



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

ORIENTANDO: JOÃO VICTOR DA SILVA SALES
ORIENTADOR: DR. NIVALDO DOS SANTOS

GOIÂNIA

2020

JOÃO VICTOR DA SILVA SALES

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Prof. Orientador: Dr. Nivaldo Dos Santos.

GOIÂNIA

2020

JOÃO VICTOR DA SILVA SALES

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Data da Defesa: 25 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Nivaldo dos Santos

Nota

Examinador Convidado: Prof. Msc. José Alúcio

Nota

SUMÁRIO

RESUMO	5
INTRODUÇÃO	5
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS	6
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	6
1.3 PERÍODOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL.....	7
1.4 VINGANÇA PRIVADA	7
1.5 VINGANÇA DIVINA	9
1.6 VINGANÇA PÚBLICA.....	9
1.7 CÓDIGO DE HAMURABI	10
1.8 DIREITO ROMANO	11
CAPITULO 2 – PROVAS	11
2.1 FINALIDADE E OBJETO DA PROVA.....	11
2.2 PROVAS ILÍCITAS	13
3 ACESSO AOS DADOS DE APARELHO CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO	
JUDICIAL	18
CONCLUSÃO	19
REFERÊNCIAS	20

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

João Victor da Silva Sales

RESUMO

No presente trabalho busca-se uma análise do instituto da prova ilícita no processo penal com observância aos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal. Com estudo, objetiva-se analisar consequências da violação ao direito fundamental a obtenção de prova por meio lícito em situações atuais. Desse modo, busca-se pesquisar, no posicionamento da jurisprudência, a configuração da ilicitude da prova no caso concreto, verificando os critérios de solução para a colisão entre os direitos fundamentais com base em princípios que tratam do sopesamento de direitos, assim como da proporcionalidade e razoabilidade.

Palavras-chave: prova ilícita; direitos fundamentais; princípios da razoabilidade.

INTRODUÇÃO

Ao se pensar sobre a admissibilidade das provas no processo penal brasileiro, é necessário observar alguns aspectos que norteiam essa temática. Nesse sentido, é importante realizar uma análise nas modalidades de provas que vigoram no processo penal com observância aos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal. Desse modo, cabe avaliar a importância e os efeitos desses questionamentos.

Diante de tal conjunto, devem-se mencionar as consequências da ofensa ao direito fundamental à obtenção de prova por meio lícito e legítimo em ocasiões atuais.

Dessa forma, vale destacar que será analisado o ônus da prova e sua possibilidade de inversão, a sua valorização e a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Diante ao exposto, é importante salientar que a pesquisa respeitara posicionamentos da jurisprudência, a configuração das provas inadmissíveis, analisando as formas de soluções para colisões sobre direitos fundamentais presentes e futuras em relação ao tema.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O direito penal surgiu com o homem através do desenvolvimento da razão, pois com o passar do tempo o homem começou a se adaptar para conviver em sociedade e com suas adaptações foi preciso à criação de crimes e castigos, no qual existe desde os primórdios.

Antes do direito penal existir as proibições, castigos e crimes eram voltados por maioria das vezes por grupos sociais religiosos que utilizavam suas crenças como modo de justificativa para a aplicação de penas.

Para aplicar à ira dos deuses, criaram-se séries de proibições, conhecida por tabu, que não obedecidas, acarretavam em castigo.

Esses povos antigos mesmo quando mais modernos que já viviam em civilizações possuíam certa noção de prova. Porém, nessa época a prova que conhecida com mística que predominava, no qual os acusados eram sujeitos a processos bárbaros e desumanos.

Nos tempos antigos existia uma forma para descobrir se o acusado era culpado ou inocente por meio de uma prova chamada ordália, esse foi um processo usado na era medieval, em que se submetiam os litigantes a provas duras e a testes de resistências terríveis, que hoje seriam certamente considerados como tortura.

Caso após a prova o acusado não tivesse nenhum ferimento ou essas feridas eram rapidamente curadas, o acusado era considerado inocente, uma vez que, essas provas se fundavam em Deus protegendo o inocente.

Ao longo no século XVI esse meio de prova foi extinto sendo substituído pela confissão mediante tortura.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

O estudo da evolução do direito penal é de grande importância para a avaliação correta da mentalidade e dos princípios que nortearam o sistema punitivo contemporâneo.

Importante destacar que não se deve afirmar sobre a história da humanidade sem não destacar a importância do direito penal, pois desde sempre ocorrem delitos e por isso é necessário e um ordenamento que garanta uma convivência harmoniosa em sociedade, segundo Noronha (1991, p. 219), “história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”.

A história do direito penal vem sendo subdividida em algumas fases. São elas: Fase da vingança privada, Fase da vingança divina e Fase da vingança pública.

1.2 PERÍODOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

Tendo início nos tempos primitivos, o período da vingança surpreendentemente prolonga-se até o século XVIII.

Como nos tempos primitivos os grupos sociais eram muito voltados em ambientes em mágicos e religiosos não era admitido e não existia um sistema no qual se prevê princípios gerais para aplicação da pena.

Na época todos os fenômenos naturais como seca, erupções vulcânicas e pestes eram consideradas como castigo das divindades, pela prática de fatos que exigiam reparação.

1.3 VINGANÇA PRIVADA

Era quando ocorria um crime e a reação ao crime era totalmente pela própria vítima pelos seus familiares ou por sua tribo. A reação não era apenas contra o ofensor mais sim contra toda sua tribo.

Na maioria das vezes a reação era bem superior à agressão sendo assim totalmente desproporcional e vigorava a inexistência de limites. Em suma vigora plenamente a ‘revida a agressão’.

Foi um dos períodos em que a vingança era a forma mais frequente de punição um meio no qual a própria vítima com familiares e sua tribo pune-se pelo meio que se achasse mais justo e correto.

Sob tais argumentos, pugna o doutrinador Noronha, em sua obra Direito Penal (1991, p. 220) que “A pena, em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com a justiça”.

Pode-se dizer que a ideia era sempre no sentimento de vingança e era até então uma forma de defesa, pois, ainda não existia um Estado constituído, capaz de regular as relações em sociedade. Essa forma de punição era baseada unicamente no sentimento de vingança. Tal ligação foi definida por Eric Fromm (1975, p. 13) como “um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto”

Foi um período marcado por várias lutas entre tribos e famílias gerando assim um enorme enfraquecimento e até a extinção das mesmas e assim foi preciso que criassem regras para futuramente não ocorresse o aniquilamento total. Duas grandes regulamentações, com o tempo foram criadas no qual se fundavam na vingança privada e a lei de o talião e a composição. O termo talião significa castigo na mesma medida da culpa sendo umas das primeiras delimitações do castigo.

Afirma-se que o objetivo da lei de talião, era que as penas fossem aplicadas ao infrator de forma proporcional com o seu crime, na mesma forma e intensidade das consequências que geraram por conta de delito. Apesar de se dizer pena de talião não era propriamente uma pena, mas sim um instrumento que visava moderar a pena na mesma forma e intensidade ao infrator ao mal que ele causou ao ofendido, na mesma proporção.

O famoso ditado “olho por olho, dente por dente” foi inserido em diversos códigos como, por exemplo, o de Hamurabi (babilônia), pelo Pentateuco (hebreus), pela lei das XII tábuas, pelo código de Manu (Índia) e também pelo direito Germânico revelando-se um grande avanço na história do direito penal pela sua inovação por limitar a abrangência da ação punitiva. Foi adotado no Código de Hamurabi:

“Art. 209 – Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto”.

“Art. 210 – Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele”.

Também encontrado na Bíblia Sagrada:

“Levítico 24, 17 – Todo aquele que feriu mortalmente um homem será morto”.

Assim como na Lei das XII Tábuas.

“Tábua VII, 11 – Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo”.

1.4 VINGANÇA DIVINA

Nesta era, a religião tinha uma grande influência decisiva na vida dos povos antigos de tal modo que o direito penal se confundia com a religião, sendo que as penas eram impostas pelos sacerdotes que, como mandatários dos deuses se encarregavam pela justiça.

O crime era visto como um pecado e assim cada pecado atingiam a um Deus, e a pena como uma forma de purificação e a salvação da alma do infrator, as penas eram bastante cruéis e severas, desumanas usadas como meio de intimidação. Seus princípios ainda podem ser encontrados no código de Manu (Índia), e no código de Hamurabi, assim como nas regiões do Egito (Cinco Livros), China (Livro Dos Cinco Penas), Pérsia (Avesta), Assíria, Fenícia, Israel e Grécia entre outros.

Assim era previsto no código de Hamurabi em seu artigo 6º: “Se alguém furta bens do Deus ou da Corte deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto”.

Em suma, é importante notar que a lei penal era totalmente religiosa, sendo que a sanção estava ligada a finalidade de satisfazer a entidade divina. As punições mais comuns eram o desterro e a perda da paz.

1.5 VINGANÇA PÚBLICA

Com a sociedade cada vez mais evoluída e organizada, surgiu no tange ao desenvolvimento político, o poder público sendo central na vida da população que detém para si como meio de se manter no poder o *ius puniendi*.

Importante ressalta que já não mais o ofendido, ou mesmo os sacerdotes que iriam fazer justiça agora à legitimidade para decidir a sanção é de um soberano como rei, príncipe, regente e entre outros.

Os processos eram totalmente sigilosos, nem mesmo o réu sabia sobre o que seria acusado, pois a explicação era que se o réu é inocente não teme a nada e por isso não precisava de defesa, agora se fosse considerado culpado também não teria direito a defesa.

Nesta época a pena desproporcional vigora, porque, os legítimos para julgar poderia ter qualquer entendimento a respeito do crime e poderia aplicar qualquer sanção como mutilar o condenado, confiscar seus bens e estender a pena além da pessoa do apenado, que geralmente alcançava até seus familiares, poderá até mesmo aplicar a pena de morte por motivo insignificante.

Embora essa pena fosse empregada de formas desproporcionais e sem direito de defesa, afirma-se que foi um grande avanço no fato de a pena não ser mais aplicada por terceiros, e sim pelo Estado.

1.6 CÓDIGO DE HAMURABI

O código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas pelo sexto rei da Suméria Hamurabi no século XVIII A.C. que na sua criação teve como sua principal referência a lei de talião, que representa duros julgamentos ao infrator sobre seu crime praticado. Importante ressaltar que a lei de talião se baseava no 'olho por olho, dente por dente'.

O código de Hamurabi contém 21 colunas com 282 cláusulas e foram escritos em uma rocha de diorito. O código continha normas e penalidades que previam as possibilidades de julgar infrações que pudessem ocorrer diariamente, o principal objetivo era unir o povo por meio de leis gerais.

O código de Hamurabi previa que se alguém acusasse alguém, porém não conseguisse prova a culpabilidade do imputado sofreria a mesma pena que este receberia caso a acusação fosse verdadeira. A pena de morte era largamente aplicada e poderia ser na forca, fogueira, afogamento e outros. A mutilação era infligida de acordo com a natureza da ofensa.

O código de Hamurabi ficou bastante conhecido pela sua severidade e repressão em dispositivos porque sua pena fazia que a prática do crime fosse desencorajada, o rei Hamurabi mandou distribuir cópias do código por todas as partes do reino com objetivo de todos pudesse ter medo de praticar o delito previsto no código. Destaca-se que Hamurabi dizia que o rei não foi chamado pelos deuses para sancionar privilégios, mas para glorificar o direito, para que o fraco não fosse oprimido pelo poderoso.

1.7 DIREITO ROMANO

O direito romano foi um dos mais importantes na história do direito penal, pois previu inicialmente princípios penais ao erro, culpa, legítima defesa, e outros agravantes.

Para os romanos conseguirem manter por vários séculos seu grande império não bastava que seu poder fosse exercido por apenas força física, era necessário que fosse criado um sistema jurídico eficiente e completo e assim com suas obras construídas se penduram ainda hoje como a previsão de erros, culpa, dolo, imputabilidade, agravantes e atenuantes, legítima defesa, estado de necessidade e outros institutos.

O direito romano efetivou o processo penal, assim possibilitou a participação de defensores para vítima e acusadores legitimados para produzirem provas e estipularam a fase recursal. O ônus da prova surge também nesse período sendo que o ônus da prova não era da parte ré e sim da parte que acusa.

Vale destacar que neste período também os crimes começaram a ser separados como dolosos e culposos, ou seja, começaram a verificar se o infrator teve ou não a intenção de praticar o delito.

CAPITULO 2 – PROVAS

2.1 FINALIDADE E OBJETO DA PROVA

O vocábulo prova, conforme Plácido e Silva, vem do latim *probatio*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo), entende-se que é uma forma de demonstrar por meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico.

O doutrinador Fernando Capez entende como prova o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz e por até terceiros, sendo que estes são destinados a convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Desse modo, cabe notar que a verdade processual, isto é, a verdade atingível sempre e almejada.

Ao se pensar sobre provas vale frisar que seu objetivo é reconstruir os fatos ocorridos em um crime passado. Uma vez que seu tema probatório busca a afirmação desses fatos. O objeto das provas é, geralmente, os fatos que as partes pretendem demonstrar sempre visando a convencer o magistrado.

No ordenamento jurídico brasileiro existe uma exceção que se trata a respeito da própria parte que tem o dever de fazer prova quanto à existência e ao conteúdo de um preceito legal, caso a norma se trate de normal internacional, estadual ou municipal, como também em estatutos e regras internas de pessoas ou personalidades jurídicas.

Diante disso, é necessário destacar que também, excepcionalmente, existem fatos que independem de prova sendo:

- **Fatos evidentes:** São fatos que decorrem de um raciocínio lógico, intuitivo, decorrente de alguma situação que gera a lógica conclusão de outro fato (ex.: o réu, nascido em junho de 1985, fato este conhecido do Juízo, não precisa provar que em agosto de 2015 ele possuía 30 anos. É evidente que se nasceu em junho de 1985, em agosto de 2015 já terá completado 30 anos).
- **Fatos notórios:** São aqueles que pertencem ao conhecimento comum de todas as pessoas. Assim, ao mencionar, por exemplo, que um fato criminoso fora cometido no dia 25 de dezembro, Natal, não tem a parte obrigação de provar que o dia 25 de dezembro é Natal, pois isso é do conhecimento comum de qualquer pessoa.
- **Fatos inúteis:** aqueles que não possuem qualquer relevância para a causa, sendo absolutamente dispensável e, até mesmo, podendo ser dispensada a sua apreciação do magistrado.
- **Presunções legais:** São fatos que a lei presume tenham ocorrido. O exemplo mais clássico é a inocência do réu. A Lei presume a inocência do réu, portanto, não cabe ao réu provar que é inocente, pois este fato já é presumido.

2.2 PROVAS ILÍCITAS

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, no artigo 5º, LVI encontram-se as provas ilícitas. Nesse sentido, o dispositivo legal traz em seu dispositivo legal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Desse modo, consideram-se também provas ilícitas que violem a vida privada, intimidade, honra imagem, domicílio e outros.

Vale destaca que as provas ilícitas são espécies das chamadas provas vedadas, uma vez que a disposição de lei é que não podem ser trazidas a juízo ou invocadas como fundamento de um direito. Dessa forma, enquadram-se no conjunto das provas ilegais, ao das provas ilegítimas.

Apesar das provas ilícitas e ilegítimas serem subconjunto das provas ilegais elas não se deve confundir. Vale elencar que as provas ilícitas são aquelas que violam algum direito material constitucional protegido de maneira direta ou indiretamente, ou seja, o código penal, no entanto já as provas ilegítimas não é o direito material que é infringindo, mas sim o direito processual.

Por fim, é importante destacar que determinadas provas ilícitas podem, ao mesmo tempo, ser ilegítimas, se a lei processual também impedir sua produção em juízo.

O artigo 157 do código de processo penal, por sua vez, diz que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” Neste sentido posicionou-se o processualista Ada Pellegrini Grinover (1996, p. 131) que:

A prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade. (GRINOVER, 1996, 131)

Ainda, 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 adequado, porque a forma de colheita das provas processuais penais interfere diretamente na esfera das liberdades individuais. Igualmente, demonstra a realidade das relações entre o Estado e os cidadãos.

Nessa temática, vale frisar que para o doutrinador Nucci (2016) sobre as consequências resultantes dos meios ilícitos, o código de processo penal vigente descreve que não é admitida e devem ser desentranhadas do processo.

Nesse contexto, cabe analisar que as provas ilícitas devem obrigatoriamente ser desentranhadas do processo, uma vez que sua imprestabilidade, assim como a sua inidoneidade. Desse modo, as provas ilícitas apresentam-se destituídas de qualquer grau de eficácia jurídica. São exemplos de prova ilícita:

- Interceptação telefônica realizada sem ordem judicial, por violar o art. 5º, XII da Constituição Federal.
- Busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial, por violação ao art. 5º, XI da Constituição.
- Prova obtida mediante violação de correspondência, pois viola o art. 5º, XII da Constituição Federal.

Não há como se negar que atualmente no ordenamento jurídico Brasileiro é por regra vedada a utilização de provas ilícitas, no entanto existem situações excepcionais nas quais a doutrina e a jurisprudência Brasileira autorizam o uso das provas ilícitas.

Nesse sentido, cabe elencar se seria possível uma gravação clandestina ser admitida sem o conhecimento do interlocutor, em defesa de quem realiza a gravação.

Nessa temática, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, no agravo regimental no agravo de instrumento 503.617-7, do Estado do Paraná, julgado em 01 de fevereiro de 2005, tendo como relator o ministro Carlos Velloso, decidiu ser lícita a gravação de conversa entre dois interlocutores, realizada por apenas um deles, sem o consentimento do outro, quando se trata de 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).

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento, em repercussão geral por questão de ordem, no recurso Extraordinário 583.937, no Estado do Rio De Janeiro, julgado no dia 19 de novembro de 2009, tendo como o ministro Cezar Peluzo como relator, qual seja:

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).

Nesse contexto, é possível notar que os julgados colacionados, foram escolhidos por demonstrar que a gravação de uma conversa por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, se predomina na regra geral, isto é, se trata de uma prova ilícita.

Entretanto, se na gravação o interlocutor que está gravando faz isso para apenas preservar seu próprio direito, é possível que seja conhecida à gravação como legítima defesa e sendo assim perde o caráter de ilicitude da prova.

É importante destacar que a Suprema Corte não admite no processo prova ilícita, por isso que é necessária que seja extraída a ilicitude da conduta pela legítima defesa, que deixará de ser ilícita e passará a ser lícita, portanto, admitida.

Em segunda análise, é importante avaliar na possibilidade se poderia admitir o uso de provas ilícitas em favor da sociedade. Nesse aspecto, cabe destacar que houve uma atualização no entendimento nos tribunais que é perceptível analisando dois julgados.

O primeiro do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido no dia 05 de dezembro de 1995, pela sexta turma, tendo como relator o ministro Adhemar Máciel, no Habeas Corpus 3.982, que decidiu com observância no princípio da proporcionalidade, destacando 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).

O segundo foi em sentido contrário a Suprema Corte, no Recurso Extraordinário 251445, de Goiás, julgado no dia 21 de junho 2000, sob relatoria do ministro Celso de Mello, o processo foi referente a prática de crime contra criança e adolescentes, descobertos por fotografias subtraídas do consultório do suspeito.

Logo, faz-se necessário informar que o recurso extraordinário interposto pelo representante do Ministério Público não foi conhecido, porque a Suprema Corte considerou 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).

2.3 CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DO RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA

Ao se pensar sobre a admissibilidade de provas ilícitas no processo penal, é necessário avaliar alguns aspectos que norteiam essa temática. Dessa forma, é importante ressaltar que existem entendimentos diversos e minoritários que afrontam a teoria dominante, ou seja, a da inadmissibilidade da prova ilícita. Por isso, é possível afirmar que em situações excepcionais pode-se admitir em casos extremos o uso das provas ilícitas para buscar-se o equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Nos casos das provas ilícitas cabe frisar que deverão ser desentranhas do processo e, após estar preclusa a decisão que determinou o desentranhamento, isto é, não houver mais possibilidade recurso, esta prova será inutilizada pelo juiz.

Conforme o § 3º do art. 157 do CPP, "Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente".

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

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. [...]

No mesmo raciocínio, Canotilho (2000, p.1282) 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 <> não é superior ao <>); (2) de que a ponderação é feita entre <>; 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 <>, <> ou <> de um direito fora do respectivo âmbito de proteção, pois o problema dos <> 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, nota-se que se trata de valoração da ilicitude da prova antes da sentença. No entanto, em relação à simetria de tratamento que se dá provas ilícitas e as nulidades absoluta, a ilicitude destas provas poderá ser arguida a qualquer tempo, inclusive após a sentença. Diante de tal conjunto, é necessário enfatizar que uma parte da doutrina vem entendendo que, desentranhada prova declarada inadmissível, a sua inutilização não é obrigatória, podendo o magistrado declarar a inadmissibilidade da prova, mas não decretar seu desentranhamento e inutilização.

Por isso, percebe-se que em razão da existência do forte entendimento no sentido de que a prova, ainda que seja ilícita, se for à única prova que possa à absolvição do réu, ou comprovar fato importante para sua defesa, em razão do princípio da proporcionalidade, deverá ser utilizada no processo. Assim, a inutilização da prova inviabilizaria sua utilização pro reo.

Neste sentido a jurisprudência se assenta:

Sobre os efeitos do reconhecimento da ilicitude da prova, vale destacar que o mero reconhecimento da ilicitude da prova não é capaz de ensejar o trancamento da ação penal ou a prolação de uma sentença condenatória. A ação penal pode possuir justa causa (elementos mínimos de prova) calcada em outras provas, não declarada ilícita, bem como a condenação pode sobrevir condenação, também fundada em outras provas, não vinculada à prova considerada ilícita (Informativo 776 do STF - HC 116931/RJ:).

HC 116931/RJ, rel. Min. Teori Zavascki, 3.3.2015. (HC-116931)

Outra questão interessante diz respeito à impossibilidade de o Juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível vir a proferir posteriormente a sentença ou acórdão.

Tal previsão havia sido incluída no art. 157, §4º (na reforma de 2008), mas foi vetada à época, e a Doutrina entendia equivocado o veto. A Lei 13.964/19, enfim, 11 anos depois, efetivamente incluiu tal previsão no CPP, em seu artigo 157, §5º do CPP, que “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.”

Assim, caso o Juiz reconheça que determinada prova é ilícita e, portanto, inadmissível, este mesmo Juiz não poderá posteriormente proferir a sentença, devendo ser designado outro Juiz (conforme as regras de substituição previstas pelo Tribunal) para proferir sentença.

Logo, é possível afirmar que quando o magistrado declarar inadmissível uma prova, dada sua ilicitude, aquela prova passa a não fazer mais parte dos autos do processo e, sendo assim, não poderá ser mais utilizada para o convencimento do magistrado.

Este dispositivo teve sua eficácia suspensa cautelarmente pelo STF na ADI 6298. Assim, até a análise definitiva do mérito da ADI, a eficácia do §5º do art. 157 está suspensa. Desse modo, a doutrina entende que:

- Decisão que RECONHECE A ILICITUDE da prova – Cabe RESE, nos termos do art. 581, XIII do CPP.
- Decisão que RECONHECE A ILICITUDE da prova apenas na sentença – Cabe APELAÇÃO.
- Decisão que NÃO RECONHECE a ilicitude da prova – Não cabe recurso (seria possível o manejo de HC ou MS).

3 ACESSO AOS DADOS DE APARELHO CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Atualmente, com o avanço da tecnologia, o uso de celulares e dispositivos eletrônicos está cada vez maior. Nesse contexto, é necessário abordar se em casos de

prisões em flagrante realizada por policiais, se esses têm autorização de acessar dispositivo do suspeito ou se acessando e encontrando algo suspeito o é lícito ou ilícito.

Dessa forma, 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 resolver tal questionamento dizendo que é ilícita a prova obtida por meio de dados constantes em aparelho celular por meio de mensagens de textos, vídeos, áudios, aplicativos de redes sociais e entre outras Colhidas por policias no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial.

Nessa linha de raciocínio, trago à colação da jurisprudência sobre o tema em questão:

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, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu no Habeas Corpus nº 89385, julgado dia 28 de agosto de 2018, com ministro relator Rogério Schietti Cruz, decidiu-se que é ilícito a polícia sem autorização judicial acessar diretamente o dispositivo do suspeito:

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

Diante do exposto, é evidente que conforme, os julgados acima colacionados, o policial sem autorização judicial não pode acessar o celular do suspeito em casos de flagrante delito ou busca pessoal, sob pena de ser considerados prova ilícita.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa foi apresentando um estudo da vedação constitucional da admissibilidade da prova ilícita no processo penal. Nesse sentido, é necessário observar que conforme a nossa carta magna é um direito do cidadão de ser processado e julgado

com base em provas lícitas, consagrado entre os direitos e garantias fundamentais expresso no rol do artigo 5º.

Em primeira análise, é importante destacar que o principal objetivo do trabalho era analisar as decisões proferidas pelos tribunais que envolviam a prova ilícita. Em seguida, buscou-se verificar os aspectos gerais das provas e foram abordados os direitos fundamentais, assim como a vedação constitucional da prova ilícita, apresentando-se o conceito de prova ilícita, suas consequências no processo.

Em segunda análise, cabe elencar que também foi abordado que o acesso aos dados de aparelho celular, por policiais em abordagem pessoal, sem autorização judicial, configura prova ilícita. Logo, com a análise de várias decisões foi possível notar que os tribunais vêm decidindo que as informações obtidas por este meio não podem ser usadas para embasar uma condenação.

Dessa forma, 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.

REFERÊNCIAS

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

ALONÇO, R. **Aspetos jurisprudenciais da ilicitude da prova no processo penal**. Universitas, Edição 2020.

SILVA, A. P. G. **A prova ilícita no processo penal**. Análise de doutrina e jurisprudência acerca da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal e sua recente flexibilização. DireitoNet, 2011. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6150/A-prova-ilicita-no-processo-penal>. Acesso em: 19/08/2020.

BETTIOL apud LOPEZ, Jacobo Barja de Quiroga. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: Akal, 1989, p. 58. 18 AVOLIO. Op. cit., p. 43. 19 Ibid., pp. 52-3.

<http://eventoscopq.mackenzie.br/index.php/jornada/xvjornada/paper/viewFile/1646/1087>

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-124/as-provas-no-processo-penal/>

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

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

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.

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

CARVALHO, Stephanie Carlesso de Oliveira; DEZEM, Guilherme Madeira. A Possibilidade de Admissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro. In: XV Jornada de Iniciação Científica e IX Mostra de Iniciação Tecnológica-2019. 2019.

NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva 1991.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva 1991, p. 220.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. (GRINOVER, 1996, 131)

FROMM, Erich. Anatomia de destrutividade humana. Rio de Janeiro:Zahar, 1975.

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

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

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante João Victor da Silva Sales
do Curso de Direito, matrícula 2016200010162-7,
telefone: 62 98223-6168 e-mail ibvgklo@gmail.com, na
qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei n° 9.610/98 (Lei dos
Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a
disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado
A Admissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro

gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme
permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato
especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND);
Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou
impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de
graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 25 de Novembro de 2020.

Assinatura do(s) autor(es): João Victor da Silva Sales

Nome completo do autor: João Victor da Silva Sales

Assinatura do professor-orientador: Nivaldo dos Santos

Nome completo do professor-orientador: Nivaldo dos Santos