



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

PEDRO DE OLIVEIRA NASCIMENTO

**A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS ACERCA DA
ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS: ATUAL POSICIONAMENTO
JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.**

BRASÍLIA
2018

PEDRO DE OLIVEIRA NASCIMENTO

**A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS ACERCA DA
ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS: ATUAL POSICIONAMENTO
JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Ms. José Carlos Veloso Filho

BRASÍLIA

2018

PEDRO DE OLIVEIRA NASCIMENTO

**A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS ACERCA DA
ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS: ATUAL POSICIONAMENTO
JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

BRASÍLIA, 21 DE SETEMBRO DE 2018

BANCA AVALIADORA

Orientador: Prof. Ms. José Carlos Veloso Filho

Professor(a) Avaliador(a)

A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS: ATUAL POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

Pedro de Oliveira Nascimento

Resumo:

O presente artigo aborda a possibilidade de admissão de provas ilícitas no âmbito processual penal. Ainda que diante dos princípios constitucionais do devido processo legal e da vedação de provas ilícitas, doutrina e jurisprudência vêm demonstrando ser possível a admissão de provas que apresentem vícios materiais, sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da busca da verdade real. Percebe-se, portanto, o embate entre importantes normas principiológicas, que demandam do Poder Judiciário a aplicação da ponderação de princípios em prol da razoabilidade aplicada à persecução penal e ao exercício do poder punitivo estatal. Esclarece, por fim, o atual posicionamento dos tribunais superiores acerca da admissibilidade das provas ilícitas.

Palavras chave: Provas ilícitas. Princípios processuais penais. Razoabilidade. Técnica da ponderação de princípios. Posicionamento jurisprudencial.

Sumário: Introdução. 1 – Princípios processuais penais. 1.1 – Princípio da vedação às provas ilícitas. 2 – Ponderação de princípios e teoria da responsabilidade. 3 – Admissibilidade de provas ilícitas aplicando a teoria da proporcionalidade. 3.1 Admissão de provas ilícitas e favor do réu. 3.2 Admissão de provas ilícitas em favor da vítima. 4 – Posicionamento de tribunais superiores. 4.1 Inadmissibilidade de provas ilícitas. 4.2 Admissibilidade de provas ilícitas em favor do réu. Admissibilidade de provas ilícitas em favor da vítima. 5 – Conclusão. Referências.

Introdução

O ordenamento jurídico pátrio possui como principal alicerce a Carta Constitucional de 1988. Esta, batizada por “Constituição Cidadã” na data de sua promulgação, é assim considerada em virtude da grande quantidade de direitos e garantias contidas em seu texto.

A Carta enumera diversos princípios aplicáveis especialmente à persecução penal e ao poder punitivo do Estado garantidor, visto que, a princípio, todo poder tende a ser ou a se transformar em autoritário. Portanto, tal poder necessita de limites e controles. As garantias processuais constitucionais seriam, assim, verdadeiros escudos protetores contra o abuso do poder estatal.

Dentre tais garantias, destaca-se o princípio do devido processo legal. Todos os demais princípios que serão abordados derivam deste, pois não haveria verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, respeitem-se os procedimentos delineados em lei.

Destaca-se, também, o princípio da vedação às provas ilícitas, previsto na Carta (art. 5º, inciso LVI) e no Código de Processo Penal (art. 157). De acordo com esse princípio, *a priori*, o processo penal deveria formar-se em torno da produção de provas legais e legítimas, inadmitindo-se qualquer prova obtida por meio ilícito.

Ocorre que, conforme a melhor doutrina, direitos ou garantias não incidem de maneira absoluta em qualquer caso e em qualquer situação. A *contrario sensu*, podem ser limitados quando confrontados com outros direitos. Percebe-se do exposto que não há direitos absolutos, intangíveis, já que outros direitos fundamentais ou valores constitucionais podem limitá-los e reduzi-los.

Sobre a admissibilidade de provas ilícitas, mitigando o princípio constitucional que refuta essa possibilidade, parcela da doutrina trabalha com a teoria da proporcionalidade (da razoabilidade, ou do interesse predominante), equilibrando os direitos individuais do réu e os interesses da sociedade. Dessa

forma não se admitiria a rejeição taxativa ou sumária das provas obtidas por meios ilícitos, sem apreciar o contexto em que seriam apresentadas.

Cabe, portanto, a análise dos argumentos que embasam a referida teoria, além do estudo sobre o posicionamento jurisprudencial atualizado das cortes superiores, em se tratando da admissão de provas ilícitas no processo penal.

1. Princípios processuais penais

Ao tratar da importância dos princípios em âmbito processual penal, Aury Lopes Júnior leciona que a forma processual consiste em garantia ao réu. Como tratamos da limitação de liberdades individuais essenciais, deve haver a estrita observância das “regras do jogo”, para que se legitime a atuação estatal. Conclui, ainda, alegando que os princípios constitucionais efetivamente constituem o processo penal¹.

Depreende-se dessa ideia que, diante da possibilidade de se limitar a liberdade essencial de locomoção do indivíduo, a persecução penal deve necessariamente promover e assegurar as garantias constitucionais. O desrespeito aos limites impostos pela Carta, então, importaria em ilegitimidade do poder punitivo estatal e flagrante violência à dignidade da pessoa humana.

Portanto, em âmbito processual penal, os princípios não seriam apenas prescrições basilares ou formas de integração e interpretação normativa. Recebem, aqui, a força inerente às regras, propriamente ditas.

Ainda na lição de Aury Lopes Júnior, mesmo que conservem a aparência de indeterminação (ou abstração), no processo penal, os princípios não o são. Incidem de maneira concreta e declarada sobre o processo penal, a fim de proteger as liberdades fundamentais do indivíduo².

¹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

² Ibidem, p. 115.

Parte da doutrina, como é o caso de Guilherme Nucci, categorizam os princípios processuais penais em duas categorias: princípios constitucionais explícitos e constitucionais implícitos³. Por óbvio, os primeiros são descritos na Carta Maior, enquanto os demais são inferidos.

Não caberia, aqui, analisar todos os princípios elencados na doutrina processualista penal, mas somente aqueles inerentes à admissibilidade (ou não) das provas ilícitas. São eles: os princípios regentes da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, além do princípio da vedação às provas ilícitas.

Já no primeiro artigo da Constituição da República, é consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana⁴.

Leciona Alexandre de Moraes que a dignidade da pessoa humana unifica os direitos e garantias fundamentais, além de reprimir a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado, em detrimento da liberdade individual⁵.

Em complementação, Nucci afirma que nada pode ser justo e isonômico enquanto se distancia da dignidade humana, sendo essa a base de todos os direitos e garantias individuais. Complementa ao declinar que não haveria razão de existirem tantos preceitos fundamentais, incluindo os processuais penais, se não fosse pela busca da dignidade humana⁶.

Ainda na lição de Alexandre de Moraes, o douto esclarece que o sobreprincípio da dignidade humana consiste no mínimo invulnerável que o ordenamento jurídico deve assegurar ao indivíduo. Somente em casos

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 64.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁵ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional – 33. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 35.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 64.

excepcionais poderão ser feitas limitações aos direitos fundamentais, sem menosprezar da estima que todos os seres humanos merecem⁷.

À primeira vista, pode não parecer clara a relação do princípio da dignidade da pessoa humana com a eventual admissão de provas ilícitas em processo persecutório penal. Tal associação é esclarecida mais adiante, entretanto, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana poderia eventualmente justificar a apresentação de prova ilícita em alguns casos específicos.

Também consagrado na Carta Magna⁸ o princípio regente do devido processo legal estabelece que ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens sem que haja o adequado processo prévio. Norberto Cláudio Avena declina que o referido princípio consiste em regra genérica, com ampla abrangência, utilizado com frequência pelos órgãos judiciários para anular atos processuais em inúmeras ocasiões, quando o processo se faz inapto a restringir direitos fundamentais⁹.

Juntamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do devido processo legal é considerado regente, já que dele decorrem outros postulados. Avena, inclusive, esclarece que se desdobram do devido processo legal outros cruciais princípios, como o princípio do estado de inocência e o princípio da não culpabilidade¹⁰.

Guilherme Nucci, sacramentando a importância do princípio do devido processo legal, afirma que este representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, como indicativo da regularidade inigualável do processo penal¹¹.

Percebe-se, portanto, que tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto o do devido processo legal devem permear a conduta

⁷ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional – 33. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 36.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal - 9. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 21.

¹⁰ Ibidem, p. 23.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 64.

persecutória estatal, de maneira que a eventual restrição de liberdades tenha se fundamentado na observância desses preceitos.

1.1. Princípio da vedação às provas ilícitas

Apesar da relevância dos princípios regentes já relacionados, conta com especial destaque, no bojo do presente trabalho, o princípio da vedação às provas ilícitas no âmbito processual penal. Esse recebe também a denominação de princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Conforme menção anterior, tal princípio é consagrado na Constituição Federal¹², como direito e garantia fundamental (art. 5º, inciso LVI). *In verbis*: “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

É pormenorizado no Código de Processo Penal¹³, em seu art. 157, reformulado pela Lei nº 11.690/2008. Declina o referido o diploma processual penal, em seu *caput*: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou Legais”.

O princípio em apreço decorre dos textos normativos expostos e, em sua literalidade, não seriam, em nenhuma hipótese, admitidas em processo persecutório as provas ilícitas, assim consideradas aquelas obtidas por meios antijurídicos ou que violem normas constitucionais ou legais.

Leciona Paulo Rangel que a vedação da prova ilícita é particularidade do Estado Democrático de Direito, que não admite a prova ilícita

¹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

¹³ BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF.

do fato e, conseqüentemente, repudia a punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar¹⁴.

Percebe-se, assim, que a produção de provas visando o livre convencimento do magistrado, apesar de direito subjetivo, encontra limites expressamente previstos no ordenamento jurídico. Frise-se que o referido princípio deve conduzir a atuação tanto da defesa quanto da acusação, função esta exercida pelo *parquet* na maioria das vezes.

A mesma doutrina de Paulo Rangel exemplifica hipóteses de provas ilícitas, como a interceptação telefônica sem autorização judicial e os depoimentos colhidos com a ajuda de detector de mentiras, torturas ou quaisquer meios desumanos ou degradantes. Conclui ao afirmar que não se podem mitigar liberdades fundamentais sob o simples argumento da busca da verdade processual¹⁵.

Por oportuno, cabe esclarecer que, embora reiteradamente seja utilizada a expressão “prova ilícita”, essa trata somente de uma das espécies de prova ilegal, ou antijurídica.

Em breve síntese da lição de Aury Lopes Júnior, o gênero das provas ilegais é composto por provas ilegítimas (diante da violação de regra processual) e provas ilícitas (diante da violação de regras de direito material)¹⁶.

Antes da promulgação da Lei nº 11.690/08, o Código de Processo Penal limitava-se a dizer que o magistrado formaria sua convicção pela livre apreciação da prova. Posteriormente, quando alterado, o Código não apenas reforçou a vedação das provas ilícitas, como também inaugurou no diploma a vedação às provas derivadas das ilícitas.

Conforme previsão do mesmo art. 157 do Código de Processo Penal, em seu primeiro parágrafo, também serão inadmissíveis as provas que

¹⁴ RANGEL, Paulo. Direito processual penal - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015, p. 472.

¹⁵ *Ibidem*, p. 473.

¹⁶ LOPES JR., Aury. Direito processual penal – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 463.

derivem das ilícitas, salvo se não houver nexo de causalidade entre as duas ou se a segunda puder ser obtida por outra fonte, independente da prova ilícita¹⁷.

Aury Lopes Júnior descreve tal instituto como “princípio da contaminação”, esclarecendo que a ilicitude de uma prova poderá contaminar as seguintes que dela derivem. O douto cita como exemplo de contaminação a apreensão de objetos que constituam corpo de delito, porém obtidos através de escuta telefônica ilegal ou violação de correspondência eletrônica¹⁸.

Por consequência, conforme preceitua o Código de Processo Penal, com referência ao exemplo acima, provas ilícitas como a gravação derivada da escuta ilegal, a correspondência eletrônica violada e os objetos que constituam corpo de delito deveriam ser desentranhados dos autos e não poderiam fundamentar a decisão do magistrado.

Em síntese, o referido princípio da contaminação constitui diversa limitação ao direito subjetivo de produzir provas, restringindo o princípio da busca pela verdade material, mas enaltecendo o princípio (regente) do devido processo legal e da vedação às provas ilícitas.

O próprio legislador, portanto, realiza o equilíbrio entre princípios relevantes para o processo penal. Em outras palavras, pondera a aplicação dos preceitos, de forma que cada um deles incida na atuação judicial tanto quanto possível.

2. Ponderação de princípios e teoria da proporcionalidade

Ronald Dworkin leciona ser o direito composto por regras e princípios. Diferencia tais espécies em vários critérios, dentre eles, quanto à natureza da orientação jurídica que oferecem. Para ele, As regras são aplicadas à maneira do “tudo ou nada”. Será aplicada ou não, sem qualquer

¹⁷ BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF.

¹⁸ LOPES JR., Aury. Direito processual penal – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 468.

hipótese de graduação ou meio termo. Assim, no conflito de regras, uma delas será aplicada e a outra será taxativamente excluída, conforme os critérios de antinomia previstos na ordem jurídica¹⁹.

Ainda na lição do filósofo americano, os princípios, por outro lado, possuem a dimensão de peso ou importância. Quando se inter cruzam, ou se contrariam, não é aplicada a regra do “tudo ou nada”. Cabe àquele que vai resolver o conflito considerar a força relativa de cada princípio, sendo possível a incidência de ambos ao caso concreto, na graduação que mais preserve a essência de cada um deles²⁰.

Em âmbito nacional, Luís Roberto Barroso esclarece que cada um dos princípios deverá ser considerado na medida de sua pertinência e importância para o caso concreto, de modo que a aplicação de ambos os princípios possa ser percebida, ainda que um deles se destaque sobre os demais. Trata-se, conforme lição do Ministro, da técnica da ponderação²¹.

Em síntese, uma regra poderá excluir outra quando conflitantes entre si. Já os princípios, por apresentarem elevado grau de abstração e sendo necessários para balizar a aplicação do Direito, não se excluirão. Serão, pelo contrário, ponderados, equilibrados, relevados, ao ponto de que cada um deles poderá atuar em maior ou menor medida.

Gilmar Mendes, ao apreciar o instituto da ponderação, esclarece que, diante da contraposição de princípios em um caso concreto, há de se apurar o peso deles nesse mesmo caso, tendo em vista que um não apresenta primazia definitiva sobre o outro. Finaliza afirmando que, em caso diverso, um princípio antes preterido venha a prevalecer²².

Para definição da medida em que cada princípio incidirá sobre o caso concreto, Robert Alexy leciona que deve ser utilizada a “máxima da

¹⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

²⁰ Ibidem, p. 42.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 359.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

proporcionalidade”, na qual devem ser sopesados os princípios em colisão, respeitando o seu máximo alcançável em cada situação²³.

3. Admissão de provas ilícitas aplicando a teoria da proporcionalidade

Leciona Aury Lopes Júnior que a prova ilícita poderia ser admitida em alguns casos, com fulcro na teoria da proporcionalidade (ou razoabilidade), especialmente quando for medida excepcional para proteção de valores e direitos fundamentais²⁴.

Apesar da vedação de ordem constitucional e legal quanto às provas ilícitas, doutrina e jurisprudência têm considerado como possível o uso dessas provas para o convencimento do magistrado em casos bem delineados. São eles: (a) possível admissão da prova ilegal em favor do réu, quando se tratar da única forma de absolvê-lo ou de comprovar fato relevante à sua defesa; (b) admissão da prova ilícita produzida ou promovida pela vítima, no contexto fático do crime.

Frise-se que os casos apreciados neste trabalho não se assemelham àqueles previstos no corpo do Código Processual Penal, mas sim em hipóteses extralegais, doutrinárias ou jurisprudenciais, em que seria pertinente o recebimento e a consideração dessas provas pelo juízo da causa.

3.1 Admissão de provas ilícitas em favor do réu

Quanto à primeira hipótese – admissibilidade de provas ilícitas *in favor rei* –, Norberto Avena²⁵ afirma que a excepcionalidade decorre do princípio da proporcionalidade (ou sopesamento), prevalecendo o princípio da

²³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais – 5. ed. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 588

²⁴ LOPES JR., Aury. Direito processual penal – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 466.

²⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal: esquematizado. 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 479.

dignidade da pessoa humana sobre o princípio da vedação às provas ilícitas.

Considerando que não há direito de cunho absoluto na ordem constitucional, diante da colisão de preceitos, um deles necessariamente se sobressairia sobre o outro. Exemplifica o douto:

Na ótica deste entendimento, imagine-se uma prova obtida mediante interceptação telefônica não autorizada judicialmente (conduta criminosa, conforme reza o art. 10 da Lei 9.296/1996), em franca violação à intimidade de alguém e em total desacordo com a regra do art. 5º, XII, *fine*, da Constituição Federal, mas que seja capaz de provar a inocência do acusado.

De um lado, há essa prova, flagrantemente ilícita em razão do afrontamento direto à Magna Carta. De outro, há o caput do mesmo dispositivo constitucional assegurando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, entre outros, o direito à liberdade.

No balanceamento comparativo entre esses dois fatores, mais do que o direito à intimidade violada, releva o direito à liberdade do réu, que não poderá sofrer uma condenação injusta. Por isso, em seu favor, tem-se considerado razoável e proporcional utilizar a prova ilicitamente obtida.

Percebe-se da lição que haveria no caso concreto a evidente graduação entre princípios e direitos fundamentais, sobrepondo-se o bem jurídico liberdade em relação ao bem jurídico intimidade. Note-se que ambos são tutelados por normas constitucionais e infraconstitucionais, mas restaria desproporcional privilegiar o segundo valor em detrimento do primeiro.

O mesmo autor esclarece que, conforme a jurisprudência dominante, a admissibilidade de provas ilícitas não poderá ocorrer em benefício do poder punitivo estatal (*pro societate*).

Avena conclui e discorda do posicionamento majoritário, que inadmite a prova ilícita para a condenação do réu e em favor da sociedade, alegando que tal diferenciação não se coaduna com o maior objetivo do processo, qual seja a descoberta da verdade²⁶.

Nucci, por sua vez, dando outros nomes ao mesmo instituto: teoria

²⁶ Ibidem, p. 481.

da proporcionalidade, da razoabilidade ou do interesse predominante, afirma que a referida teoria busca equilibrar os interesses individuais com os interesses da sociedade, não sendo razoável a rejeição contumaz de provas ilegais²⁷.

Percebe-se da lição de Guilherme Nucci que o interesse social de ver cumprida a norma positivada não deve ser aplicado sumariamente. Deve-se observar e considerar a liberdade individual daquele que comprove, ainda que ilicitamente, ser inocente ou merecedor de pena mais branda.

Nucci, fundamentando-se em Luiz Francisco Torquato Avolio, afirma que a aplicação da razoabilidade é de ampla aceitação na doutrina, já que no processo penal impera o princípio do *favor rei*, inclusive quando é o próprio réu que colhe a prova em desacordo com a lei²⁸.

Nesse caso, o douto afirma que a atuação ilegal do réu seria acobertada pela excludente de antijuridicidade da legítima defesa, já que o réu estaria protegendo seu bem jurídico básico da liberdade.

Note-se que, ainda que o argumento doutrinário seja a admissão da prova ilícita por ter o réu agido em legítima defesa, novamente estaremos diante da ponderação ou sopesamento de bens jurídicos, já que a exclusão da ilicitude de determinada conduta típica decorre justamente de situações em que um princípio se sobrepõe a outro.

Cabe ressaltar, como último esclarecimento quanto à admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, o posicionamento de Aury Lopes Júnior, para quem a admissibilidade dessa prova ilícita é condicionada a sua exclusividade como sustentação da inocência do réu²⁹.

Nesse íterim, a mesma prova ilícita utilizada para comprovar a inocência do réu em um determinado processo não seria idônea para promover a punição de outros réus em outro processo. Em suma, a prova ilícita estará

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 450.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 452.

²⁹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 467.

vinculada somente ao processo no qual ela é inédito meio de prova para abrandar a situação punitiva do réu, explica o douto.

3.2 Admissão de provas ilícitas em favor da vítima

Quando se fala em admissibilidade da prova ilícita em favor da vítima, não se enquadra nessa situação o uso da prova viciada pelo órgão acusatório estatal (*parquet*) a fim de promover a culpabilidade do réu pelo crime cometido contra vítima determinada.

A prova ilícita em favor da vítima, apreciada nesse tópico, restringe-se aos casos em que a própria vítima produz ou promove a criação da prova contra o réu, no contexto fático da conduta delitiva.

Nesse caso, declina Norberto Avena que a prova poderá ser admitida no bojo do processo em curso, já que estaria amparada pela legítima defesa ou em estado de necessidade³⁰. Exemplifica:

Considere-se, por exemplo, a hipótese de que determinada pessoa, com o filho sequestrado e avisada de que será ele morto caso desencadeada investigação policial, venha a solicitar, *in off*, que um policial conhecido realize, por meio de equipamento eletrônico acoplado a seu aparelho, a escuta das conversas mantidas com os sequestradores. Realizado esse procedimento, vêm os criminosos, mais tarde, em consequência do registro telefônico, a ser identificados, localizando-se o cativo e libertando-se a vítima sem que tenham ocorrido prisões em flagrante (o que já seria prova *de per sí*) em razão da fuga dos criminosos. Neste caso, é evidente que a prova deverá ser considerada válida, pois alcançada em flagrante conduta de legítima defesa patrocinada pela própria vítima.

No mesmo sentido, a jurisprudência da Suprema Corte nacional considerou lícita a gravação de comunicação telefônica em desacordo com a norma, quando promovida por terceiro autorizado pela vítima ou quando a

³⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal: esquematizado. 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 485.

própria vítima se dispuser a fazer o registro, desde que ocorra para salvaguardar direitos próprios do ofendido³¹.

Ressalte-se que tal hipótese de admissão da prova ilícita não é descrita na maioria das obras de referência, ainda que não seja hostilizada pela doutrina majoritária. É prevista especialmente na jurisprudência do STF, apreciada no próximo tópico.

4. Posicionamento de tribunais superiores

Ao tratar do posicionamento dos tribunais superiores quanto à admissibilidade da prova ilícita no âmbito processual penal, é necessário elencar o rol de hipóteses expostas nesse trabalho:

- Regra da inadmissibilidade das provas ilícitas;
- Admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu;
- Admissibilidades das provas ilícitas em favor da vítima.

4.1 Inadmissibilidade das provas ilícitas

No âmbito do Recurso Extraordinário nº 251.445/GO, o STF apreciou a possibilidade de se admitir como lícita a prova advinda do seguinte contexto: foi apresentado à polícia material fotográfico que comprovaria a prática de crimes de pedofilia pelo réu. Porém, as referidas provas foram furtadas de cofre que permanecia no escritório do criminoso. Houver, portanto, violação de domicílio para alcance das provas apresentadas à autoridade

³¹ STF. Habeas Corpus. HC nº 74.678. 1ª Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 15.8.1997; STF. Habeas Corpus. HC nº 75.338. Plenário. Relator: Ministro Nelson Jobim. DJ: 25.9.1998; e STF. Recurso Extraordinário. RE nº 402.717. 2ª Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso, DJ: 13.2.2009.

policial³².

A Corte acabou por considerar a prova inapta a amparar a condenação do réu, apoiando-se no preceito de que não poderia o réu ser denunciado e condenado com base em elementos probatórios produzidos de maneira incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal, sobretudo quando houver ofensa a garantias e prerrogativas constitucionais.

Segue a ementa da decisão anunciada³³:

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).

Percebe-se, portanto, que ainda que a prova ilícita promova o inequívoco convencimento do juízo; ainda que esclareça, sem dúvidas, que houve o cometimento de delito; ainda que comprove conduta que cause acentuado dano social e de enorme reprovabilidade, não poderá ser considerada pelo magistrado, se sua produção foi ilícita. Caberia, somente, o desentranhamento dos documentos, devendo o juiz ignorá-los enquanto formula o seu convencimento.

Tal julgado condiz com o princípio constitucional da vedação às provas ilícitas, reforçado pelo texto do Código de Processo Penal, em seu art. 157, *caput*. Ademais, consagra a inadmissibilidade das provas ilícitas quando em benefício da sociedade, materializada na figura do órgão ministerial de acusação.

4.2 Admissibilidade de prova ilícita em favor do réu:

³² STF. Recurso Extraordinário. RE nº 251.445/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 03.08.2000.

³³ *Ibidem*.

Ainda que amplamente promovida pela doutrina, a admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, quando última medida para sustentar sua inocência ou abrandar sua punição, não encontra incidência na jurisprudência dos tribunais superiores.

A integralidade das decisões de tribunais superiores acerca da licitude das provas tem como objeto o indício probatório oferecido pelo poder público, com o propósito de agravar a situação do réu. a quem beneficia todo aparato estatal para a produção de indícios. Consideradas lícitas ou ilícitas pelo juízo, não se tratam de provas levantadas pelo réu, como derradeira prova de sua inocência.

Ressalte-se, entretanto, que no curso do julgamento do Recurso Extraordinário nº 402.717, houve menção à situação em que seria admitida a prova como

4.3 Admissibilidade de prova ilícita em favor da vítima

No bojo do Recurso em Habeas Corpus nº 12.266/SP, o Superior Tribunal de Justiça indeferiu o pedido da defesa, que alegava ser prova ilícita a gravação telefônica feita por um dos interlocutores (vítima) sem o conhecimento da outra parte (réu)³⁴.

O STJ embasou o improvimento do recurso no fato de que não se trataria de interceptação telefônica, visto que fora um dos interlocutores que registrou a conversa, transcrita posteriormente por órgão pericial competente. Não haveria de ser falar, portanto, em prova materialmente ilícita.

Segue ementa da decisão da Corte Cidadã:

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

³⁴ STJ. Recurso de Habeas Corpus. RHC nº 12.266/SP. 6ª Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. DJ: 20.10.2003.

ILÍCITA. INCARACTERIZAÇÃO.

Discussão maior ocorre quando a gravação é realizada por terceiro a pedido da vítima, sem manifestação autorizativa de autoridade judiciária. Isso porque a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, declina que a interceptação telefônica deve necessariamente ser precedida de autorização judicial³⁵.

Ainda assim, definiu o STF, no bojo do Habeas Corpus nº 74.678, que é lícita a gravação realizada por terceiro a pedido da vítima, ainda que sem conhecimento do autor do delito. A produção do material probatório configuraria escuta telefônica na qual a vítima estaria agindo com o amparo de excludente de antijuridicidade qual seja a legítima defesa³⁶.

Segue ementa da decisão alegada:

HABEAS CORPUS. UTILIZAÇÃO DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR TERCEIRO COM A AUTORIZAÇÃO DE UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO QUANDO HÁ, PARA ESSA UTILIZAÇÃO, EXCLUDENTE DA ANTIJURIDICIDADE. [...] AFASTADA A ILICITUDE DE TAL CONDUTA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

Dos casos apreciados, fica nítida a ideia de que tanto o STF quanto o STJ consideram que as gravações feitas pela vítima ou por terceiro autorizado não se incluem no rol de provas ilícitas, ainda que não autorizadas pela autoridade judiciária.

Para os tribunais de superposição, trata-se de excludente de ilicitude, no qual a vítima simplesmente promove sua proteção ou de terceiro.

5. Conclusão

Da análise dos julgados acima, é possível constatar que a inadmissibilidade de provas ilícitas em favor da sociedade é posicionamento

³⁵ BRASIL. Lei n. 9296, de 24 de jul. de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília/DF.

³⁶ STF. Habeas Corpus. HC nº 74.678. 1ª Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 15.8.1997.

concretizado no âmbito da Suprema Corte nacional.

Ainda que a prova seja clara, inequívoca e flagrante quanto à materialidade e autoria do ilícito, o juízo não pôde considerá-la para promover a punição do indivíduo.

Ressalte-se que o caso exposto possui como objeto a apuração de um dos crimes mais socialmente reprováveis (pedofilia) e, ainda assim, o STF resolveu pela inadmissibilidade das provas contra o réu.

Ao mesmo tempo em que se privilegiou a segurança jurídica e o devido processo legal, houve demérito de bens jurídicos relevantes, como a dignidade sexual e a proteção de crianças e adolescentes. Denota, entretanto, que a Corte não se inclina a desrespeitar o devido processo penal em desfavor do réu, ainda que diante de situações delicadas.

Quanto à admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, percebe-se que seu prestígio é meramente doutrinário, já que não há jurisprudência nesse sentido no âmbito dos tribunais superiores competentes para atuar na seara penalista comum.

A doutrina, de maneira quase unânime, prevê a possibilidade de aceitação da prova ilegal como única possibilidade de inocentar ou abrandar a situação do réu. Entretanto, resta inaplicável essa hipótese conforme os julgados em sede de STF e STJ.

A conclusão que se extrai de tais fatos é a de que a jurisprudência raramente ou nenhuma vez se depara com tal situação: análise de provas produzidas pelo réu, em seu benefício. Isso porque não há, de fato, a paridade de armas no âmbito processual penal: o aparato estatal para promover a sanção do réu é muito mais eficaz e eficiente que os recursos à sua disposição, revelando a clara desigualdade no processo penal brasileiro.

Desta forma, consideradas lícitas ou ilícitas pelos tribunais superiores, somente as provas produzidas em descrédito do réu (e em favor da sociedade), produzidas pelo poder público sancionador, é que chegam a ser apreciadas nas cortes de superposição.

Assim, ainda que majoritariamente prevista, tal situação é carente de aplicação pelo contexto persecutório em que estamos inseridos.

Por fim, quanto à admissibilidade de provas ilegais em favor da vítima, doutrina e jurisprudência aparentam o mesmo posicionamento: não há de se falar em prova ilícita, mas sim em excludente de antijuridicidade, já que a vítima age em legítima defesa ou estado de necessidade.

De fato, os escassos julgamentos envolvendo tal situação resumem-se em casos de gravação telefônica promovida ou autorizada pela vítima e, em todos eles, houve o posicionamento acima delineado e também defendido pela doutrina majoritária.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. – São Paulo: Malheiros, 2006.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF.

BRASIL. Lei n. 9296, de 24 de jul. de 2996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Brasília/DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 74.678. 1ª Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 15.8.1997;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 75.338. Plenário. Relator: Ministro Nelson Jobim. DJ: 25.9.1998;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 251.445/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 03.08.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 402.717. 2ª Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso, DJ: 13.2.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 12.266/SP. 6ª Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. DJ: 20.10.2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.