



LUCIANA MOREIRA DE ATAIDE RAMOS

A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS EM FAVOR DO RÉU.

Brasília
2016

LUCIANA MOREIRA DE ATAIDE RAMOS

A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS EM FAVOR DO RÉU.

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, sob orientação do Prof. Marcus Vinícius Bastos.

Brasília
2016

LUCIANA MOREIRA DE ATAÍDE RAMOS

A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS EM FAVOR DO RÉU.

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, sob orientação do Prof. Marcus Vinícius Bastos.

Brasília, _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor Marcus Vinícius Bastos
Orientador

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus e a Nossa Senhora por terem iluminado meu caminho durante essa jornada que foi o curso de Direito, me guiando e me protegendo.

Agradeço ao meu pai Aloízio e a minha mãe Maria de Lourdes, pilares da minha essência, por todo apoio na minha formação profissional e essencial contribuição para a formação do meu caráter. E ao meu irmão Pérsio, que para mim é sinônimo de dedicação e perseverança, pela amizade e incentivo de sempre. Obrigada por todo amor e carinho!

Ao meu orientador, Professor Marcus Vinícius Reis Bastos, sempre solícito, que, atenciosamente, me orientou e me incentivou no desenvolvimento desse trabalho, transmitindo sempre segurança e muita paciência, meu muito obrigada!

Ao meu namorado e grande amor Luiz Felipe por todo incentivo e apoio durante todo o curso. Ele, grande amante e entendedor da área jurídica, esteve ao meu lado em cada momento dessa caminhada, sem medir esforços, o que foi essencial para o meu crescimento e formação profissional, colaborando, assim, para o meu sucesso. Obrigada por todo amor, carinho e dedicação e por sempre acreditar no meu potencial!

Não poderia deixar de agradecer também aos verdadeiros amigos que compuseram essa brilhante jornada. Pessoas especiais que o curso de direito me proporcionou conhecer. Caminhamos juntos e vencemos juntos também. Não teria sido a mesma coisa sem vocês!

RESUMO

No âmbito processual penal coabitam princípios basilares com o fito de esmerar os meios de defesa do acusado. Nesse diapasão, as provas ilícitas, apesar de vedadas pelo ordenamento pátrio permitem adicionar novos elementos, os quais, ainda que proibidos, têm o condão de absolver ou até mesmo atenuar uma possível condenação ao acusado. Como objetivo geral deste trabalho, consagra-se a análise do referido instituto, da prova ilícita, primeiramente, pelos princípios presentes cernes aplicados em cada caso real. Neste aspecto, o princípio da proporcionalidade e o da presunção de inocência revestem-se de verdadeiras ferramentas aptas a solucionar o embate principiológico a ser analisado no caso concreto, tendo em vista a amplitude dos mesmos. Como resultado, o objetivo específico do presente trabalho se pauta na teoria da prova a *favor rei* que, por sua vez, se consubstancia na reafirmação do direito de defesa do acusado, com vistas a garantir um direito da pessoa, mas, com as devidas ponderações a ser examinada em cada caso.

Palavras-chave: Processo Penal. Provas ilícitas a *favor rei*. Princípio da proporcionalidade. Princípio da presunção de inocência.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DIREITO À PROVA	8
2.1 Conceito e sentido de prova.....	8
2.2 Meios de prova	10
2.3 Produção de prova	12
2.4 Garantias e princípios constitucionais que afetam a produção da prova	16
2.5 Avaliação da prova pelo juiz.....	26
3 PROVA ILÍCITA	28
3.1 Conceito	28
3.2 Espécies e Disciplina Constitucional e Legal	28
3.3 Inadmissibilidade da prova ilícita	30
3.4 Prova ilícita por derivação	32
4 UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA	35
4.1 Impossibilidade.....	35
4.2 Possibilidade e o Princípio da Proporcionalidade.....	37
4.3 Utilização pró réu	40
4.4 Princípio da presunção de inocência.....	42
4.5 Jurisprudências pertinentes.....	43
5 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico contemporâneo apresenta diversos institutos na seara do Direito Processual Penal pátrio, os quais permitem reforçar o sistema processual e, ao mesmo tempo, aprimorar os meios de defesa do acusado. Nesse contexto, as provas ilícitas, como meio de defesa, se revelam num grande instituto de direito, bem como em uma ferramenta voltada à absolvição ou atenuação da pena a ser cominada no caso de condenação do acusado.

Assim, no primeiro capítulo apresenta-se o conceito jurídico de provas, aí inseridos os meios de prova, a produção de provas, as garantias constitucionais relacionadas à produção de provas, bem como o método de avaliação das provas pelo juiz. Ou seja, há uma análise geral sobre as provas e os institutos a ela aplicados.

Já no segundo capítulo dá-se continuidade ao tema, agora, sob o enfoque das provas ilícitas, com o destaque no conceito, espécies, disciplina legal, tipo e limites. Esses elementos atestam que as provas ilícitas, no direito brasileiro, se traduzem em verdadeiras proibições estatuídas no arcabouço jurídico pátrio. Contudo, há de se ressaltar sua aplicabilidade quando diante dos meios de defesa do réu, isto porque, para conceituar o direito de defesa do réu, consubstanciado, primordialmente, nos princípios do contraditório e da ampla defesa, deve-se, também, elucidar alguns dos princípios constitucionais aplicados ao direito processual penal, a exemplo do princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade.

Por conseguinte, no capítulo final discorre-se a despeito da utilização das provas ilícitas sob o prisma da possibilidade e impossibilidade de seu uso pró-réu, desde que presentes os princípios da proporcionalidade e presunção de inocência.

Com efeito, o princípio da presunção de inocência permite ao réu evocar para si provas, as quais viabilizem uma possível absolvição, mesmo que ilícitas, uma vez que conduzem à produção de prova sem a qual não seria possível a concretude de uma defesa plena, apta a comprovar a inocência do réu.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, se vislumbra num verdadeiro instrumento de direito processual, capaz de ponderar entre os excessos e limitações

dos meios de prova, sendo, a prova ilícita, neste aspecto, um elemento a ser analisado com prudência e restrição tendo em vista o caso concreto.

Portanto, ao mesmo tempo em que um princípio avança e viabiliza a prova ilícita como um meio de defesa, o outro princípio restringe o momento e o limite de seu uso, já que no direito pátrio inexistente princípio absoluto.

Nesse sentido, o objetivo cerne do presente trabalho é de analisar os efeitos práticos do instituto da prova ilícita no ordenamento jurídico atual, em especial, no que tange aos meios de prova do réu para redução ou absolvição de uma possível condenação, trazendo a baila, para tanto, os princípios essenciais responsáveis pelo verdadeiro alcance do instituto da prova ilícita.

Assim, para conceituar o tema, torna-se imperiosa a análise tanto do âmbito jurisprudencial quanto doutrinário, os quais permitem vislumbrar e aclarar o debate a ser levantado.

2 DIREITO À PROVA

2.1 Conceito e sentido de prova

O termo prova denota três sentidos fundamentais para o direito processual pátrio, mas, antes mesmo de distingui-los, deve-se, primeiramente, apresentar o conceito do termo prova que, origina-se do latim "probatio". Prova significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Do termo "probatio" deriva o verbo provar "probare".

Ao conceituar o tema, ensina Guilherme de Souza Nucci:

“Dele deriva o verbo provar - probare -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer, por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.”¹

Quanto aos três sentidos fundamentais adotados para o termo prova, tem-se, em primeiro, a prova como ato de provar pelo qual se verifica a verdade do fato alegado, a exemplo do que se permite produzir em fase probatória. Em segundo, a prova como meio, ou seja, instrumento capaz de comprovar a veracidade de algo, a exemplo da prova testemunhal. E, por último, a prova como resultado da ação de provar, que consiste no produto retirado da análise dos instrumentos de prova oferecidos, atestando, assim, a verdade de um fato.

Ao lecionar sobre os três sentidos supramencionados, o professor Guilherme de Souza Nucci, utilizando-se das palavras do mestre Antonio Magalhães Gomes Filho, cita que:

"[...] Segundo ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, os dois primeiros sentidos dizem respeito à ótica objetiva, enquanto o terceiro refere-se à ótica subjetiva, decorrente da atividade probatória desenvolvida." ²

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. p. 335.

² GOMES FILHO, apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. p. 335.

O tema em baila liga-se, diretamente, à ideia de verdade, ao ponto em que esta representa o ápice da prova, sem a qual não se verifica a tese apontada.

A despeito do conceito de verdade ensina o professor Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha:

“A verdade chega à inteligência humana através de um meio de percepção. Destarte, a prova pode ser entendida como todo meio usado pela inteligência do homem para a percepção de uma verdade”.³

Com efeito, a prova, como significado jurídico, simboliza os atos e meios usados pelas partes e verificados pelo juiz, consubstanciada na verdade dos fatos alegados. O exame dessa prova, por outro lado, exige do julgador um conhecimento sobre a realidade social, uma vez que no contexto penal julgam-se os homens e suas vidas.⁴

Inclusive, a análise das provas pelo magistrado se correlaciona com o princípio da busca da verdade real, cujo teor importa na análise precisa das questões jurídicas e fáticas que lhes são colocadas. *In verbis*:

ACÓRDAO E M E N T A REVISAO CRIMINAL PRELIMINAR DE NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - LEITURA ÀS TESTEMUNHAS DE DEPOIMENTO ANTERIORMENTE PRESTADO, AFASTANDO A POSSIBILIDADE DE CONTRADIÇÕES - INOCORRÊNCIA - PRELIMINAR ¿EX OFFICIO¿ DE AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE ENQUADRAMENTO NAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ACOLHIDA - REVISAO NAO CONHECIDA.

1 - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. **Busca o Processo Penal a verdade real dos fatos com o fim de possibilitar ao julgador a mais precisa análise das questões jurídicas e fáticas que lhes são colocadas, devendo o magistrado conduzir a produção da prova dentro das determinações fixadas na legislação, evitando-se, assim, a nulidade de todo o processo.** A leitura das declarações prestadas pela testemunha na fase inquisitorial, antes de prestar seu depoimento na fase jurisdicionalizada, não é vedada pelas normas legais em vigência. Mesmo que ocorram contradições nos testemunhos o seu reconhecimento não é imediato, devendo o magistrado considerá-las diante da capacidade de memorização de

³ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 6

⁴ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 6

cada pessoa e das demais provas que foram produzidas no contexto do feito. A própria lei, no parágrafo único do artigo 204 do Código de Processo Penal, permite à testemunha consultar apontamentos e documentos, desde que o faça na frente do juiz e das partes, sendo incoerente vedar a possibilidade da magistrada proceder a leitura dos depoimentos anteriormente prestados. Possuindo a nulidade natureza relativa, preclui a sua alegação se não manifestada oportunamente, e caso existisse dita irregularidade estaria sanada, uma vez que não houve protesto no ato da audiência quanto ao modo de oitiva das testemunhas, além de que não há prova de eventual prejuízo suportado pela defesa. Preliminar rejeitada. 2 - PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. Restando evidente que o pleito revisional apresenta-se como mero inconformismo com a decisão condenatória, pretendendo-se, tão somente, o reexame da prova produzida na ação penal, ou seja, fazer da revisão criminal uma segunda apelação, o pedido não deve ser conhecido, porque ausente requisito de admissibilidade, uma vez que não se enquadra a pretendida revisão em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal. Preliminar acolhida para não conhecer da revisão. (Grifo nosso) ⁵

Portanto, em referência ao raciocínio em alhures, restou evidenciada a vinculação da prova à busca de uma verdade real, que, inclusive, se reveste em princípio processual penal, pautado na recriação dos fatos *ipsis litteris*. Desta forma, o juiz deve, no processo penal, buscar nos autos uma verdade real dos fatos ocorridos, exigindo-se, para tanto, a materialização da prova, ao contrário do que ocorre no processo civil, onde vigora o princípio da realidade formal, consubstanciado até mesmo pela certeza obtida na simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial.

6

2.2 Meios de prova

Meios de prova são todos os recursos diretos ou indiretos utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo.⁷ Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova.⁸ Tanto é verdade essa

⁵ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Revisão Criminal. **RVCR: 100070006976 ES 100070006976**. Câmaras Criminais Reunidas. Relator: Des. José Luiz Barreto Vivas. Espírito Santo, 07 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5027280/revisao-criminal-rvcr-100070006976>>. Acesso em: 14 set. 2016.

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 281.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. Pag. 336.

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 403.

afirmação que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas.⁹

Neste mesmo espeque segue o ensinamento do professor Julio Fabbrini Mirabete:

“Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime”.¹⁰

Ocorre, no entanto, que o princípio da liberdade probatória, não é absoluto; sofre restrições. No próprio Código de Processo Penal, vislumbram-se, dentre outras, as seguintes limitações ao princípio da liberdade dos meios de prova: o art. 155, parágrafo único, que manda observar as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas (casamento, morte e parentesco são as situações que somente se provam mediante as respectivas certidões). Ou seja, a própria legislação apresenta, também, algumas exigências que, certamente, limitam o alcance da liberdade dos meios de prova.¹¹

Ensina Guilherme de Souza Nucci, utilizando-se do entendimento da doutrinadora Ada Pellegrine Grinover (em seu livro *Liberdades públicas e processo penal*), que:

"Os meios de prova podem ser lícitos - que são admitidos pelo ordenamento jurídico - ou ilícitos - contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito".¹²

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 403.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 252.

¹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 403-404.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. p. 337.

2.3 Produção da prova (Ônus da prova)

A palavra ônus se origina do latim (*onus*) com o significado de peso, fardo, carga, imposição, etc. Conseqüentemente, o ônus da prova (*onus probandi*) importa na necessidade de se provar algo, com o fito de se ver reconhecida a pretensão manifestada em juízo.¹³

Ensina Julio Fabbrini Mirabete que:

"Numa perspectiva subjetiva, ônus da prova (*onus probandi*) é a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal".¹⁴

Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, reforça, ainda, o instituto do *onus probandi* sob a definição de que este se traduz no "encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos, conforme for a distribuição de tal imposição".¹⁵

A jurisprudência majoritária reafirma a necessidade dos litigantes quanto a incumbência do ônus da prova de suas alegações. Senão vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006). ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. DESTINAÇÃO MERCANTIL CONFIGURADA. NÃO DESINCUMBÊNCIA DO ÔNUS PROBATÓRIO POR PARTE DA DEFESA. INTELIGÊNCIA DO ART. 156, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS POR POLICIAIS QUANDO HARMÔNICOS E COESOS ENTRE SI E COM AS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS AOS AUTOS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I - A prova dos autos gera a convicção de que a substância entorpecente apreendida pelos agentes policiais eram, efetivamente, de propriedade do apelante e se destinavam à venda, haja vista a forma do seu acondicionamento, a circunstância em que a prisão e a apreensão da droga se concretizaram e a natureza nociva da substância entorpecente em questão. Via de

¹³ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 7.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 258.

¹⁵ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 8.

efeito, os fatos narrados na denúncia efetivamente subsumem-se à figura típica prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. II **De acordo com o conteúdo normativo do artigo 156, caput, do Código de Processo Penal, o ônus da prova incumbe a quem alega.** No caso concreto, a afirmação da defesa não está minimamente arrimada em qualquer elemento de convicção coligido aos autos. III São válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas, tal como se dá no caso sob exame. Precedentes jurisprudenciais. IV - Recurso conhecido, mas, no mérito, improvido. (Grifo nosso)¹⁶

Leciona Guilherme de Souza Nucci, utilizando-se das palavras do mestre Gustavo Henrique Bardaró (em seu livro *Ônus da prova no processo penal*), que:

"Ônus da prova, em outro enfoque, é uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito".¹⁷

No processo penal, em regra, o ônus da prova é da acusação, que, por sua vez, apresenta a imputação em juízo mediante denúncia ou queixa-crime. Mas, pode o réu chamar para si o interesse de prova a ser produzida, a exemplo de quando se alega, em benefício próprio, fato capaz de excluir a ilicitude ou culpabilidade do crime.¹⁸ Assim, o interesse de provar cabe a quem tem o interesse de se valer de uma prerrogativa legal para afirmar sua pretensão, ou seja, àquele que tem uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos, de outra sorte, a quem fornece a exceção, cumpre provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.¹⁹

Neste mesmo sentido corrobora a jurisprudência pátria. *In verbis*:

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LEI 7.492/86. ART. 22. PARÁGRAFO ÚNICO. REMESSA DE VALORES AO EXTERIOR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO OU COMUNICAÇÃO À

¹⁶ PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. Apelação Criminal. **APL: 201330222386**. 1ª Câmara Criminal Isolada. Relator: Des. Vera Araujo de Souza. Pará, 05 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165186291/apelacao-apl-201330222386-pa>>. Acesso em: 14 set. 2016.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. p. 340.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. p. 340-341.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 405.

REPARTIÇÃO FEDERAL. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. ALEGAÇÃO DA DEFESA. ÔNUS DA PROVA. 1. **Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação. Mas é possível, sem incorrer na inversão, a produção de prova pela defesa, quando alega, em benefício do patrocinado, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.** 2. Descabe sustentar ausência de prova da autoria do crime contra o Sistema Financeiro Nacional, haja vista ter sido a própria defesa que aludiu a existência de outra pessoa (estrangeiro de origem indiana) à qual teria sido transferida a administração da conta bancária de seu patrocinado, aberta no exterior sem o conhecimento das autoridades brasileiras e supostamente emprestada ao terceiro, por meio da qual a Polícia Federal identificou diversas remessas de moeda ao exterior em benefício do réu e de sua empresa. 3. **A prova da alegação incumbe a quem a faz (inteligência do art. 156 do Código de Processo Penal).** 4. A desistência, pela defesa, da oitiva de testemunha considerada fundamental, embora possa ser vista como estratégia, torna insustentável a tese de ausência de responsabilidade delitiva do patrocinado, uma vez que nenhuma outra circunstância existe para afastá-la dele, sobretudo porque a ninguém senão ele e sua empresa interessavam as transferências descobertas pela Polícia Federal. 5. Apelação provida. (Grifo nosso)²⁰

No que tange à repartição do ônus da prova, conforme citado em alhures, o emérito doutrinador Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha assevera:

“À acusação cabe o ônus de provar a existência de um fato penalmente ilícito, a sua realização pelo denunciado e a culpa (*stricto sensu*); à defesa compete demonstrar a inexistência de dolo, causas extintivas de punibilidade, causas excludentes da antijuricidade e eventuais excludoras da culpabilidade.”²¹

No que tange a repartição do ônus da prova, a jurisprudência também sinaliza sua possibilidade, valendo-se do brecado o ônus da prova cabe a quem alega. *In verbis*:

APELAÇÃO PENAL. ART. 180, CAPUT DO CP. CRIME DE RECEPÇÃO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO. PEDIDO MINISTERIAL DE CONDENAÇÃO DO RÉU, ORA APELADO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO SÓLIDO. IN DUBIO PRO REO. INTELIGÊNCIA DO ART. 386, VII DO CPP. MANUTENÇÃO IN TOTUM

²⁰ MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Apelação Criminal. **ACR: 77635 MG 0077635-26.2009.4.01.3800**. Terceira Turma. Relator: Des. Tourinho Neto. Minas Gerais, 17 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23002624/apelacao-criminal-acr-77635-mg-0077635-2620094013800-trf1>>. Acesso em: 14 set. 2016.

²¹ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 15.

DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. As provas carreadas aos autos não evidenciam indubitável certeza da autoria por parte do ora apelado no delito em questão a justificar um decreto condenatório.
2. Impossível a condenação do recorrido com base em indícios, pois acarretaria verdadeira violação aos princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade, sendo medida de justiça à manutenção da sentença absolutória de 1º grau.
3. Presente a dúvida, diante do contraditório contexto probatório dos autos, a absolvição do apelado é medida que se impõe face ao princípio humanitário in dubio pro reo, uma vez que a dúvida favorece o réu e o Direito Penal só se satisfaz com a certeza amparado em prova judicializada inequívoca, fatos inocorrentes no caso em apreço.
4. Aplicação do princípio do in dubio pro reo com fundamento no artigo 386, inciso VII do CPP.
5. **Necessário ainda esclarecer que em processo penal também há a repartição do ônus da prova em relação aos fatos alegados pelas partes, valendo a seguinte regra: o ônus da prova cabe a quem alega.**
6. Os argumentos tanto da defesa quanto da acusação devem necessariamente ser provados durante a instrução criminal e, nesse caso, a acusação não se desincumbiu de provar o que alegou em desfavor do ora apelado.
7. Sentença confirmada.
8. Recurso conhecido e improvido.
9. Unanimidade. (Grifo nosso) ²²

Ainda, quanto à prova da alegação, exemplifica o mestre Fernando Capez:

"Cabe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa); em contra partida, cabe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais. Caso o réu pretenda a absolvição com fulcro no art.386, inciso I, do Código de processo penal, incumbe-lhe ainda a prova da inexistência do fato".²³

Cabe, por último, ressaltar a despeito da faculdade do juiz em autorizar de ofício a produção de provas, nos termos do art. 156, inciso II, do Código de Processo Penal, que assim disciplina: "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante". Frise-

²² PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. Apelação. **APL: 201230237964**. 1ª Câmara Criminal Isolada. Relator: Des. Vera Araujo de Souza. Pará, 02 de abril de 2013. Disponível em: <<http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164735372/apelacao-apl-201230237964-pa>>. Acesso em: 14 set. 2016.

²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 405.

se, porém, que essa prerrogativa a ser ou não adotada pelo magistrado é supletiva, devendo, para tanto, ser ponderada sua atuação, e, valerá, somente, em casos excepcionais, nos quais se paira dúvida que possa influir no estado de espírito do magistrado.²⁴

2.4 Garantias e princípios constitucionais que afetam a produção da prova.

A Carta Magna de 1988, bem como outros regramentos infraconstitucionais, adotaram princípios que regem a produção de provas. Os princípios, por sua vez, são verdadeiros valores fundamentais que agregam ao sistema processual e possuem a capacidade de nortear a aplicação e interpretação das demais normas de direito, formando um sistema normativo unitário.²⁵

Os princípios, também, outorgam os devidos cuidados, quando diante da apreciação, aferição e respeito aos direitos e garantias fundamentais, norteadores do ordenamento jurídico pátrio. O mestre Eugênio Pacelli de Oliveira leciona a despeito da função dos princípios e regras gerais do sistema, asseverando que:

"O exame acerca dos meios de prova disponíveis, bem como da idoneidade e da capacidade de produção de certeza que cada um deles pode oferecer, deve ser precedido da identificação dos princípios e das regras gerais a eles aplicáveis".²⁶

Ao conceituar o tema em baila, tendo em vista a produção de provas, deve-se, prioritariamente, analisar o cerne da prova, cujo objetivo se pauta pela demonstração, em juízo, da existência de um fato perturbador ou violador de um direito. Neste esboço, os princípios que conduzem a prova podem ser definidos como critérios legais em busca de tal objetivo, qual seja, o de viabilizar a prova produzida.²⁷

Dos principais princípios que orientam a prova no processo criminal, temos os seguintes: princípio da autorresponsabilidade das partes; princípio da audiência

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 405-406.

²⁵ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**: revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 332.

²⁷ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 32.

contraditória; princípio da aquisição ou comunhão da prova; princípio da oralidade; princípio da concentração; princípio da publicidade; e, por último, o princípio do livre convencimento motivado.

O princípio da autorresponsabilidade das partes se relaciona com o próprio ônus da prova, já que cada parte assume e suporta o risco das consequências de sua negligência, erro, inatividade e intenção, pois cabe às partes demonstrar em juízo os elementos comprobatórios de suas alegações.²⁸

No que concerne ao princípio da autorresponsabilidade das partes, define a jurisprudência pátria:

LATROCÍNIO. TENTATIVA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. QUANTUM. REDUÇÃO. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA NA TENTATIVA. ITER CRIMINIS. PROXIMIDADE COM A EXECUÇÃO. I – Quando a Defesa pugna pela produção de prova após o encerramento da instrução deverá, necessariamente, comprovar a impossibilidade de requerê-la no momento processual oportuno. Não o fazendo, terá seu pedido indeferido pela ocorrência do instituto da preclusão, sem que haja ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa ou à busca da verdade real. II – **Em matéria probatória vige o princípio da autorresponsabilidade das partes, segundo o qual as partes assumem as consequências de sua inatividade, erro ou atos intencionais.** III – Estando a autoria devidamente comprovada pelas firmes declarações judiciais da vítima e testemunha presencial, aliadas aos reconhecimentos efetivados na delegacia e em juízo, impõe-se a manutenção da condenação. IV – É incabível a desclassificação para crime diverso ao de latrocínio tentado, quando constatado que, ao efetuar os disparos, o autor intencionava provocar o óbito da vítima, só não advindo o resultado morte por circunstâncias alheias à vontade do réu. V – A avaliação desfavorável das consequências do crime impõe o aumento da pena, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, considerada a pena mínima e máxima abstratamente fixadas ao latrocínio, correto o recrudescimento da pena em um ano e três meses, pela valoração negativa daquela circunstância judicial. VI - Constatado que os réus esgotaram todos os meios executórios disponíveis, não alcançando a consumação por circunstâncias alheias à sua vontade, a aplicação da fração mínima de

²⁸ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 32-33.

redução da pena pela tentativa é medida que se impõe. VII – Recurso conhecido e parcialmente provido.²⁹ (Grifo nosso)

O princípio da audiência contraditória, por sua vez, se correlaciona com a denominada audiência bilateral, no qual toda a prova em juízo admite a contraprova, não sendo admissível a produção de qualquer prova sem o conhecimento da parte adversa. Inclusive, a não possibilidade de participação ou ciência para uma das partes de manifestar-se sobre prova existente nos autos, gera nulidade do processo.³⁰

Neste mesmo sentido, corrobora o entendimento jurisprudencial majoritário, *in verbis*:

APELAÇÃO. ROUBO. CONCURSO DE PESSOAS. EMPREGO DE ARMA. PRELIMINAR. NULIDADE. AUDIÊNCIA BILATERAL. PARIDADE DE ARMAS. INCOMUNICABILIDADE DAS VÍTIMAS. AMPLA DEFESA. CONTRADITÓRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. 2ª FASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. QUANTUM DE AUMENTO NA 3ª FASE. MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO. CONCURSO FORMAL. NÚMERO DE CRIMES. FRAÇÃO 1/5. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. COMPETÊNCIA JUÍZO DA EXECUÇÃO. **Não se vislumbra ofensa aos princípios da audiência bilateral e paridade de armas, quando tanto o Ministério Público quanto a Defesa tiveram oportunidade de produzir provas e impugná-las, inclusive de ter entrevista com as vítimas.** A incomunicabilidade no processo penal diz respeito às testemunhas e não às vítimas do crime e diz respeito à colheita da prova, no momento da audiência para tanto. Verificando-se que as partes tiveram a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa e não sendo demonstrada a efetiva ocorrência de prejuízo aplica-se o princípio *pas de nullité sans grief*, nos termos do art. 563 do CPP. Se os apelantes foram reconhecidos logo após o crime e em Juízo, se a versão das vítimas encontra respaldo na prova dos autos, inclusive sendo corroborada por depoimento de policial, não há que se falar em ausência de provas para a condenação pelo crime de roubo. Como é sabido, a palavra da vítima em crimes contra o patrimônio tem especial relevo, enquanto as declarações de policiais são revestidas de fé pública inerente aos atos administrativos em geral. Conforme o recente entendimento manifestado pela 3ª Seção do STJ, a agravante da

²⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR. 20140610049677**. Terceira Turma Criminal. Relator: Des. Nilsoni de Freitas. Brasília, 30 de abril de 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186165107/apelacao-criminal-apr-20140610049677>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

³⁰ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 33.

reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão. O acréscimo relativo ao concurso de pessoas e ao emprego de arma deve ser justificado quando as circunstâncias da empreitada criminosa extrapolarem os limites normais do tipo penal e autorizarem a fixação no patamar acima do mínimo. No concurso de crimes, o acréscimo da pena deve ser aferido em função do número de delitos. Cometidos três crimes de roubo, correto o aumento de 1/5 (um quinto) da pena. A pena pecuniária, no caso de concurso, é aplicada distinta e integralmente, nos termos do art. 72 do CP. Mantém-se a pena fixada sem observância a esta regra, em benefício do réu, se o recurso é unicamente da defesa. Indefere-se o pedido para recorrer em liberdade se os acusados permaneceram presos durante todo o processo e ainda persistem os motivos autorizadores da custódia cautelar, sobretudo o risco à ordem pública e à aplicação da lei penal. Compete ao Juiz da execução penal o exame do pedido de isenção das custas processuais. Recurso conhecido e parcialmente provido.³¹ (Grifo nosso)

O entendimento acima explanado corrobora com a exegese jurisprudencial pátria, neste sentido:

"Prova. Princípio do contraditório. Toda prova criminal deve ser produzida com a interferência e a possibilidade de oposição pela parte a que possa prejudicar, pois o princípio do contraditório é de aplicação imperativa, abrangendo, inclusive, aquela de iniciativa do juiz (Ap. 127.930, TACrim)".³²

No que tange ao princípio da aquisição ou comunhão da prova tem-se que, no âmbito penal, não há prova atinente apenas a uma das partes, e, sim, o ônus de produzi-la. Com efeito, toda a prova produzida em sede processual ministra a favor de ambos os litigantes, bem como à justiça.³³

Assim define a jurisprudência dos tribunais, a saber:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA POR CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO CONSUMADO: ART. 121, § 2º, INCS. I e IV, DO CÓDIGO PENAL. PRONUNCIAMENTO DO ACUSADO. DEFESA QUE SE MANIFESTA NO SENTIDO DE OUVIR EM SESSÃO PLENÁRIA UMA TESTEMUNHA CONSIDERADA IMPRESCINDÍVEL. DEFERIMENTO INICIAL DO JUÍZO, COM POSTERIOR

³¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR. 20130510151518**. Segunda Turma Criminal. Relator: Des. Souza e Ávila. Brasília, 25 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/143467644/apelacao-criminal-apr-20130510151518-df-0014934-2520138070005>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

³² HC Concedido. Revista **Consultor Jurídico**. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-out-10/justica_bahia_liberta_frei_acusado_pedofilia_1?pagina=3>. Acesso em: 20 jun. 2016.

³³ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 33.

RECONSIDERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DAS PROVAS. DIREITO ADQUIRIDO À PROVA.** Neste caso, a defesa técnica requereu a produção de uma prova, qual seja a intimação de uma testemunha, sendo prontamente deferida pelo Juízo de Piso, que posteriormente resolve, de ofício, indeferi-la. Pode-se afirmar que uma vez deferida uma prova, tendo sido esta requerida por uma das partes, no caso pela Defensoria Pública, não seria mais admissível a retratação por parte do magistrado a quo. Embora o juiz possa - em verdade deva - indeferir as provas inúteis e desnecessárias, **uma vez deferida a produção de algum meio de prova, cria-se um direito adquirido à prova.** Constrangimento ilegal caracterizado. PEDIDO QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DETERMINAR A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS DE PRAXE PARA A LOCALIZAÇÃO DA TESTEMUNHA ARROLADA PELA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. ³⁴ (Grifo nosso)

Quanto ao princípio da oralidade, haverá, sempre, predominância da palavra falada. Assim, os depoimentos serão orais, sendo indevida a substituição por outros meios, a exemplo de assertos particulares. Inclusive, sustenta-se que o grande viés deste princípio se pauta na concentração da produção de prova na audiência, que por sua vez, representa o princípio da concentração. ³⁵

Quanto ao princípio da publicidade, tem-se que as provas e atos judiciais de uma maneira geral devem ser públicos, salvo, excepcionalmente, os submetidos a segredo de justiça. ³⁶

A jurisprudência majoritária caminha no mesmo sentido, consoante ao tema:

RECLAMAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. JUNTADA DE MÍDIA QUE CONTENHA GRAVAÇÃO AUDIOVISUAL AOS AUTOS DA AÇÃO PENAL. **PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.** DIREITO DAS PARTES DE ACESSO AOS ATOS PROCESSUAIS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RECLAMAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. 1. A audiência de custódia, introduzida no ordenamento interno do TJDF, através da Portaria Conjunta nº 101, de 07 de outubro de 2015, visa garantir ao preso sua apresentação à autoridade judicial competente no prazo de 24 horas, objetivando o controle da legalidade e da necessidade da prisão, bem como resguardar a integridade física e psíquica do detido. 2. O artigo 11, §§ 1º e 2º, do referido ato normativo

³⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Habeas Corpus. **HC. 00379830920158190000.** Terceira Câmara Criminal. Relator: Des. Paulo Sergio Rangel do Nascimento. Rio de Janeiro, 01 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/239218798/habeas-corporus-hc-379830920158190000-rj-0037983-0920158190000>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 261.

³⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 409.

dispõe acerca da possibilidade de utilização do sistema de gravação audiovisual nas audiências de custódia, e que, nesses casos, a ata de audiência, juntamente com a mídia, será anexada ao auto de prisão em flagrante e encaminhada ao juízo criminal competente. 3. **Constitui direito das partes o acesso ao conteúdo dos atos processuais pretéritos à ação penal, tendo em vista o princípio da publicidade dos atos processuais, insculpido no inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal, só podendo ser restringido quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.** 4. Reclamação conhecida e provida. ³⁷ (Grifo nosso)

Por derradeiro, o princípio do livre convencimento motivado assume a posição norteadora do convencimento do juiz acerca da livre apreciação da prova, que, por sua vez, não fica adstrito a critérios valorativos, sendo, por conseguinte, livre na sua escolha, aceitação e valoração, desde que consignadas ao processo com a devida motivação de seu convencimento. ³⁸

Dessa forma segue o entendimento dos tribunais, quanto ao tema:

APELAÇÃO CRIMINAL. NULIDADE ABSOLUTA DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE ANÁLISE DA TESE DEFENSIVA. NÃO CARACTERIZADO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ROUBO. CORRUPÇÃO DE MENORES. DELITO FORMAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO APLICAÇÃO. CONDUTAS INDEPENDENTES E BENS JURÍDICOS DIVERSOS. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. CONCURSO DE AGENTES E CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO.

1. **Em respeito ao princípio do livre convencimento motivado, o Magistrado não está obrigado a rebater cada argumento da defesa, sendo suficiente que exponha as razões de seu convencimento de forma fundamentada, ainda que de maneira sucinta. Não há se falar em nulidade da sentença por ausência de apreciação de tese defensiva quando o juízo de origem analisa todas as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes para o julgamento da causa.**
 2. Não sendo o crime de corrupção de menores meio de preparação ou execução do roubo circunstanciado, não se aplica o princípio da consunção, pois se trata de condutas autônomas, independentes e ofensivas a bens jurídicos diversos.
 3. O delito de corrupção de menores e o crime de roubo tutelam objetos diversos e, portanto, a majoração do crime de roubo pelo concurso de agentes independe de ser o outro agente imputável ou imputável,

³⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Petição no Recurso. **PET: 20150020326944**. Segunda Turma Criminal. Relator: Des. Cesar Laboissiere Loyola. Brasília, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/309650437/peticao-pet-20150020326944>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 260.

criança ou adolescente, bastando para tanto o concurso de esforços para o reconhecimento da maior gravidade do ilícito penal, não havendo se falar em bis in idem, face a autonomia e independência dos delitos.

4. A mera alegação do réu de que desconhecia a idade do menor envolvido na prática do delito não se presta ao reconhecimento do erro de tipo, sendo necessária a prova cabal de tal assertiva, pois, segundo o entendimento majoritário, em tal hipótese incumbe à defesa o ônus de demonstrar a tese suscitada.

5. Apena pecuniária deve guardar proporção com a corporal imposta.

6. Apelação conhecida e parcialmente provida. Preliminar rejeitada. ³⁹ (Grifo nosso)

De outra sorte, a constituição também apresenta outros princípios basilares acerca da produção de provas, sendo os principais: princípio do contraditório, presunção de não culpabilidade e garantia contra a autoincriminação.

O princípio da legalidade tem previsão legal no artigo 5º, XXXIX, da Carta Magna, assim instituído: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". O princípio da legalidade atribui à lei a figura de fonte única do direito penal capaz de delinear os tipos penais contrários ao ordenamento jurídico, assim, só a lei possui o condão de demarcar as possíveis condutas humanas. O princípio alegado se relaciona intimamente com o conceito de Estado de direito, já que num verdadeiro Estado de Direito, concebido com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, a subordinação de todos perante a lei torna-se mecanismo imperioso para o controle do poder. ⁴⁰

Assim reafirma a jurisprudência majoritária sobre o tema, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL. DANO AO PATRIMÔNIO DO DISTRITO FEDERAL. APLICAÇÃO DA FORMA QUALIFICADA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ANALOGIA IN MALAN PARTEM. DANO SIMPLES. AÇÃO PENAL PRIVADA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE.

1. **Nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e art. 2º do Código Penal, o Direito Penal é regido pelo princípio da legalidade, o qual preceitua que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.**

2. A despeito de ser o Distrito Federal um dos entes que compõe a República Federativa do Brasil, não se deve desrespeitar o princípio da

³⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR: 20150310102814**. Terceira Turma Criminal. Relator: Des. Sandoval Gomes De Oliveira. Brasília, 12 de maio de 2016. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340720711/apelacao-criminal-apr-20150310102814>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

⁴⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 17. ed. Niterói: Impetus, 2004. v.1. p.143.

legalidade, pois no Direito Penal não se admite a analogia in malam partem.

3. Correta a configuração de crime de dano simples àquele praticado contra os bens públicos distritais.

4. O crime de dano simples se processa mediante ação penal privada, de acordo com o artigo 167 do CP, logo, não possui o Ministério Público legitimidade para a propositura da ação penal.

5. Recursos conhecidos. Apelo do réu parcialmente provido e desprovido o ministerial. ⁴¹ (Grifo nosso)

A garantia constitucional do contraditório está inserta no art. 5º, inciso LV da Carta de 1988, que assim dispõe: "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". Para infirmar ainda mais o preceito estabelecido constitucionalmente, a legislação infraconstitucional, por intermédio do art. 155 do Código de Processo Penal, firmou o entendimento de que: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

No que pertine à garantia do contraditório define a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PROVA EMPRESTADA. VALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. **A prova emprestada pode ser utilizada como meio de prova, desde que corroborada por outros elementos constantes nos autos, observado o princípio do contraditório.** Nessas circunstâncias, a prova emprestada tem o mesmo valor da prova originalmente produzida. Precedentes do TJDFT e do STJ.

2. Assim, se os testemunhos trasladados foram refeitos, com a presença do acusado e de sua defesa técnica, instaurou-se o contraditório, uma vez que as testemunhas ficaram à disposição da defesa para contradita e arguição direta, oportunizando-se, assim, o desenvolvimento regular da defesa.

3. Ordem conhecida e denegada. ⁴² (Grifo nosso)

⁴¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR: 20130410131803**. Terceira Turma Criminal. Relator: Des. Sandoval Gomes De Oliveira. Brasília, 12 de maio de 2016. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340720707/apelacao-criminal-apr-20130410131803>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

⁴² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Habeas Corpus. **HC: 20160020086766**. Terceira Turma Criminal. Relator: Des. Jesuíno Aparecido Rissato. Brasília, 12 de maio de 2016.

Denota-se da cognição supraestabelecida, que o contraditório serve ao magistrado como condição de validade das provas, e, que, ele só poderá proferir sentença com base nas provas produzidas em sede judicial, ressalvados "os elementos informativos da investigação quando constituírem provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".⁴³

Em que pese ao princípio da presunção de não culpabilidade, o texto constitucional reservou a presente garantia, ao prevê-la em seu artigo 5º, inciso LVII, cujo teor assim disciplina: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Ou seja, o referido princípio denota a imperiosa necessidade da confirmação e certeza de autoria da infração penal, para que se considere alguém culpado, o que só se verifica mediante o trânsito em julgado de sentença condenatória.⁴⁴

Ademais, a presunção de não culpabilidade delimita a própria prisão, isso porque se o réu não pode ser considerado culpado, sem a verificação do trânsito em julgado, então, a prisão por antecipação da pena só se justifica quando tiver natureza cautelar.⁴⁵

Neste mesmo sentido coaduna o entendimento jurisprudencial majoritário, a saber:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28, DA LEI 11.343/06. NÃO ACOLHIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXCLUSÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVAS DO ENVOLVIMENTO DO RÉU EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. **PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.** IN DUBIO PRO REO.

Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340486052/habeas-corporus-hbc-20160020086766>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 73.

⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 322.

⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 291-292.

- Não é possível acolher-se o pleito absolutório quando a autoria e materialidade do crime de tráfico estão satisfatoriamente comprovadas pela confissão extrajudicial de um dos corréus, amparada pelos demais elementos de prova coligidos nos autos.
- Inviável a pretendida desclassificação para o delito do artigo 28, da Lei 11.343/06, pois a apreensão de elevada quantidade de cocaína, juntamente com três balanças de precisão com resquícios de cocaína, evidenciam que a droga se destinava ao tráfico.
- Afasta-se a análise desfavorável das circunstâncias judiciais da culpabilidade e consequências do crime, não sendo possível a utilização cumulativa da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, consoante entendimento firmado pelo e. Supremo Tribunal Federal.
- **Não havendo motivos para se afirmar o envolvimento do apelante em atividades criminosas, devem prevalecer os princípios da presunção da inocência e *in dubio pro reo*. Precedentes.**
- Recursos parcialmente providos. ⁴⁶ (Grifo nosso)

O terceiro e último princípio constitucional a ser explanado se consubstancia na garantia contra a autoincriminação, previsto no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, que assim dispõe: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". O aludido princípio corresponde ao reconhecimento da liberdade moral do acusado, formalizado pelo seu direito de permanecer silente, o que permite ao acusado deixar de se manifestar quanto às indagações formuladas pela autoridade, sem que o mesmo incorra em qualquer tipo de penalidade. ⁴⁷

Assim define a jurisprudência majoritária dos tribunais, *in verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DE PENA. RECURSOS PROVIDOS PARCIALMENTE.
1. Atípica a conduta daquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial, em atitude de autodefesa, ex vi do disposto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que garante o direito ao silêncio e não autoincriminação.

⁴⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR: 20090310315127**. Segunda Turma Criminal. Relator: Des. Silvânio Barbosa dos Santos. Brasília, 25 de maio de 2011. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19524131/apr-apr-99556520098070003-df-0009955-6520098070003>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁴⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 233.

2. O princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF.

4. Não há que falar em princípio da insignificância se a conduta se revela de forma extremamente reprovável.

5. No delito de furto, para se comprovar a qualificadora pelo rompimento de obstáculo, indispensável à realização de perícia, que somente poderá ser suprida por prova testemunhal quando desaparecidos os vestígios.

6. Na fixação da pena base, deve o d. magistrado, além de se pautar na lei e nas circunstâncias judiciais, observar o princípio da proporcionalidade, a fim de que a atuação do estado-juiz se mostre justa e suficiente a cumprir seu fim precípua, qual seja, a reprovação e prevenção dos delitos.

7. Recursos providos parcialmente. ⁴⁸ (Grifo nosso)

Os princípios, portanto, se revelam em bases fundamentais aptas a permitir um verdadeiro devido processo legal, onde as regras devem ser devidamente respeitadas com base nos direitos fundamentais da pessoa humana.

2.5 Avaliação da prova pelo juiz.

Ao analisar as provas produzidas no processo, o juiz passa, então, à avaliação destas, com base em juízo pessoal.

Consoante ao tema, leciona Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha:

"A avaliação da prova é um ato eminentemente pessoal do juiz, somente seu, mediante o qual, examinando, pensando e estimando os elementos oferecidos pelas partes, chega a uma conclusão sobre o alegado". ⁴⁹

Além disso, há de se destacar que a única avaliação das provas válida no processo é a do juiz, não obstante as partes poderem fornecer elementos para influírem

⁴⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR: 20090310315127**. Segunda Turma Criminal. Relator: Des. Silvânio Barbosa dos Santos. Brasília, 26 de maio de 2011. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19524131/apr-apr-99556520098070003-df-0009955-6520098070003>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁴⁹ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 74.

na apreciação. Logo, somente a avaliação do juiz deve prevalecer, ainda que concludente ou duvidosa.⁵⁰

O ordenamento jurídico pátrio consagra, majoritariamente, o sistema da livre persuasão racional ou livre convencimento motivado, ao abordar o tema da livre apreciação das provas pelo magistrado. Isso implica na livre apreciação das provas pelo juiz para a formação de seu convencimento, podendo optar por aquela mais convincente, sem que haja qualquer critério de valoração prévia da prova.⁵¹ Para tanto, não há que se falar em vinculação a critérios, previamente, estabelecidos em lei, e, sim, na livre apreciação das provas.⁵²

Em relação ao sistema aludido, cabe, ainda, registrar a exigência da fundamentação das decisões, pelo magistrado, com a devida exposição dos motivos de sua convicção.⁵³ Devendo o juiz fundamentar suas decisões com base nas provas constantes nos autos.⁵⁴

Ao conceituar o tema, sob a premissa em balia, o professor Julio Fabbrini Mirabete descreve que:

"Fica claro, porém, que o juiz está adstrito às provas carreadas aos autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos estranhos a eles: o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*). Seus domínios são exclusivamente os das provas do processo, porém, na eleição ou avaliação delas, ele é livre, guiando-se pela crítica sã e racional: a lógica, o raciocínio, a experiência etc. o conduzirão nesse exame e apreciação. Por isso se fala no princípio da persuasão racional na apreciação da prova".⁵⁵

Dessa forma, o sistema da livre persuasão racional é basilar para a livre apreciação das provas pelo magistrado, com vistas ao fundamento da decisão face às provas constantes no universo dos autos.

⁵⁰ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 74.

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 340.

⁵² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008. p. 260.

⁵³ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004. p. 79.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 395.

⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 260.

3 PROVA ILÍCITA

3.1 Conceito

A Constituição Federal trouxe, em seu art. 5º, inciso LVI, dispositivo legal, referente à coibição do uso das provas ilícitas, instituindo que: “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. Some-se a isto, o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 157, também tratou do tema, assentando que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Os preceitos legais supramencionados asseguram, conjuntamente, a tutelar, direitos e garantias individuais, assim como, igualmente, preservam a própria qualidade do material probatório, produzido e valorado no processo.⁵⁶

Para o ordenamento jurídico pátrio, a prova ilícita é aquela obtida de forma a infringir norma de direito material e processual. A prova será vedada toda vez que caracterizar uma violação de normas legais ou de princípios de natureza processual ou material.⁵⁷

Fernando Capez considera como provas ilícitas:

“[...] todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem com aquelas que afrontem princípios constitucionais”.⁵⁸

3.2 Espécies e Disciplina Constitucional e Legal

Os doutrinadores dividem as provas ilegais em: ilícitas e ilegítimas. As primeiras denotam contrariedade às normas de Direito Material, tanto pelo meio, quanto o modo

⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345.

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interpretações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 128.

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 370-371.

de obtenção. E as segundas, evidenciam um afronta às normas de Direito Processual, seja na produção ou na introdução da prova no processo.⁵⁹

As provas ilegítimas, por ferirem Direito Processual, só se verificam no momento da produção probatória, dentro do processo.

O mestre Fernando Capez, exemplifica alguns modelos de provas ilegítimas, sendo estes:

"[...] o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, caput (CPP); o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc. Podemos ainda lembrar as provas relativas ao estado de pessoas produzidas em descompasso com a lei civil, por qualquer meio que não seja a respectiva certidão (CPP, art. 155, parágrafo único, conforme a Lei n. 11.690/2008), ou a confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando a infração tiver deixado vestígios (CPP, art. 158)".⁶⁰

A prova ilícita, por sua vez, é assim caracterizada desde o momento de sua obtenção, de seu surgimento, de modo que sequer produz eficácia processual. Ao ser juntada aos autos, a ilicitude já terá maculado o ato, tornando-a inócua.⁶¹

Dentre alguns dos exemplos de provas ilícitas presentes no ordenamento jurídico, tem-se os seguintes: a confissão obtida mediante tortura, coação ou maus tratos, que viola o direito à incolumidade física (art. 5º, III, CF/88); a busca e apreensão domiciliar realizada sem autorização judicial (art. 5º, XII, CF/88); as violações abusivas à intimidade (art. 5º, X, CF/88); e as informações obtidas com violação à liberdade da pessoa que presta a informação (como o soro da verdade, lie detector, interrogatórios exaustivos).⁶²

Importa aqui consignar que, essa divisão entre provas ilegítimas e ilícitas, a bem da verdade, não mais vigora em decorrência da nova redação dada ao artigo 157, do Código de Processo Penal através da Lei nº 11.690/2008, uma vez que o referido

⁵⁹ LENS, Luiz Alberto Thompson Flores. **Os meios moralmente legítimos de prova**. v. 25, n. 97. Revista de informação legislativa. 1988, p. 219-236

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 370.

⁶¹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 34.

⁶² ÁVILA, Thiago André Peirobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 98.

artigo passou a dispor da seguinte forma: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim, entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.⁶³

Conquanto a nova redação do artigo citado, em alhures, tenha findado com a distinção legal acerca das provas ilegítimas e ilícitas, cabe aqui frisar a importância na alteridade dos conceitos, pois, as consequências transmitidas em cada um dos conceitos representa tratamento diverso no âmbito do processo penal, porquanto a prova ilícita gera inconstitucionalidade do ato, enquanto a ilegítima acarreta a mera ilegalidade.

3.3 Inadmissibilidade da prova ilícita

Associando-se o Código de Processo Penal com a Constituição Federal, não pairam dúvidas de que no direito brasileiro vigente vigora a regra da inadmissibilidade da prova ilícita. Ou seja, são proibidas as provas obtidas contra a lei, as afrontadoras aos bons costumes, bem como as ofensivas a um princípio geral de direito.⁶⁴

Insta suscitar que, por conta do preceito constitucional, estabelecido no Art. 5º, inciso LVI, todas as provas colhidas, de origem ilícita são proibidas em qualquer processo, seja ele judicial ou administrativo.⁶⁵

Ao ilustrar o tema, o professor Luiz Flávio Gomes traça uma ligação entre as provas ilícitas e os direitos fundamentais da pessoa humana, bem como define quais são os sujeitos alcançados pela vedação do uso de provas ilícitas no processo, figurando, para tanto, o Estado e o particular neste quesito, conforme disposto abaixo:

"De qualquer modo é certo que o tema das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais da pessoa. Destinatários das regras: as regras que disciplinam a obtenção das provas estão, desde logo, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado. Mas não somente para eles: os particulares também não podem obter nenhuma prova violando as limitações constitucionais e legais existentes. Um

⁶³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 371.

⁶⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 54.

⁶⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53.

pessoa (um particular) não pode invadir um escritório ou consultório e daí subtrair provas. Essa forma de obtenção de provas é ilícita".⁶⁶

Corroborando com matéria em referência, a jurisprudência do Pretório Excelso é assente ao tratar da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal, por entendê-las contrárias às garantias constitucionais asseguradas sob o manto da Carta Maior. Senão vejamos:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - **A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.** - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. **No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina.**⁶⁷ (Grifo nosso)

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Provas Ilícitas e Ilegítimas distinções Fundamentais**. 2009. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em 02 jun. 2016.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE: 251445 GO**. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 21 de junho de 2000. Disponível em:

Depreende-se, portanto, das informações supra, que as provas ilícitas são inadmissíveis, em regra, posto seu caráter contrário ao ordenamento e às regras e princípios constitucionais.

3.4 Prova ilícita por derivação

As provas ilícitas por derivação são aquelas que, mesmo lícitas, decorrem, essencialmente, de outra prova considerada ilícita ou de situação de ilegalidade ocorrida anteriormente à sua produção, o que importa em sua contaminação.⁶⁸

Ensina Fernando Capez quanto à prova ilícita por derivação, quanto sua inadmissibilidade que “tais provas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, que atinge todas as provas subsequentes. Serão ilícitas as demais provas que dela originarem”.⁶⁹

A norma consta firmada no artigo 157, §1º do Código de Processo Penal, que assim dispõe: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. A regra em análise, é inspirada no direito americano, intitulada de “fruits of the poisonous tree”, o que traduzido em português significa “frutos da árvore envenenada”.⁷⁰

Exemplificando as provas ilícitas por derivação, ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

“É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado.”⁷¹

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁶⁸ ÁVILA, Thiago André Peirobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 100.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 370.

⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 257.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 128.

As provas ilícitas por derivação são repudiadas, em regra, pelos tribunais superiores, tendo, inclusive, o STF assim ponderado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. ACÓRDÃO QUE SE FUNDOU NOS FATOS E NAS PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL CUJA MINUTA NÃO SE INSURGE CONTRA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

4. In casu, acórdão recorrido assentou: “Penal. Processo Penal. Art. 16, caput, da Lei nº 10.826/2003. Violação de domicílio. Meras suspeitas. Não caracterização de flagrante delito. Prova ilícita. Absolvição. 1. Meras suspeitas de que o apelante seria o possível autor de crime cometido no local investigado, não autoriza a entrada dos policiais em sua residência, sob o fundamento de flagrante delito. 2. **Sem eficácia probatória a prova colhida, pois obtida ilicitamente, cuja apuração se deu diante de comportamento ilícito dos agentes dos agentes estatais, violando o domicílio do acusado, não servindo de suporte a legitimar sua condenação.** 3. **Inadmissível também a prova derivada da ilícita, pois evidente o nexa causal entre a invasão de domicílio e a apreensão das armas.** 5. **A absolvição é medida que se impõe.**

5. Agravo regimental a que se nega provimento. ⁷² (Grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça também se manifesta no mesmo sentido que o Excelso Pretório, *in verbis*:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. AÇÃO PENAL INSTAURAÇÃO. BASE EM DOCUMENTAÇÃO APREENDIDA EM DILIGÊNCIA CONSIDERADA ILEGAL PELO STF E STJ. AÇÕES PENAS DISTINTAS. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA. 2. ILICITUDE DA PROVA DERIVADA. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EM PROVA DERIVADA DA PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO. 3. ORDEM CONCEDIDA. 1. Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. 2. **Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal assim instaurada.** 3. Ordem

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. **ARE 731306 PR**. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23987673/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-731306-pr-stf>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente ordem também ao co-réu na mesma ação LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES.⁷³ (Grifo nosso)

Frise-se, contudo, que não serão sempre ilícitas as provas obtidas ilicitamente, bem como as subsequentes como destas⁷⁴. Isso se dá em virtude de exceções instituídas na norma legal, do referido artigo 157, §1º do Código de Processo Penal, que assim prevê: “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Evidencia-se, portanto a ausência do nexo de causalidade quando não se vislumbra qualquer correlação de causalidade entre a prova ilícita e a que dela supostamente advém, assim não configurando a incidência da teoria da prova ilícita por derivação.⁷⁵

Dessa forma, não são todas as provas derivadas das ilícitas que devem ser consideradas também inadmissíveis, ou seja, o magistrado deve se ater a análise das provas bem como fiscalizar o vínculo de causalidade entre as provas ilícitas e as subsequentes destas, com o fito de rogar pela legalidade dos meios empregados.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC: 100879**. Sexta Turma. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/787572/habeas-corpus-hc-100879-rj-2008-0042875-2>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 365.

⁷⁵ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 347.

4 UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

4.1 Impossibilidade

A Constituição de 1988 inovou quanto à impossibilidade da utilização da prova ilícita, isto porque, antes da Carta Magna atual, a doutrina majoritária entendia favorável a admissibilidade das provas ilícitas com o fito de condenar o réu.

Ao conceituar o tema define Susana Henriques da Costa:

"Os autores entendiam que o juiz deveria aproveitar qualquer tipo de prova, independente do seu conteúdo. Os atos ilícitos deveriam ser enviados ao juízo penal, que deveria apurá-los. A jurisprudência também defendia este posicionamento, embasando esta corrente na medida em que era favorável à ideia do *male captum, bene retentum*." ⁷⁶

Ocorre que, posteriormente, as provas ilícitas passaram a ser inadmissíveis frente à própria corrente legal adotada pela Carta Maior de 1988, bem como pelos princípios ali instituídos, a exemplo do devido processo legal.

Aliás, no que pertine ao princípio supramencionado, define Edilson Mougenot Bonfim:

"[...] o Princípio do devido processo legal substancia-se na garantia de que o conteúdo da jurisdicionalidade é a legalidade (*nullus actum sine lege*), ou seja, o rigor de obediência ao previamente estabelecido na lei." ⁷⁷

Assim, nos dizeres de Mougenot, a observância rigorosa quanto ao que fora previamente estabelecido na lei denota regra basilar do direito e garantia dos jurisdicionados. Logo, a lei define a forma de tramitação a ser desenvolvida.

Neste diapasão, utilizando-se das palavras de Eduardo J. Couture, ressalta Fernando da Costa Tourinho Filho:

⁷⁶ COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 85-120, mar 2006. p. 93.

⁷⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

“[...] o *due process of law* consiste no direito de a pessoa não ser privada da liberdade e de seus bens, sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei”⁷⁸

Logo, qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à invalidade da prova.⁷⁹

Frise-se, ainda, que não só o princípio do devido processo legal repele o uso da prova ilícita, bem como o próprio texto constitucional adotou, também, em seu art. 5º, inciso LVI, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, que assim dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A jurisprudência majoritária reverbera quanto à inadmissibilidade do uso de provas ilícitas, bem como do respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e, especialmente, ao devido processo legal. Consoante ao tema:

PENAL. FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENOR. PRELIMINARES. NULIDADE POR PROVA ILÍCITA E ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. INSUBSISTÊNCIA. DEPOIMENTO DE POLICIAL CONDUTOR DO FLAGRANTE. EFICÁCIA PROBATÓRIA. SENTENÇA MANTIDA.

1. **Não há nulidade por ilicitude de provas se, *inexistente ilegalidade nos elementos probatórios*, o decreto condenatório restar devidamente fundamentado nas provas judicializadas, sob o crivo do contraditório, de modo a respeitar a ampla defesa e atender o devido processo legal.**

2. A preliminar de ilegitimidade passiva, arguida sob a negativa de autoria, confunde-se com o próprio mérito da causa à medida que sua aferição demanda a análise dos elementos que comprovam a materialidade e a autoria do delito.

3. Não afeta a persecução criminal a circunstância de a vítima tomar conhecimento do furto apenas após a prisão do acusado. Trata-se de crime apurado mediante ação penal pública incondicionada, que independe de representação da vítima, e cujo inquérito policial pode ser instaurado de ofício (artigo 5º, I, Código de Processo Penal), como nas hipóteses de prisão em flagrante delito.

4. Os depoimentos dos policiais, que integraram a diligência que resultou na prisão em flagrante, revestem-se de eficácia probatória, pois, tratando-se de agentes públicos no exercício de sua função, são dotados de presunção de veracidade, mormente quando corroborados pelos demais elementos de prova constantes nos autos.

5. Não subsiste a negativa de autoria quando o cotejo das provas demonstra contexto fático apto a formar segura convicção de que o

⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 604-605.

acusado é um dos autores do crime de furto descrito na denúncia, pois preso em flagrante extremamente próximo do local dos fatos na posse da res furtiva logo em seguida ao cometimento do delito.

6. Preliminares rejeitadas. Não provimento do recurso.⁸⁰ (Grifo nosso)

Mister ressaltar que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritária, contestam sobre o uso das provas obtidas por meios ilícitos, uma vez que há a intenção do legislador em assegurar as garantias e direitos fundamentais com vistas a permitir um eficaz e justo processo para a sociedade.⁸¹

Neste contexto, a tutela dos direitos individuais e da coletividade são pontos que se interligam, razão pela qual as provas devem ser analisadas e colhidas sem desrespeito às garantias sociais e às liberdades individuais.⁸²

Portanto, a inadmissibilidade de provas ilícitas com fulcro, tão somente, na condenação do réu, não merece guarida legal, uma vez que os direitos e garantias individuais e coletivos devem ser respeitados, até mesmo para salvaguardar a presunção de inocência do indivíduo, evitando, para tanto, decisões injustas ou, socialmente reprováveis.

4.2 Possibilidade e o Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade se destaca como um dos critérios mais utilizados para interpretação sistemática de normas constitucionais para solucionar eventuais conflitos de valores constitucionais. Assim, existindo conflito entre valores constitucionais, faz-se necessário a ponderação entre os referidos valores, frente ao caso concreto, com vistas a delimitar qual valor deverá preponderar.⁸³

No que pertine ao tema, há de se consignar, contudo, que a proporcionalidade não deve ser tida como um simples princípio, tradicionalmente considerado, mas, sim, o

⁸⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR: 20130710397724**. Terceira Turma Criminal. Relator: Des. Humberto Ulhôa. Brasília, 19 de abril de 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182857854/apelacao-criminal-apr-20130710397724>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

⁸¹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 352.

⁸² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 7.

⁸³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 374.

de maior relevância, isto porque enquanto os demais princípios jurídicos reportam-se relativos e admitem flexibilizações de valores, o princípio da proporcionalidade, por sua vez, é um método interpretativo com desígnio voltado a solução de conflito entre princípios, como forma de balanceamento dos valores em oposição, sem, contudo, se flexibilizar, o que o caracteriza como um princípio absoluto.⁸⁴

Ainda que haja uma relutância por grande parte da doutrina e da jurisprudência, quanto à aceitação do princípio da proporcionalidade em seara processual penal, tem-se a necessidade de seu uso, em decorrência do reiterado contrabalanceamento de valores e princípios que se opõem, costumeiramente, a exemplo da ponderação entre o direito à liberdade do indivíduo frente ao dever do Estado de punir o culpado.⁸⁵

Nesse espeque, apesar da grande relevância do princípio da proporcionalidade, seu uso deve ser erigido com cautela no âmbito do processo penal.

Neste mesmo sentido leciona Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha:

“[...] por ela, de maneira excepcional e em casos de extrema gravidade, pode-se usar a prova ilícita, tomando-se por base e sopesando-se os valores em contradição e em debate.”⁸⁶

Portanto, há a possibilidade da utilização da prova ilícita, desde que presente o princípio da proporcionalidade, pautada no equilíbrio entre as garantias fundamentais do cidadão e um processo penal justo e eficaz. Neste compasso, os tribunais pátrios vêm abrandado a vedação às provas ilícitas, para, então, considerá-las eficazes, desde que seu uso não importe como único elemento de convicção do juízo, bem como o seu conteúdo coadune com os demais elementos probatórios colhidos nos autos do processo.⁸⁷

Com efeito, há de se frisar, portanto, que a inadmissibilidade da prova ilícita é relativa. Aliás, o entendimento supra, verifica-se nas palavras de Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha:

⁸⁴ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

⁸⁵ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

⁸⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 65.

⁸⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 319.

“[...] é um princípio meramente relativo, que pode ser violado desde que esteja em jogo e em posição contrária um outro princípio ao qual se atribuiu igual ou maior valor.”⁸⁸

Inclusive, mesmo a prova ilícita, excepcionalmente, analisada sobre o ponto de vista desfavorável ao réu, deve prevalecer o princípio da proporcionalidade. *In verbis*:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexiste, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. **2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação.** 3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito a própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das pacientes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima. 5. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza. 6. A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. 7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e,

⁸⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 65.

certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. 8. Ordem denegada. (Grifo nosso) ⁸⁹

Portanto, a teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade consiste em uma construção doutrinária e jurisprudencial, na qual ocorre a ponderação de valores entre as garantias fundamentais do cidadão e um processo penal justo e eficaz, cujo teor se reporta à análise da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, permitindo, excepcionalmente, seu uso, triagem após a triagem, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes e opostos.

4.3 Utilização pró réu

A aceitação do princípio da proporcionalidade não apresenta maiores resistências quando em utilização a favor do réu (*pro reo*), isto porque a vedação da prova ilicitamente obtida não pode servir de escusa destinada a perpetuar condenações injustas. O sopesamento entre aceitar uma prova vedada, como único meio para absolver o acusado (comprovado, assim, a sua inocência) ou permitir que alguém seja privado de sua liberdade, sem ter praticado qualquer ato ilícito, denota-se, portanto que a primeira alternativa, de aceitar a prova vedada, é a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito com vistas a assegurar a proteção da dignidade do ser humano.

⁹⁰

Neste mesmo sentido trilha o entendimento jurisprudencial dos Tribunais, *in verbis*:

ACÓRDAO PROCESSUAL PENAL . APELAÇÃO CRIMINAL . ART. 214 C/C ART. 224 DO CP. **PROVA ILÍCITA. ADMISSIBILIDADE. POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. 1 Existindo outros elementos probatórios como os depoimentos testemunhais que justifiquem a condenação do Apelante, cuja conduta delituosa tenha ferido direitos fundamentais, é aplicável o Postulado da Proporcionalidade em sentido estrito, que autoriza a ponderação**

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC: 52995 AL 2006/0011608-1**. Sexta Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 06 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16947786/habeas-corpus-hc-52995-al-2006-0011608-1>>. Acesso em: 14 set. 2016.

⁹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 375.

entre princípios jurídicos. 2 - Com base na ponderação de princípios constitucionais em colisão, o princípio da inviolabilidade do sigilo telefônico pode ser afastado se sua aplicação resultar na violação de outro princípio constitucional com peso superior, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 - Recurso desprovido.⁹¹ (Grifo nosso)

Fernando Capez, utilizando-se das palavras de eméritos grandes doutrinadores, salienta ainda sobre a prova ilícita a favor do réu:

“Grinover, Scarance e Magalhães esclarecem que é praticamente unânime o entendimento que admite “a utilização no processo penal da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros” (As nulidades no processo penal, clít., p. 116). No mesmo sentido, Torquato Avolio, ao lembrar que “a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência” (Provas ilícitas, Revista dos Tribunais, p. 66). De fato, a tendência da doutrina pátria é a de acolher essa teoria , para favorecer o acusado (a chamada prova ilícita pro reo), em face do princípio do favor rei, admitindo sejam utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, desde que em benefício da defesa (Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP).”⁹²

Denota-se dos ensinamentos supra, que a prova ilícita pode ser utilizada desde que pautada no princípio da proporcionalidade para benefício do réu, que, por sua vez, não pode ser injustamente condenado. Consoante ao tema ensina Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha:

“Trata-se, portanto, da aplicação da proporcionalidade em favor do réu. Afinal, não seria justo deixar alguém ser condenado por um crime, quando é possível demonstrar a sua inocência por meio de uma prova obtida ilicitamente.”⁹³

Como visto, o uso da prova obtida ilicitamente para beneficiar o acusado, se trata de uma exceção, que deverá ser motivada, de maneira a compatibilizar os direitos

⁹¹ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Criminal. **APR: 24000047654**, Segunda Câmara Criminal, Relator: Des. Samuel Meira Brasil Junior. Espírito Santo, 27 de setembro de 2006, Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4998243/apelacao-criminal-apr-24000047654>>. Acesso em: 01 set 2016.

⁹² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 374 - 375.

⁹³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 65.

fundamentais contrapostos, sendo, tal procedimento adotado conforme ponderação a ser solucionada sob a ótica do princípio da proporcionalidade, evitando-se, dessa forma, decisões injustas ou de inegável irrazoabilidade.

4.4 Princípio da presunção de inocência

O princípio da vedação da prova ilícita sofre atenuações quando há, no caso concreto, o embate com o princípio da presunção de inocência, devendo, neste caso, preponderar a presunção de inocência, por força do princípio da proporcionalidade.

Assim ensina Luiz Flávio Gomes:

“Por força do princípio da proporcionalidade a prova ilícita poderá ser admitida em favor do réu. Pois, se de um lado há a proibição da prova ilícita, do outro há a presunção de inocência, e entre os dois deve preponderar a presunção de inocência. Assim, a prova ilícita não serve para condenar ninguém, mas para absolver o inocente.”⁹⁴

Some-se a isto, na atual conjectura moderna de Estado Democrático de Direito, o Estado não pode condenar alguém que julgue inocente. Inclusive, a prova da inocência do réu deve ser sempre aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Assim, o aproveitamento da prova ilícita a favor do réu denota-se em critério objetivo de proporcionalidade, uma vez que violar um direito em busca da prova da inocência do acusado, caracterizaria a própria defesa do próprio interesse (como excludente de ilicitude), o que, por sua vez, retira a ilicitude do ato. Afora isto, a vedação da prova ilícita, por ser uma garantia individual do acusado, ela não pode, então, ser direcionada contra o seu próprio titular.⁹⁵

Quanto ao posicionamento da prova ilícita utilizada em defesa de interesse próprio, o do Supremo Tribunal Federal admite esse mesmo entendimento, que, constantemente, rechaça o uso de provas ilícitas que se mostram permitidas, quando produzidas para uso em defesa de interesse próprio do acusado, *in verbis*:

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Quando uma prova ilícita pode ser admitida no processo penal?**. 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1046365/quando-uma-prova-ilicita-pode-ser-admitida-no-processo-penal>>. Acesso em: 01 set. 2016.

⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 340.

"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"⁹⁶ (Grifo nosso)

4.5 Jurisprudências pertinentes

O entendimento jurisprudencial sedimentado reforça a tese da prova ilícita a favor do réu. *In verbis*:

[...] evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa. (STF, HC n. 74.678/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 15/07/1997).⁹⁷ (Grifo nosso)

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista (STF, HC n. 75.338-

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. **AI: 50.367-PR**. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 01 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31390/provas-ilicitas-e-proporcionalidade>>. Acesso em: 06 set. 2016.

⁹⁷ ARAÚJO, Adriano Claudino. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. 2014. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 09 set. 2016.

8/RJ, Plenário, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 25/09/1998).⁹⁸ (Grifo nosso)

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. **Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu.** Precedentes do Supremo Tribunal Federal HC 74.678, DJ de 15.8.97 e HC 75.261, sessão de 24.6.97, ambos da Primeira Turma (STF, RE n. 212.081-2/RO, 1ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 11/03/98).⁹⁹ (Grifo nosso)

Não há falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime. Recurso improvido (STJ, HC n. 12.266/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 20/10/2003).¹⁰⁰ (Grifo nosso)

ACÓRDAO PROCESSUAL PENAL . APELAÇÃO CRIMINAL . ART. 214 C/C ART. 224 DO CP. **PROVA ILÍCITA. ADMISSIBILIDADE. POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. 1 Existindo outros elementos probatórios como os depoimentos testemunhais que justifiquem a condenação do Apelante, cuja conduta delituosa tenha ferido direitos fundamentais, é aplicável o Postulado da Proporcionalidade em sentido estrito, que autoriza a ponderação entre princípios jurídicos. 2 - Com base na ponderação de princípios constitucionais em colisão, o princípio da inviolabilidade do sigilo telefônico pode ser afastado se sua aplicação resultar na violação de outro princípio constitucional com peso superior, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 - Recurso desprovido.**¹⁰¹ (Grifo nosso)

Diante do exposto, verifica-se que o arcabouço jurisprudencial se mostra favorável ao uso das provas ilícitas, a favor do réu, desde que aplicadas em casos excepcionais, e sempre com vistas a resguardar o ordenamento jurídico. Por isso

⁹⁸ ARAÚJO, Adriano Claudino. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. 2014. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁹⁹ ARAÚJO, Adriano Claudino. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. 2014. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 09 set. 2016.

¹⁰⁰ ARAÚJO, Adriano Claudino. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. 2014. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 09 set. 2016.

¹⁰¹ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Criminal. **APR: 24000047654**, Segunda Câmara Criminal, Relator: Des. Samuel Meira Brasil Junior. Espírito Santo, 27 de setembro de 2006, Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4998243/apelacao-criminal-apr-24000047654>>. Acesso em: 09 set. 2016.

mesmo, alguns tribunais tem fundamentado suas decisões, quanto ao uso das provas ilícitas, pautadas no exercício de defesa do acusado sob o aspecto da legítima defesa, ou seja, como forma do acusado se defender, antevendo, a prática futura da prova de sua inocência.

5 CONCLUSÃO

Das ponderações apresentadas, denota-se clara e lúdima afirmação de que as provas ilícitas em benefício do acusado caracteriza-se como meio fundamental para o exercício de defesa, componente este essencial para o sistema processual penal pátrio.

Assim, ainda que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal vedem, expressamente, a utilização das provas em análise, é certo que, cada caso concreto roga por reflexões diversas. Neste sentido, tanto a doutrina, quanto jurisprudência, sustentam, com as devidas vênias, o uso das provas ilícitas, desde que analisadas sob a premissa do princípio da proporcionalidade.

Neste toar, o presente trabalho reverberou, claramente, sobre a possibilidade da relativização do uso da prova ilícita, no que tange à figura do acusado, especialmente, quanto aos meios de defesa. Assim, a regra legal prevista na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Penal, quanto à vedação do uso das provas ilícitas, deve ser atenuada quando estiverem presentes, no caso concreto, elementos cujo teor permita uma análise sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, dado o conflito aparente entre os princípios presentes. Ou seja, torna-se evidente a necessidade de se sopesar os valores desarmônicos, com vistas a garantir o princípio de verdadeiro conteúdo relevante, conforme cada caso real a ser analisado.

Como relatado, para viabilizar o uso da prova ilícita, a doutrina e a jurisprudência se pautam em valores enraizados no princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade, os quais permitem ao réu o uso de provas, as quais possibilitem sua absolvição, ou, até mesmo, uma redução no quantum da condenação.

Dessa forma, o acesso e o uso das provas ilícitas, configuram verdadeira amplitude de defesa do acusado, o que viabiliza um meio necessário para a comprovação de sua inocência.

Neste diapasão, a presunção de inocência se traduz em premissa primária, na qual a prova da inocência do acusado deve ser aproveitada em primeiro lugar. De outra sorte, o princípio da proporcionalidade, por sua vez, serve como parâmetro a ser

observado quando diante de princípios conflitantes, como verdadeiro instrumento de direito processual que delimita o alcance e excessos dos meios de prova. Assim, a prova ilícita, como meio de prova, deve ser analisada sob o aspecto da proporcionalidade, de maneira ponderada, tendo em vista o caso concreto e os princípios que ali colidem.

A proporcionalidade, então, assume a forma de princípio intermediador de maneira que restringe ou amplia o uso da prova ilícita como meio de defesa do acusado. A presunção de inocência, por outro lado, milita a favor do acusado como elemento adicional a ser ponderado, quando da análise probatória das provas.

Portanto, restou comprovada a possibilidade do uso da prova ilícita, sob o aspecto do acusado. Assim, a regra instituída ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, deve ser relativizada diante de casos excepcionais, com vistas a reprimir condenações injustas, afinal está aqui se defendendo um direito dos inocentes e não uma forma de condenação dos injustos.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004.

ARAÚJO, Adriano Claudino. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. 2014. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 09 set. 2016.

ÁVILA, Thiago André Peirobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. **AI: 50.367-PR**. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 01 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31390/provas-ilicitas-e-proporcionalidade>>. Acesso em: 06 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC: 100879**. Sexta Turma. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/787572/habeas-corpus-hc-100879-rj-2008-0042875-2>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC: 52995 AL 2006/0011608-1**. Sexta Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 06 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16947786/habeas-corpus-hc-52995-al-2006-0011608-1>>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. **ARE 731306 PR**. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23987673/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-731306-pr-stf>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE: 251445 GO**. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 21 de junho de 2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 85-120, mar 2006.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR: 20140610049677**. Terceira Turma Criminal. Relator: Des. Nilsoni de Freitas. Brasília, 30 de abril de 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186165107/apelacao-criminal-apr-20140610049677>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR: 20130510151518**. Segunda Turma Criminal. Relator: Des. Souza e Ávila. Brasília, 25 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/143467644/apelacao-criminal-apr-20130510151518-df-0014934-2520138070005>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR: 20150310102814**. Terceira Turma Criminal. Relator: Des. Sandoval Gomes De Oliveira. Brasília, 12 de maio de 2016. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340720711/apelacao-criminal-apr-20150310102814>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR: 20130410131803**. Terceira Turma Criminal. Relator: Des. Sandoval Gomes De Oliveira. Brasília, 12 de maio de 2016. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340720707/apelacao-criminal-apr-20130410131803>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR: 20090310315127**. Segunda Turma Criminal. Relator: Des. Silvânio Barbosa dos Santos. Brasília, 25 de maio de 2011. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19524131/apr-apr-99556520098070003-df-0009955-6520098070003>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. **APR: 20130710397724**. Terceira Turma Criminal. Relator: Des. Humberto Ulhôa. Brasília, 19 de abril de 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182857854/apelacao-criminal-apr-20130710397724>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Habeas Corpus. **HC: 20160020086766**. Terceira Turma Criminal. Relator: Des. Jesuíno Aparecido Rissato. Brasília, 12 de maio de 2016. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340486052/habeas-corpus-hbc-20160020086766>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Petição no Recurso. **PET: 20150020326944**. Segunda Turma Criminal. Relator: Des. Cesar Laboissiere Loyola.

Brasília, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/309650437/peticao-pet-20150020326944>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Revisão Criminal. **RVCR: 100070006976 ES 100070006976**. Câmaras Criminais Reunidas. Relator: Des. José Luiz Barreto Vivas. Espírito Santo, 07 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5027280/revisao-criminal-rvcr-100070006976>>. Acesso em: 14 set. 2016.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Criminal. **APR: 24000047654**, Segunda Câmara Criminal, Relator: Des. Samuel Meira Brasil Junior. Espírito Santo, 27 de setembro de 2006, Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4998243/apelacao-criminal-apr-24000047654>>. Acesso em: 09 set. 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES FILHO, apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas Ilícitas e Ilegítimas distinções Fundamentais**. 2009. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em 02 jun. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Quando uma prova ilícita pode ser admitida no processo penal?**. 2009. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1046365/quando-uma-prova-ilicita-pode-ser-admitida-no-processo-penal>>. Acesso em: 01 set. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 17. ed. Niterói: Impetus, 2004. v.1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interpretações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HC Concedido. Revista **Consultor Jurídico**. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-out-10/justica_bahia_liberta_frei_acusado_pedofilia_1?pagina=3>. Acesso em: 20 jun. 2016.

LENS, Luiz Alberto Thompson Flores. **Os meios moralmente legítimos de prova.** v. 25, n. 97. Revista de informação legislativa. 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas:** limites à licitude probatória. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Apelação Criminal. **ACR: 77635 MG 0077635-26.2009.4.01.3800.** Terceira Turma. Relator: Des. Tourinho Neto. Minas Gerais, 17 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23002624/apelacao-criminal-acr-77635-mg-0077635-2620094013800-trf1>>. Acesso em: 14 set. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. Apelação Criminal. **APL: 201330222386.** 1ª Câmara Criminal Isolada. Relator: Des. Vera Araujo de Souza. Pará, 05 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165186291/apelacao-apl-201330222386-pa>>. Acesso em: 14 set. 2016.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Pará. Apelação. **APL: 201230237964.** 1ª Câmara Criminal Isolada. Relator: Des. Vera Araujo de Souza. Pará, 02 de abril de 2013. Disponível em: <<http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164735372/apelacao-apl-201230237964-pa>>. Acesso em: 14 set. 2016.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Habeas Corpus. **HC. 00379830920158190000**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Des. Paulo Sergio Rangel do Nascimento. Rio de Janeiro, 01 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/239218798/habeas-corpus-hc-379830920158190000-rj-0037983-0920158190000>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.