

ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS DA ILICITUDE DA PROVA NO PROCESSO PENAL*

ALONÇO, Ramon

Faculdade Santa Lúcia
ramon.alonco112@gmail.com

SOUZA, Larissa Marangoni de

Faculdade Santa Lúcia
larissa.marangoni@hotmail.com

RESUMO

No presente trabalho observa-se uma análise do instituto da prova ilícita no processo penal frente aos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal. Com o estudo, objetiva-se analisar consequências da ofensa ao direito fundamental à obtenção da prova por meio lícito em situações atuais, apresentando-se as teorias aceitas pela doutrina na configuração da prova ilícita e, por conseguinte, suas consequências no processo em que está inserida. Para tanto, busca-se pesquisar, no posicionamento da jurisprudência, a configuração da ilicitude da prova no caso concreto, analisando-se os critérios de solução para a colisão entre os direitos fundamentais, em baseados nos princípios que tratam do sopesamento de direitos, tais como os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e ponderação.

PALAVRAS-CHAVE: *prova ilícita; direitos fundamentais; princípio da razoabilidade.*

* Este artigo é parte de integrante de Trabalho de Conclusão de Curso defendido em setembro de 2019, pela aluna Larissa Marangoni de Souza, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Santa Lúcia, sob orientação de Prof. MSc. Ramon Alonço.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o direito fundamental da obtenção da prova por meio lícito no processo penal. A vedação da utilização da prova ilícita encontra-se atrelado às inviolabilidades, asseguradas pela Constituição Federal de 1988, em prestígio aos direitos fundamentais à liberdade, à intimidade e à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, busca-se apresentar as teorias doutrinárias que sustentam a caracterização da prova ilícita, diferenciando a prova ilícita da prova ilegítima, bem como da prova ilícita por derivação e, ainda, da prova exclusivamente independente. Consequentemente, pretende-se demonstrar as consequências da configuração da prova ilícita no processo penal.

Dessa forma, objetiva-se apresentar o posicionamento jurisprudencial quanto à problemática da prova ilícita quando colidente com outros direitos. Para tanto, como forma de solução da problemática, busca-se analisar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e ponderação, frente às colisões de direitos fundamentais no caso concreto.

O estudo busca analisar no âmbito jurisprudencial se o acesso aos dados de aparelho celular, sem autorização judicial, configura prova ilícita, considerando-a nula e acarretando o desentranhamento da prova dos autos. Outro aspecto que surge à pesquisa refere-se à cadeia de custódia das provas, onde em um primeiro momento procura-se conceituar a matéria, após, almeja-se verificar se a quebra da cadeia de custódia das provas ocasiona a ilicitude da prova, fazendo com que esta seja desentranhada do processo ao qual está inserida.

Por último, aprofundando no tema, pretende-se analisar a admissibilidade da prova ilícita no processo penal em duas situações, *pro reo* e *pro societate*. Assim, primeiramente busca-se analisar se a prova ilicitamente obtida poderia ser admitida no processo em defesa do acusado, por conseguinte pretende-se abordar se poderia haver a admissão da prova ilícita em favor da sociedade, em situações excepcionais e de grande gravidade.

Desse modo, inicialmente planeja-se trazer considerações gerais sobre a prova, definindo seu conceito, objeto e meios, dentre outras características. Nessas considerações, almeja-se analisar a prova no âmbito do processo penal, onde se busca demonstrar como a jurisprudência atual trata se posiciona quanto ao tema.

Na sequência, pretende-se inserir a pesquisa na esfera constitucional. Planeja-se, uma introdução nos direitos fundamentais, para assim adentrar na vedação constitucional da prova ilícita no processo. Por conseguinte,

pretende-se tecer algumas considerações sobre a ilicitude da prova, onde ao final, objetiva-se apresentar decisões judiciais, analisando-se como os tribunais vêm decidindo diante de questões que envolvem a problemática da prova ilícita.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Inicialmente cumpre esclarecer que a palavra prova, de origem latina – *probatio* – corresponde à verificação, ensaio, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação, derivando dela o termo *probare* – provar – que tem por significado verificar, examinar, reconhecer por experiência, persuadir ou demonstrar. Assim, no processo penal, o que constitui a prova é a demonstração dos fatos que embasam a acusação, bem como os elementos alegados pelo réu em sua defesa. Logo, a prova é o elemento instrumental usado pelas partes para influenciar a decisão do juiz, e a maneira usada por este, para averiguar os fatos e formar seu convencimento (NUCCI, 2016).

Os fatos configuram o objeto da prova. Nesse sentido, Silva Júnior (2000) ensina que o objeto da prova são os próprios fatos em si, consistindo no fato materialmente considerado, sua autoria, circunstâncias e tudo o que deva ser considerado para atribuir a responsabilidade penal a um agente, bem como para inocentá-lo.

Os procedimentos realizados para introduzir a prova no processo são os meios de prova, que se caracterizam como fenômenos internos do processo e do procedimento, visando à produção da prova. Assim constitui-se de uma série de atos, realizados em contraditório, observando o que a lei estabelece, sendo dirigidos ao juiz (NUCCI, 2016).

Ao seu turno, Silva Júnior (2000) evidencia que os meios probatórios, no processo penal, têm como corolário o princípio da liberdade probatória, sendo amplamente admitidos. Nesse sentido, o Código de Processo Penal traz um rol expresso de meios de prova, ressaltando-se que são aceitos outros meios probatórios, desde que em direito admitidos.

É relevante mencionar que de modo amplo, no processo penal, em razão do princípio da presunção de inocência, o ônus da prova cabe à acusação. O ônus de prova significa encargo de provar. Entretanto, ônus não é uma obrigação, que se não cumprida gera uma sanção, mas corresponde a um dever da parte interessada em demonstrar a verdade sobre determinado fato alegado (NUCCI, 2016).

Segundo Pinto (2000), é certo que as partes alegam os fatos, cabendo

a elas a produção de provas para demonstrar que o que afirmam é verdadeiro. Por conseguinte, cabe ao juiz analisar as provas para formar sua convicção. A avaliação da prova no processo penal é pelo sistema do livre convencimento motivado, com fundamento no artigo 93, XI da Constituição Federal, que estabelece o dever do juiz de fundamentar suas decisões, com a obrigação de valorar as provas existentes nos autos para formar seu livre convencimento, justificando sua decisão às partes e à sociedade.

Assim, no processo penal a atuação do juiz em relação à solicitação de produção de provas é diferente do processo civil. No processo civil o juiz atua segundo as regras dispositivas, devendo haver iniciativa da parte, já no âmbito penal, o juiz não precisa quedar-se inerte, pode agir de ofício recusando provas ou determinando a produção de outras que achar pertinente para a solução do caso que lhe é apresentado. Todavia, deve ser sempre diligente para que mantenha a imparcialidade no processo, não assumindo o papel de acusador e nem de defensor (PINTO, 2000).

3. DO DIREITO FUNDAMENTAL À OBTENÇÃO DA PROVA POR MEIO LÍCITO

Os direitos fundamentais do homem são limites impostos pela soberania popular aos poderes do Estado, e ainda que são necessários a sua existência e sobrevivência, em razão de uma vida digna, livre e igual a todos. Por fundamentais tem-se situações jurídicas necessárias à realização, convivência e sobrevivência da pessoa humana. Por outro lado a expressão do homem remete a pessoa humana, pessoa de direitos e deveres, não ao macho da espécie (SILVA, 2015).

Segundo Silva (2015) os direitos fundamentais não devem ser usados como argumentos para afastamento ou diminuição da responsabilidade por atos civis e criminais. Assim, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados na Constituição Federal.

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se previstos no artigo 5º da Constituição Federal, em rol exemplificativo. Portanto, encontram-se previstos ao longo do texto constitucional, bem como nos regimes e princípios adotados pela Constituição e nos tratados e convenções internacionais que o Brasil tenha adotado (LENZA, 2015).

Ressalte-se que os direitos e garantias fundamentais caracterizam-se como núcleos constitucionais intangíveis ou imodificáveis, chamados de Cláusulas Pétreas. As Cláusulas Pétreas, são petrificadas, contém assuntos que não podem ser objeto de alteração. É de suma importância salientar

que o texto não proíbe apenas os textos que explicitamente modifiquem os assuntos contidos nos incisos do §4º do artigo 60 da Constituição Federal, mas veda a pretensão de alterar qualquer elemento conceitual, basta que se dirija, mesmo que remotamente à sua abolição (SILVA, 2015).

A Constituição Federal, buscando resguardar a dignidade da pessoa humana, estabelece em seu artigo 5º várias inviolabilidades, dentre elas: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio, do sigilo das comunicações em geral. A violação destas garantias individuais para obtenção de provas ensejará prova ilícita (LENZA, 2015).

Por conseguinte o legislador vedou expressamente, no inciso LVI do artigo 5º da Constituição, a admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. A este respeito Carnaúba (2000, p. 1) leciona:

A vigente Constituição brasileira insere a questão da prova ilícita no capítulo referente às garantias constitucionais. a inserção é de todo modo adequada, porque a forma de colheita das provas processuais penais interfere diretamente na esfera das liberdades individuais. Outrossim, demonstra a realidade das relações entre o Estado e os cidadãos.

Por prova ilícita entendem-se as provas obtidas com violações a normas constitucionais ou violações a norma de legislação ordinária. Assim, compreendem-se como normas legais tanto as penais, que tratam do direito material, como as processuais penais. Portanto, considera-se prova ilícita a que afronta qualquer norma da legislação ordinária (NUCCI, 2016).

Para Nucci (2016), no que tange às consequências das provas obtidas por meios ilícitos, o Código de Processo Penal assevera que são inadmissíveis e devem ser desentranhadas do processo. O assunto também é tratado na Constituição Federal no artigo 5º, LVI, *Vade Mecum* (2019, p. 7), *in verbis*: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Nessa lógica, as provas obtidas por meios ilícitos devem ser desentranhadas do processo, haja vista a sua imprestabilidade, bem como a sua inidoneidade. Dessa forma, as provas ilícitas apresentam-se destituídas de qualquer grau de eficácia jurídica.

Em entendimento diverso e minoritário, Cunha e Pinto (2018) advertem que embora a teoria dominante seja da inadmissibilidade da prova ilícita, é certo que existem situações excepcionais, em casos extremamente graves, em que deve ser utilizado o critério da proporcionalidade admitindo-se as provas ilícitas, em busca do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Segundo Alexy (2009, p. 544), se houver colisão entre normas constitucionais, a técnica de solução será o sopesamento:

Embora o processo de sopesamento seja, como já foi demonstrado, um processo racional, ele não é um processo que sempre leva a uma única solução para cada caso concreto. Decidir qual solução será considerada como correta após o sopesamento é algo que depende de valorações que não são controláveis pelo próprio processo de sopesar. Neste sentido, o sopesamento é um procedimento aberto. [...]

Nessa mesma acepção, Canotilho (2000, p. 1.282) sustenta a ponderação de direitos constitucionais como forma de solução em caso de colisão de normas constitucionais.

[...] Nota-se, porém, que esta ponderação assenta na ideia (1) de que entre as normas constitucionais não há qualquer hierarquia normativa material (ex: o <<bem da saúde pública>> não é superior ao <<direito de greve>>); (2) de que a ponderação é feita entre <<bens constitucionais>>; não é uma ponderação de valores extraconstitucionais, pois deve tratar-se de bens constitucionalmente reconhecidos; (3) a otimização de bens constitucionais levada a efeito através da ponderação não pressupõe qualquer <<exercício abusivo>>, <<arbitrário>> ou <<inespecífico>> de um direito fora do respectivo âmbito de proteção, pois o problema dos <<limites imanentes>> é irresolúvel através de critérios prévios, livres de qualquer ponderação, só podendo construir-se como resultado de ponderação de princípios jurídico-constitucionalmente consagrados [...]

Por fim, evidencia-se que, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada, a prova ilícita não pode gerar outra prova que venha a ser considerada lícita. Portanto, todas as provas que advierem de uma prova ilícita são inadmissíveis, excetuando-se apenas a prova originada de fonte independente, que não se macula pela ilicitude da prova correlata (NUCCI, 2016).

4. QUESTÕES JURISPRUDENCIAIS RELATIVAS À PROVA ILÍCITA

Neste ponto da pesquisa pretende-se abordar algumas questões jurisprudenciais a respeito da prova ilícita no processo penal. Almeja-se assim demonstrar como os tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal e

Superior Tribunal de Justiça, guardiões da Constituição Federal e Legislação Federal, decidem diante de situações envolvendo a problemática da prova ilícita no acesso aos dados de aparelho celular sem autorização judicial, na quebra da cadeia de custódia e a possibilidade de admissão da prova ilícita no processo penal.

4.1 Acesso aos dados de aparelho celular sem autorização judicial

Nos dias atuais, frente aos avanços tecnológicos, o uso de celulares e aparelhos eletrônicos pessoais tornaram-se habituais. Diante disso, questiona-se se em busca pessoal, ou em prisão em flagrante, realizada por policiais, os dados do aparelho poderiam ser acessados, ou se o ato resultaria em prova ilícita. Em resposta a tal indagação, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1748161, do Estado do Acre, julgado no dia 13 de novembro de 2018, tendo como relator o Ministro Jorge Mussi, decidiu que é ilícita a prova obtida por meio de dados constantes em aparelho celular (mensagens de texto SMS, aplicativos *WhatsApp*, correio eletrônico), colhida por policial militar no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial. No acórdão, escolhido por se tratar de recente decisão, onde se mostra que a prova ilícita maculou todo o processo criminal, os ministros negaram, por unanimidade, provimento ao Agravo Regimental, mantendo a decisão que rejeitou a denúncia no Juízo de origem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PROVAS. OBTENÇÃO. DADOS CONSTANTES DE APARELHO CELULAR. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA. APREENSÃO NO MOMENTO DO FLAGRANTE. ILICITUDE. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. BRASIL (STJ, AgRg no REsp 1748161/AC, 2018).

No mesmo sentido, decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em *Habeas Corpus* nº 89385, julgado dia 28 de agosto de 2018, com Ministro relator Rogério Schietti Cruz. Foi decidido que é ilícito o acesso direto, pela polícia militar, a dados constantes em aparelho celular, sem autorização judicial. O julgado foi escolhido para demonstrar que a jurisprudência da Corte é firme em considerar ilícito o acesso direto da polícia a informações constantes de aparelho celular, sem prévia autorização judicial, contudo, *in casu* houve a cassação de sentença já transitada em julgado:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. CONFIGURAÇÃO. ACESSO A DADOS DE TELEFONE CELULAR. AUSÊNCIA DE (ano)AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA CASSADA. DIREITO DE RESPONDER À AÇÃO PENAL EM LIBERDADE. CONCESSÃO. RECURSO PROVIDO. BRASIL (STJ, RHC 89385/SP, 2018).

Portanto, conforme se denota dos julgados acima colacionados, em caso de flagrante delito, ou busca pessoal, os dados constantes em aparelhos celulares têm seu sigilo protegido, não podendo ser acessados sem autorização judicial, sob pena de serem considerados prova ilícita.

4.2 Quebra da cadeia de custódia das provas

Neste tópico busca-se demonstrar a posição da jurisprudência quanto à quebra da cadeia de custódia, que tem seu conceito trazido pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, por meio da portaria nº 82 de 16 de julho de 2014, no anexo I, 1.1: “Denomina-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.”.

Quanto à finalidade, objetiva-se com a cadeia de custódia, garantir a idoneidade dos objetos encaminhados pela perícia ou pela autoridade policial, evitando-se assim qualquer tipo de dúvida em relação à origem, ou ao caminho percorrido durante todo o processo judicial. A cadeia de custódia trata-se de um processo usado para documentar a história cronológica da prova, assegurando sua preservação. Tendo em vista a natureza persuasiva do conjunto probatório, é certo que a quebra da cadeia de custódia inviabiliza o exercício do direito de defesa e a própria fiscalização judicial, tornando ilícitas essas provas, o que impõe sua exclusão do processo (PRADO, 2014).

Nesse contexto, questiona-se se o extravio de parte do material probatório, impossibilitando seu acesso à defesa, enseja em prova ilícita pela quebra da cadeia de custódia. Em resposta, foi selecionado o Habeas Corpus 160.662, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, do Rio de Janeiro, tendo como relatora a Ministra Assusete Magalhães, julgado em 18 de fevereiro de 2014, para demonstrar que mesmo não conhecendo o recurso, foi concedida a ordem de ofício para que o juízo de primeiro grau retirasse integralmente dos autos as provas que não foram conservadas e disponibilizadas com inteiro teor à defesa, em razão da quebra da cadeia de

custódia, fundamentando ser imprescindível a preservação da integralidade das provas, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda de sua unidade:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. BRASIL (STJ, HC 160.662/RJ, 2014).

Portanto, nos termos do julgado acima colacionado, o não acesso da defesa à integralidade da prova, devido ao desaparecimento do material, caracteriza a quebra da cadeia de custódia, e consequentemente a ilicitude da prova, devendo esta ser desentranhada dos autos, assim como as demais provas que derivem destas.

Em outro contexto, indaga-se se o rompimento de disco rígido de notebook por autoridade policial, que fora peça-chave no oferecimento de denúncia, ocasionaria a ilicitude da prova pela quebra da cadeia de custódia. Em resposta, o Superior Tribunal de Justiça, pela Sexta Turma, no Recurso Especial 1.435.421, julgado em 16 de junho de 2015, tendo como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, indeferiu o reconhecimento de ilicitude de provas, sustentando inexistir determinação legal impeditiva do acesso direto a esses elementos pela autoridade, não ensejando na quebra da cadeia de custódia: “[...] DISCO RÍGIDO. ACESSO DIRETO. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA.”. BRASIL (STJ, REsp 1.435.421/RS, 2015)

Em resumo, de acordo com o julgado acima colacionado, a violação ao laque de disco rígido por autoridade policial, antes da perícia, não pode ser considerada para a quebra da cadeia de custódia das provas, por inexistir norma legal que a proíba. Assim nota-se que a quebra cadeia de custódia ocasiona a ilicitude da prova. Contudo existe divergência em relação ao que rompe a preservação da prova ocasionando a quebra.

4.3 Admissibilidade da prova ilícita no processo penal

Pretende-se abordar neste tópico que diante de situações excepcionais seriam permitidas a utilização de provas ilícitas. Assim, em análise a um caso concreto, questiona-se se seria admitida uma gravação clandestina, sem o conhecimento do interlocutor, em defesa de quem realiza a gravação. Em resposta, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 503.617-7, do Paraná, julgado em 01 de fevereiro de 2005, tendo como relator o Ministro Carlos Velloso, julgou ser lícita a gravação de conversa de dois interlocutores, realizada por um deles, sem o conhecimento do outro, quando constitui exercício de defesa:

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. BRASIL (STF, AgRg no Ag 503617/PR, 2005).

Por sua vez, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento, em repercussão geral por questão de ordem, no Recurso Extraordinário 583.937, no Rio de Janeiro, julgado no dia 19 de novembro de 2009, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso:

AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. BRASIL (STF, RE 583.937 QO/RJ, 2009).

Em linhas gerais, os julgados acima colacionados, foram escolhidos por demonstrar que a gravação de uma conversa por um dos interlocutores,

sem o consentimento do outro, constitui prova ilícita. Entretanto, se na gravação o indivíduo busca preservar direito próprio, agindo em legítima defesa, perde-se o caráter de ilicitude da prova. Nestes termos, nota-se que a Suprema Corte não admite no processo a prova ilícita, o que ocorre é a extração da ilicitude da conduta pela legítima defesa, tornando-se lícita a prova e, portanto, admitida.

Adiante, passa-se ao segundo questionamento: diante de um caso extremamente grave, em uma situação de relevante valor moral, poderia ser admitida no processo penal a prova ilícita em favor da sociedade, em razão de valores fundamentais contrastantes e ponderações de direitos?

Nesse aspecto, observa-se uma mudança de entendimento nos tribunais, o que fica bem demonstrado nos dois julgados escolhidos para análise. O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido em 05 de dezembro de 1995, pela Sexta Turma, tendo como relator o Ministro Adhemar Maciel, no *Habeas Corpus* 3.982, acatou o princípio da proporcionalidade, justificando que a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal não tem caráter absoluto:

Constitucional e Processo Penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'Razoabilidade' (Reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada. BRASIL (STJ, HC 3.982/RJ, 1995).

Em sentido contrário, a Suprema Corte, no Recurso Extraordinário 251445, de Goiás, julgado no dia 21 de junho de 2000, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, em um caso de habitual prática de crimes contra crianças e adolescentes, descobertos por fotografias subtraídas do

consultório do suspeito, não conheceu o recurso extraordinário, interposto pelo representante do Ministério Público, por considerar as provas obtidas ilícitas:

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). BRASIL (STF. RE 251445/GO, 2000).

Conforme se denota do julgado acima colacionado, o conflito de direitos fundamentais era gigantesco, estando de um lado a vedação constitucional da prova ilícita em garantia das inviolabilidades do suspeito, e do outro a violação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Contudo, o Supremo Tribunal Federal se posicionou na tutela da vedação constitucional, não aplicando o princípio da proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa realizou-se um estudo da vedação constitucional da admissibilidade da prova ilícita no processo penal. Observou-se que o direito do cidadão de ser processado e julgado com base em provas lícitas é garantido na Constituição Federal, consagrado entre os direitos e garantias fundamentais expressos no rol do artigo 5º.

O objetivo principal do trabalho foi analisar decisões proferidas pelos tribunais que envolviam a prova ilícita, em questões de colisões entre direitos fundamentais, demonstrando-se em cada situação concreta os critérios de solução apresentados pela jurisprudência.

Primeiramente buscou-se verificar os aspectos gerais das provas, apresentando-se as características atinentes a todas as espécies de prova. Em seguida, formada uma base de conhecimentos sobre a prova, a pesquisa ingressou no campo constitucional. Abordaram-se os direitos fundamentais, bem como a vedação constitucional da prova ilícita, apresentando-se o conceito de prova ilícita, suas consequências no processo e ainda a teoria dos frutos da árvore envenenada, caracterizando-se as provas ilícitas por derivação. Por fim, o estudo passou à pesquisa jurisprudencial, abarcando situações envolvendo a prova ilícita.

Em um primeiro momento observou-se que o acesso aos dados

de aparelho celular, por policiais em abordagem pessoal, sem autorização judicial, configura prova ilícita. Assim, os tribunais vêm decidindo que as informações obtidas por este meio não podem ser usadas para embasar uma condenação.

Verificou-se também que a história cronológica da prova deve ser documentada, garantindo-se a cadeia de custódia das provas. Na sequência, observou-se que, segundo a jurisprudência, a quebra da cadeia de custódia das provas ocasiona a ilicitude da prova, por inviabilizarem o exercício da defesa do acusado, sendo assim vedadas no processo. Entretanto, por falta de normas que regulamentem o procedimento a ser seguido enquanto custodiada a prova, verificou-se divergências quanto ao que viola a preservação da prova caracterizando a quebra da cadeia de custódia.

Ao final, ao questionar se as provas ilícitas seriam admitidas no processo na forma *pro reo* e *pro societate*, constatou-se, nas decisões analisadas, que as provas ilícitas *pro reo* perdem o condão de ilícitas, sendo consideradas provas lícitas por caracterizarem legítima defesa do acusado. Em relação às provas ilícitas *pro societate*, notou-se que, no atual posicionamento jurisprudencial, mesmo em situações graves, os tribunais não admitem as provas ilicitamente obtidas, em proteção às garantias asseguradas pela Constituição Federal.

Desse modo, concluiu-se que a jurisprudência, em defesa da vedação constitucional da prova ilícita no processo penal, não admite que provas consideradas ilícitas sejam utilizadas para processar e condenar qualquer cidadão. Nota-se grande proteção às inviolabilidades asseguradas na Constituição Federal, em garantia da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R.. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. 670 p.

BRASIL. **Portaria nº 82. 16 de julho de 2014**. Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Segurança Pública. Diário Oficial da união. Nº 136, seção 1, p 42.

BRASIL. STJ. **AgRg no REsp 1748161/AC**. DJe: 22/11/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89146431&num_registro=201801459851&data=20181122&tipo=5&formato=PDF. Acesso em fevereiro de 2019.

BRASIL. STJ. **HC 160.662/RJ**. DJe: 17/03/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33803036&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=5&formato=PDF. Acesso em fevereiro de 2019.

BRASIL. STJ. **HC 3.982/RJ**. DJ: 26/02/1996. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500531615&dt_publicacao=26-02-1996&cod_tipo_documento=1. Acesso em fevereiro de 2019.

BRASIL. STJ. **REsp 1.435.421/RS**. DJe: 25/06/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49080575&num_registro=201400297798&data=20150625&tipo=5&formato=PDF. Acesso em fevereiro de 2019.

BRASIL. STJ. **RHC 89385/SP**. DJe: 28/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86677860&num_registro=201702394438&data=20180828&tipo=5&formato=PDF. Acesso em fevereiro de 2019.

BRASIL. STF. **AgRg no Ag 503617/PR**. DJ: 04/03/2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=43&dataPublicacaoDj=04/03/2005&incidente=3584788&codCapitulo=5&numMateria=5&codMateria=3>. Acesso em fevereiro de 2019.

BRASIL. STF. **RE 251445/GO**. DJ: 03/08/2000. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=149&dataPublicacaoDj=03/08/2000&incidente=1764552&codCapitulo=6&numMateria=106&codMateria=3>. Acesso em fevereiro de 2019.

BRASIL. STF. **RE 583.937 QO/RJ**. DJ: 18/12/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>. Acesso em fevereiro de 2019.

CARNAÚBA, M. C. P. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000. 109 p.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B.. **Código de processo penal e lei de execução penal comentados por artigos**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 2032 p.

CANOTILHO, J. J. G.. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2000.

LENZA, P.. **Direito constitucional esquematizado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1560 p.

NUCCI, G. S.. **Manual de processo penal e execução penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1053 p.

PINTO, R. B.. **Prova penal segundo a jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2000. 250 p.

PRADO, G.. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 100 p.

SILVA, J. A.. **Curso de direito constitucional positivo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. 936 p.

SILVA JUNIOR, E. F.. **Curso de direito processual penal**. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 304 p.

VADE MECUM, Editora Saraiva, São Paulo, 27ª Edição, 2019.