

Opinião: Limites na admissibilidade da prova ilícita pro reo

Como se sabe, o ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, retirou na última segunda-feira (1º/2) o sigilo da reclamação que deu à defesa do ex-presidente Lula acesso às mensagens apreendidas na chamada operação "spoofing", da Polícia Federal. Trata-se de conversas entre o então Ministério Público no Paraná [1].



A ideia deste artigo não é entrar no mérito das conversas.

Muito menos será debater sobre o juízo de (im)parcialidade do então juiz federal Sérgio Moro e dos procuradores do Ministério Público no Paraná. Sobre isso, Lenio Streck, com singular maestria e didática que lhe é peculiar, já o fizera [2].

Nesse sentido, a finalidade aqui é demonstrar que, ainda que seja aceita a tese de que a prova seria ilícita (o que não concordamos), esta deveria ser aceita, nos moldes da admissibilidade *pro reo*. Essa ideia, inclusive, é que fora defendida por Streck. A intenção é de reforçar este último ponto, para que não restem dúvidas.

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tendência do Direito Comparado, trouxe em seu artigo 5º, LVI, expressa vedação ao uso da prova obtida de forma ilícita nos processos judiciais, sendo, conforme Gilmar Mendes (2016), uma das ideias básicas que integram o amplo conceito do devido processo legal, seguindo a tendência de outros países europeus, bem como da jurisprudência norte-americana.

Para fins didáticos, Guilherme Madeira (2016) faz uma singela divisão entre os sistemas pré e pós-reforma de 2008. A doutrina majoritária, entre eles Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (2004), antes da reforma de 2008, baseava-se nas lições do renomado jurista italiano Pietro Nuvolone (1966), o qual fazia clássica distinção entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas, ambas espécies do gênero denominado provas ilegais.

Assim, prova ilícita seria aquela obtida quando ocorre infringência ao Direito material, sendo importante frisar que tal direito material deve ser direito fundamental constitucionalmente protegido. Sua finalidade, dessa forma, é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade. Um exemplo de prova ilícita, nesse raciocínio, seria a escuta telefônica clandestina ou a confissão obtida mediante tortura.



A prova ilegítima, por sua vez, diz respeito ao Direito processual, ou seja, conceitua-se como prova ilegítima qualquer elemento trazido ao processo que contrarie determinada norma processual, como seria, na esfera cível, por exemplo, a produção de prova depois de preclusa a oportunidade para sua produção, ou ainda, se for lido em plenário do júri documento que não tenha sido juntado nos autos com três dias de antecedência, violando, assim, o artigo 479, do Código de Processo Penal.

Não obstante, ao comparar a redação do artigo 157 do Código de Processo Penal com os ensinamentos de Pietro Nuvolone, percebemos que tal dispositivo não traz qual qualquer menção a qual violação seria apta a gerar a prova ilícita, ou seja, se é a violação ao dispositivo material, ao dispositivo do direito processual, ou a ambos.

Diante dessa situação, surgiram desde logo duas correntes. A primeira corrente entende que o conceito de prova ilícita e prova ilegítima havia sido superado, devendo ser abandonado a clássica distinção que se fazia entre as duas, sendo agora um só tipo de prova. Nesse sentido, Gustavo Badaró (2015, p. 408) passou a definir prova ilícita como *"as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram as liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais"*.

A segunda corrente entende que o artigo 157 do Código de Processo Penal ainda deve ser lido à luz dos ensinamentos de Pietro Nuvolone, ou seja, permanece a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. Nesse sentido é a posição de Paulo Rangel (2007) e Guilherme Madeira (2016).

É importante salientar que a jurisprudência após 2008 tem evitado o uso do termo "prova ilegítima". Contudo, percebe-se em seus julgados, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça que, embora não adotem mais esse termo, continuam ainda a aplicar sanções que geram nulidade para os casos de prova obtida com violação a regras de direito processual. Em outras palavras, materialmente, a distinção permanece.

Em conformidade com a Constituição Federal, o Código de Processo Penal, no artigo 157, diz que *"são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais"*. Contudo, embora seja a regra a inutilização da prova ilícita e conseqüentemente da prova ilícita derivada, em consonância com a primeira parte do artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal, excepcionalmente, a doutrina, a jurisprudência e a legislação entendem ser possível a utilização da prova ilícita no processo penal, sendo sempre necessária a comprovação desta situação excepcional no caso concreto.

Prova disso é o artigo 157, parágrafos 1º (segunda parte) e 2º, do Código de Processo Penal, que trata de três hipóteses em que é mitigada a inutilização da prova derivada da ilícita. São as conhecidas teorias do nexos causal atenuado, da descoberta inevitável e das fontes independentes, construídas pela Suprema Corte norte-americana, fazendo-se claro ressaltar desde já a grande contribuição da doutrina americana nesse tema.



Assim, ao permitir que uma prova ilícita faça parte do processo, automaticamente, o juiz está dizendo que um valor, ou um direito, deve preponderar sobre outro. O magistrado, em cada caso, deve se ater ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade para decidir qual valor, naquele caso em concreto, deve prevalecer.

Não obstante, dentre as diversas teorias que admitem excepcionalmente o uso da prova ilícita, temos a chamada prova ilícita *pro reo*. Aceita pela doutrina e jurisprudência, essa teoria, de uma forma geral, diz que uma prova ilícita pode ser aceita pelo ordenamento jurídico, quando for a única capaz de provar a inocência do réu.

Contudo, alguns professores levantam interessantes ponderações, como Guilherme Madeira e Thiago André Pierobom, quais sejam: para provar sua inocência, pode então uma pessoa ter "carta branca" para cometer qualquer crime? Existe algum limite material a essa produção?

Entendemos que sim. Para nós, esse limite seria o valor do bem jurídico que se busca defender. Seguindo esta linha de raciocínio, Guilherme Madeira (2016) entende que a causa excludente da ilicitude, qualquer que seja, não admite o sacrifício do bem de maior valor em detrimento do bem de menor valor, uma vez que isto fere diretamente o princípio da proporcionalidade.

Assim, esse doutrinador apresenta duas situações, quais sejam: 1) João está sendo acusado de praticar um crime contra a honra em desfavor de Pedro. João, acusado injustamente, revoltado com a situação, resolve torturar Pedro para que este confesse que o acusado é, na verdade, inocente; 2) João, depois de ser acusado e processado injustamente de crime contra a honra por Pedro, foi condenado a pena restritiva de direitos em regime inicial aberto com base em provas forjadas e depoimentos de testemunha igualmente falsos. Não aceitando a situação, João pratica o crime de roubo com emprego de arma de fogo após invadir a casa de seu desafeto. Ressalte-se que esse crime normalmente tem a pena de cinco anos e quatro meses de reclusão em regime inicialmente fechado, conforme jurisprudência. Percebe-se claramente, diante desses exemplos, que há ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Assim, de antemão, faz-se necessário encontrar um equilíbrio entre os dois extremos, à luz do princípio da proporcionalidade. Thiago André Pierobom (2007) entende igualmente que não se pode generalizar a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*. Para esse doutrinador, esta modalidade de prova ilícita deve necessariamente passar pelo crivo da ponderação de interesses presente no princípio da proporcionalidade, ou seja, a medida deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Seguindo o mesmo entendimento, não se pode admitir que um réu obtenha uma prova mediante tortura. Da mesma forma, não podem ser aceitas a narcoanálise ou hipnose, por se tratar de claros métodos de prova que ferem diretamente à dignidade da pessoa humana. Finalmente, no caso concreto, ainda que entenda-se pela natureza de prova ilícita, não há de se falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade. Isso porque, conforme aduz Lenio Streck, as provas já foram periciadas, demonstrando-se como verdadeiras.



Não obstante, se de um lado ter-se-ia, em tese, o questionamento sobre a inviolabilidade dos dados do ex-magistrado e dos procuradores da República, de outro, tem-se a possível inviolabilidade à imparcialidade judicial, bem como, utilização de *lawfare*, *comprometendo não apenas o processo em alude, mas, em última análise, a própria democracia.*

Referências bibliográficas

- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. As nulidades no processo penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto. Rivista di Diritto Processuale, 1966.

[1] [ConJur – Confirma novos diálogos entre procuradores do MPF-PR e Moro.](#)

[2] [ConJur – Streck: Um golpe antijurídico para salvar a parcialidade de Moro](#)

Date Created

06/02/2021