentido de sufragar a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

4.4 O Princípio da Proporcionalidade

A Constituição federal protege os direitos e garantias fundamentais, afirmando inclusive, em seu artigo 5º, parágrafo primeiro, que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata.

Mas, essas normas são destinadas a toda a sociedade, de modo que, em alguns casos, a proteção de um implicará a não-tutela de outro. Pois, como já vimos, o conflito de interesses é inevitável pelo simples fato da convivência social.

Por isso, será impossível a proteção total a todos os direitos assegurados no Ordenamento Jurídico, visto que, muitas vezes, o exercício do direito por alguém atingirá o direito de outrem.

Assim, para resolver os conflitos entre os chamados direitos e garantias fundamentais, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, ou seja: a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao outro.

Esse princípio teve sua origem na Inglaterra, em 1215, com a Magna Carta, e era mais utilizado no Direito Administrativo, como meio de limitação para o excesso de poder. Posteriormente, passou a ser adotado na hermenêutica de todo o direito, sendo um dos mais importantes postulados da Constituição Federal de 1988.

Convém informar que a maioria da doutrina brasileira, bem como o Supremo Tribunal Federal, usam proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos. A preferência por um termo ou outro pode ser detectada apenas pela origem: autores de influência germânica preferem proporcionalidade; já aqueles de orientação anglo-saxã, elegem o termo razoabilidade. A doutrina portuguesa também utiliza o termo princípio da proibição de excesso.

Para a Suprema Corte, a proporcionalidade decorre da cláusula do devido processo legal substantivo: é aquele dirigido sobretudo ao legislador, o qual, ao elaborar as leis, deve consagrar determinados conteúdos, como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural e a proporcionalidade.

A doutrina vislumbra o desdobramento do princípio da proporcionalidade em três subprincípios, quais sejam: adequação – é a relação entre o meio utilizado e o fim almejado. Para que haja proporcionalidade, o meio, obviamente, deve estar apto a alcançar a finalidade desejada, senão não há proporcionalidade.

Outro subprincípio a ser observado é a necessidade: verificar se é preciso utilizar-se daquela forma, se é o meio menos gravoso possível. Para a doutrina, é até mais importante que a adequação, pois ao analisar a necessidade, alguns defendem que a adequação está incluída.

Por fim, temos o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito: seria a relação custo/benefício da medida adotada. Afinal, como expunha JELLINEK (2001: 87): “não se deve abater pardais com canhões”. O critério utilizado deve ser razoável.

Percebe-se então que, diante da vedação constitucional expressa no tocante às provas ilícitas, a saída encontrada pela doutrina para defender a

aceitação de provas ilícitas no processo deverá ser baseada em critério de proporcionalidade.

4.5 A Licitude da utilização das Provas Ilícitas pela Defesa

Conforme exposto acima, pelo critério da proporcionalidade pode-se permitir o emprego da prova ilícita na defesa do acusado. Na verdade, colocando na balança a liberdade do indivíduo e a atividade persecutória do Estado, a primeira deve prevalecer.

Para PACELLI (2006: 324), o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade, dado que:

- a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta no *estado de necessidade*, excludente de ilicitude;
- b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular.

A prova ilícita, quando *pro reo*, vem sendo admitida com tranqüilidade não só na doutrina como na jurisprudência, em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do favor rei. Tal posição mitiga, sem dúvida, o rigor da inadmissão absoluta das provas ilícitas. Em tais casos, o sujeito estaria em situação de verdadeiro estado de necessidade, causa excludente da antijuridicidade, vendo-se obrigado ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade.

É a hipótese, por exemplo, da pessoa que, de forma sub-reptícia, grava sua conversa com terceiro para provar sua inocência. Aliás, o Código de Processo Penal, no parágrafo único do art. 233, já previa a possibilidade da exibição em juízo, pelo respectivo destinatário, de carta particular, para a defesa de seu direito, ainda

que sem consentimento do signatário. Em tal circunstância, a pessoa estaria ao abrigo de uma causa excludente de ilicitude, pois em verdadeira situação de estado de necessidade.

Deste modo, para evitar uma condenação, o réu vê-se forçado a exhibir correspondência, que a Constituição Federal (art. 5º, XII) protege como um valor absoluto, violando o seu sigilo. Entre a inviolabilidade da correspondência e o direito à liberdade sobreleva este último. Isso nada mais é que a aplicação, pura e simples, do princípio da proporcionalidade.

Entre a condenação de um inocente e o uso da prova ilícita que pode levar à absolvição do réu, não há dúvida que prevalece, como valor maior, a liberdade individual. As "Mesas de Processo Penal" do Departamento de Direito da USP estabeleceram, através da Súmula nº 50, que "podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas" desde que beneficiem a defesa.

Aliás, parece-nos inconcebível a idéia de, num conflito entre liberdade e legalidade, a segunda prevalecer. A aplicação do princípio da proporcionalidade é uma questão de justiça, considerando o princípio de que as normas jurídicas devem estar sujeitas a uma interpretação razoável, sob pena de se transformarem em preceitos injustos e irracionais.

É importante esclarecer que parte da doutrina entende ser possível também o aproveitamento de provas ilícitas pela acusação. Seria a atuação concreta do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Contudo, discordamos de tal entendimento.

Vislumbramos que o Estado, dotado do aparato persecutório, não poderia utilizar-se de provas ilícitas - tanto para não desequilibrar a dialética processual,

como porque a vedação constitucional da utilização de provas ilícitas destina-se claramente à proteção do réu, frente ao arbítrio que poderia ser exercido pelos poderes estatais.

Assim, no exame das provas ilícitas, a doutrina dominante vem firmando orientação no sentido de que tal modalidade de prova não pode ser admitida no processo, salvo quando *pro reo*, situação em que vem sendo acolhida com tranqüilidade, não só na doutrina como perante a jurisprudência, em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do favor rei.

A posição dos doutrinadores é acompanhada pela jurisprudência, ao que parece majoritária, de nossos tribunais, valendo notar que o Pretório Excelso, quando do julgamento da ação penal contra o Presidente Collor e Paulo César Farias, firmou entendimento no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas, através da manifestação unânime do plenário da mais alta Corte de Justiça do País. Percebe-se que aquele "*leading case*" ensejou ao Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, em face da relevância política que a hipótese apresentava, aplicar o princípio da razoabilidade, em decisão que serviria de orientação para nossos tribunais para outros casos em que se justificasse a invocação do princípio.

Pois, a despeito do caráter peremptório do texto constitucional, a norma está a exigir ponderação, prestigiando o direito fundamental do acusado em face da persecução estatal.

Em síntese, a admissibilidade da utilização de prova ilícita pelo réu, em sua defesa, é uma construção principiológica, baseada, sobretudo, na convivência das prerrogativas constitucionais, que sabemos, na prática, não serem absolutas. Daí advém o juízo de ponderação que justifica a opção de deixar de observar norma constitucional – a legalidade – frente ao prejuízo de se condenar alguém inocente.

Portanto, como fim maior a ser almejado pelo direito, é uma medida de justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo monográfico teve como objetivo a análise da possibilidade de utilização, pela defesa, de provas ilícitas.

Para que o escopo pudesse ser atingido, foi realizada uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca do tema em comento.

Como ressaltado no primeiro capítulo, o direito à ampla defesa, assegurado constitucionalmente, tem que ser observado, não somente por constar como direito fundamental em nossa lei maior, mas, sobretudo por ser o meio de atingirmos o ideal de justiça.

Assim, como operadores do direito, e como membros da sociedade em que vivemos, é fundamental defendermos a sua utilização, e não nos calarmos, protestando diante do seu desrespeito, já que vivemos em uma democracia.

Expusemos a correlação entre o direito de defesa e os diversos princípios como o devido processo legal, o princípio do contraditório, a máxima *in dubio pro reo*, posicionando-nos no sentido de que com a observância de todos esses postulados é que deve ser construída a verdade processual.

Desse modo, ressaltamos a importância de o acusado poder intervir e modificar a dialética processual, passando de mero destinatário da norma a construtor da realidade processual ali posta.

Portanto, pautados pela observância do direito à defesa, analisamos em seguida o tema relativo à prova, seara em que o mencionado direito pode ser observado em plenitude.

Defendemos a utilização da prova de maneira honesta, respeitando os limites legalmente impostos e vislumbrando-a como uma faculdade do réu, o qual não poderá ser compelido a observar determinada postura em sua defesa.

Nesse tocante, ressaltamos o direito à defesa técnica, meio pelo qual todo acusado tem de ser acompanhado por um defensor, legalmente habilitado, sob pena de nulidade. O que nada mais é do que uma manifestação do direito de defesa.

Aqui relembremos também, o direito ao silêncio, assegurado ao réu em sua defesa. Ora, se ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, o direito de permanecer calado resulta claro.

Reafirmamos a necessidade de, durante toda a instrução probatória, bem como no decorrer de todo o processo, serem observados o devido processo legal e todos os princípios dele decorrentes.

Dentro da teoria da prova, comentamos a faculdade probatória do juiz, assegurada pelo Código de Processo Penal, o qual confere ao juiz o poder de requerer diligências e ainda ouvir novamente testemunhas e o acusado, tudo isso com escopo de chegar à verdade real. Porém, compatibilizando-o com o diploma legal, firmamos posicionamento no sentido de que o juiz, mesmo em prol da defesa só poderá requerer essas diligências para dirimir dúvidas, se as mesmas forem remanescentes das provas produzidas pela acusação ou pela defesa. Caso contrário, o juiz deve julgar de acordo com as provas já colhidas, não podendo

exercer, concomitantemente, o papel de acusador ou defensor, investigador e julgador.

Por fim, diante da postura eminentemente constitucional adotada como orientação para este trabalho, apreciamos a questão do aproveitamento de provas ilícitas em defesa do réu, tendo o princípio da proporcionalidade como postulado que torna possível essa utilização frente à vedação exposta no artigo 5º, inciso LVI da Constituição federal de 1988.

Assim, no exame das provas ilícitas, a opinião abalizada da doutrina dominante e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vêm firmando posicionamento no sentido de que tal modalidade de prova não pode ser admitida no processo, salvo quando *pro reo*, situação em que vem sendo acolhida com tranqüilidade, em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do favor rei.

Logo, diante da temática abordada para a realização deste trabalho monográfico, concluímos pelo acerto da orientação adotada, visto que entre a condenação de um inocente e o uso da prova ilícita que pode levar à absolvição do réu, não há dúvida que sobreleva, como valor maior, a liberdade individual.

Como outrora defendido, acreditamos ser a aplicação do princípio da proporcionalidade uma questão de justiça, de modo que devemos lutar pela expansão e observância do referido postulado, principalmente em face de quem, mesmo inocente, vê-se ameaçado de ser privado de sua liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BOMFIM, Edílson Mougnot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941. Institui a Lei de Contravenções Penais**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 04 de outubro de 1941.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 04 de outubro de 1941.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 26 de setembro de 1995.

_____. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 24 de julho de 1996.

_____. Lei nº 10.792 de 01º de dezembro de 2003. **Altera a Lei nº 7.210 de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 02 de dezembro de 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitudes e limites**. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no processo penal**. Teresina. Disponível em <<http://www.jus.com.br>> Acesso em 10 mar. 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.