

AS CONSEQUÊNCIAS DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Francisco Antonio Morilhe Leonardo*

Resumo: O presente trabalho discute a questão das provas ilícitas no processo penal, produzidas, desta forma, em contrariedade às normas do direito material ou processual, caracterizando-as ilícitas ou ilegítimas, respectivamente. Assim, objetiva-se esclarecer os debates acerca da legislação vigente na melhor forma em lidar com as provas consideradas ilícitas durante o processo penal, além de destacar a serendipidade no processo penal e as consequências da inserção de uma prova ilícita na persecução penal e sua possível influência nas decisões do julgador. Ao se analisar as garantias fundamentais e os princípios que regem o processo penal, não se encontram devidamente solucionados pela legislação vigente, na qual se verifica e aprofunda suas consequências, buscando-se uma de forma de garantir o “*due process of law*” e uma decisão não contaminada pela prova desentranhada, uma vez que, se ilícitas, violam normas de direito material e, se ilegítimas, violam regras de direito processual. Ademais, o ordenamento jurídico determina que a prova ilícita deva ser desentranhada do processo e destruída, e que seu conteúdo não poderá ser utilizado como fundamentação para a propositura da ação penal, desenvolvimento da persecução penal e sentença condenatória.

Palavras-Chave: Provas no Processo Penal; Propositura da Ação Penal; Provas Ilícitas.

* Mestre em Didática do Ensino do Direito pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípedes de Marília. Bacharel em DIREITO pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília.

THE CONSEQUENCES OF ILLICIT EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS

Abstract: This paper discusses the issue of illicit evidence in criminal proceedings, produced in this way, contrary to the norms of material or procedural law, characterizing them as illicit or illegitimate, respectively. Thus, the objective is to clarify the debates about the current legislation in the best way to deal with the evidence considered illegal during the criminal process, in addition to highlighting the serendipity in the criminal process and the consequences of inserting an illegal evidence in the criminal prosecution and its possible influence on the judge's decisions. When analyzing the fundamental guarantees and the principles that govern the criminal process, they are not properly resolved by the current legislation, in which its consequences are verified and deepened, looking for a way to guarantee the “due process of law” and a decision uncontaminated by unraveled evidence, since, if unlawful, they violate norms of material law and, if illegitimate, they violate rules of procedural law. In addition, the legal system determines that the illicit evidence must be removed from the process and destroyed, and that its content cannot be used as a basis for the filing of the criminal action, the development of the criminal prosecution and the sentence.

Keywords: Evidence in the Criminal Procedure; Criminal Action Proposal; Illegal evidence.

INTRODUÇÃO



e início, destaca-se que, com o avanço da tecnologia, é cada vez mais simples a produção de uma prova ilegal, pois quase todo indivíduo porta um celular com câmera e gravador de áudio, o que geraria o aumento das chamadas “escutas” ilegais.

Nesse viés, não se limita a tecnologia, eis que muitas vezes a intensa guerra ao crime leva o Estado, representados por policiais, a tomar atalhos ilegais em uma tentativa de equilibrar o injusto embate com os delituosos, como por exemplo, o que acontece em uma busca domiciliar sem um mandado judicial.

Por via de consequência, a Carta Magna, em seu artigo 5º, LVI (BRASIL, 1988), prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, sendo esses caracterizados como ilícitos por estarem em dissonância ao ordenamento jurídico, cuja vedação encontra fundamento em várias outras garantias constitucionais conferidas ao indivíduo, como o devido processo legal, a inviabilidade de domicílio e o direito ao sigilo telefônico.

De igual modo, as provas consideradas ilícitas no curso do processo, por previsão legal, terão que ser desentranhadas do mesmo, pois o Estado não pode desprezar as normas constitucionais, admitindo-as e convalidando ilegalidades, para satisfazer o seu “*jus puniendi*”. Nucci (2015, p. 447), nos ensina que “Cultuar o ilícito para apurar e punir o ilícito é um fomento ao contrassenso, logo, inadmissível no Estado Democrático de Direito”.

Ademais, o meio ilícito utilizado muitas vezes conspurca e retira a confiabilidade da prova. Assim, pode-se destacar que não é permitida uma confissão obtida por meio de tortura ou ameaça, por ser considerada uma prova segura e indubitosa para o processo, pois seria produzida com infração a normas de natureza processual ou material.

O que há, porém, de fundamental a salientar é que, devido a inadmissibilidade, as consequências desta prova considerada ilícita é que deve ser desentranhada do processo e destruída e que seu conteúdo não poderá servir de fundamento para a propositura da ação penal, desenvolvimento da persecução penal e da sentença condenatória. Entretanto, não é possível desentranhar e destruir os efeitos causados na “mente” dos sujeitos processuais, principalmente do julgador, que tiveram contato com a

prova. O simples fato do Juiz não utilizar a prova ilícita para justificar sua decisão não garante a absoluta imparcialidade no julgamento.

Nessa esteira, o presente trabalho objetiva esclarecer os questionamentos sobre a legislação vigente na melhor forma em lidar com as provas consideradas ilícitas durante o processo penal, mesmo quando desentranhada e destruída. Seria a melhor solução que o processo, depois de desentranhada a prova ilícita, fosse julgado por outro magistrado, de modo a buscar a melhor adequação aos princípios do devido processo legal e uma decisão sem vícios intrínsecos.

Sem pretender esgotar a temática, busca-se, neste trabalho, promover reflexões mediadas pela argumentação jurisprudencial, como intérprete das demandas ocorridas nesse contexto, à luz das garantias fundamentais e dos princípios que regem o processo penal. Para tanto, será realizada uma revisão de literatura, na qual se utilizará o enfoque dedutivo e a pesquisa qualitativa, sendo destacadas, inicialmente, as provas ilícitas por derivação, ressaltando, posteriormente, a serendipidade no processo penal, em relação ao encontro fortuito de provas e, por fim, tecer comentários acerca das consequências da inserção de uma prova ilícita na persecução penal e sua possível influência nas decisões do julgador.

1 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

As provas obtidas por meios ilícitos desencadeiam consequências que não devem ser consideradas válidas, pois o Direito estaria conivente com a ilicitude ao permitir que dela se aproveitasse qualquer elemento para se formar a convicção do magistrado. No caso em tela, o legislador penal pátrio tratou, no artigo 157, §1º, sobre as denominadas provas ilícitas por derivação: “§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade

entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (BRASIL, 1941).

A propósito, são consideradas provas derivadas das ilícitas aquelas que possuem um nexo de causalidade com a prova ilícita, mas que são lícitas em seu teor. Nesse viés, se uma busca e apreensão em um domicílio forem precedidas de uma escuta telefônica ilegal, as provas obtidas pela ordem judicial sobre a busca, medida que seguiu os trâmites legais, serão consideradas ilícitas da mesma forma, pois foram consequências lógicas de uma prova ilícita que as contaminou.

Cumprido ressaltar que, as provas ilícitas por derivação permitiram o uso de elementos probatórios quando eles não demonstrem nexo causal entre a prova ilícita e a outra lícitamente adquirida. Entretanto, seriam as hipóteses da prova, cuja fonte é independente, da prova de descoberta inevitável, quando colhidas pelos métodos normais de investigações criminais, ou da prova contaminada retirada, quando se sana a ilicitude da prova derivada, por qualquer circunstância.

Inobstante a isso, a suprema corte sustentou a permissão de provas derivadas das ilícitas ao incentivar agentes públicos a realizarem atos contrários a 4ª emenda da Constituição norte-americana, que proíbe a busca e apreensão de forma arbitrária e sem uma ordem judicial motivada. É a redação da referida emenda:

Art. IV- O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1994).

A teoria da “árvore dos frutos envenenados” estabelece que as provas decorrentes de uma prova ilícita estarão contaminadas pelo vício da ilicitude e, em razão disso, não poderão ser utilizadas no processo. Grinover (1997, p. 132) esclarece tal teoria, “de modo a considerar contaminadas pelo vício da ilicitude

derivada as provas alcançadas a partir do conhecimento de fatos apurados pela prova ilícita”.

Mister, se faz ressaltar que, o legislador brasileiro agiu corretamente ao adotar esta teoria, pois permitir que uma prova obtida por meios ilícitos prospere, ainda que através de outras provas, incentivaria os detentores do poder de vigiar e investigar a cometer atos ilícitos, a fim de conseguir demonstrar que o investigado é culpado, cujo resultado obtido em consequência da prova obtida por meios ilícitos seria alcançado por meio de uma prova subsequente legal, isto é, na prática, a prova decorrente da ilícita estaria validando toda a investigação.

Na prática, sabe-se o quanto é difícil, por meio de um novo processo criminal, demonstrar a autoria e materialidade de um crime cometido por agentes do Estado, ainda mais quando a função dos mesmos é investigar e a vítima do crime, quase sempre, é marginalizada. Em razão disso, o melhor caminho é não deixar prosperar qualquer resultado que de certa forma seja conivente com a ilicitude perpetrada.

A regra da fonte independente está prevista no artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e disciplina que as provas obtidas sem nexo de causalidade com as provas obtidas por meios ilícitos não serão contaminadas pela ilicitude. Assim, é possível adotar o mesmo sistema do artigo 13, do Código Penal (BRASIL, 1940), e afirmar que a prova obtida por fonte independente é aquela que continuaria existindo se a prova obtida por meios ilícitos não fosse produzida, ou seja, é aquela que independe do resultado obtido pelo meio ilícito para ser formada.

Desta forma, se há a obtenção de uma mesma prova por uma maneira ilícita e outra lícita, a prova obtida de forma lícita não estará contaminada. É o caso da escuta telefônica ilegal que surpreende o traficante indicando o local onde guarda a droga, enquanto que na delegacia de polícia um usuário também havia indicado o mesmo local, logo, se retirar a escuta ilegal, a polícia

continuaría indo até o local em razão da prova obtida lícitamente, ou seja, o depoimento da testemunha.

A regra da descoberta inevitável está prevista no artigo 157, §2º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e amplia o entendimento do que são consideradas provas obtidas por fonte independente, prevendo que fonte independente é aquela que “por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (art.157, §2º, do Código de Processo Penal) (BRASIL, 1941).

Em sintonia com isso, pode-se afirmar que se a investigação em determinado ponto chegaria a uma prova sem a necessidade das informações colhidas pela prova obtida por meios ilícitos, aquela prova não estaria conspurcada pela ilicitude, pois seria produzida de qualquer forma. Pode destacar-se a descoberta inevitável, quando o autor de um furto identificado, que esconde os produtos do crime em sua própria residência e é requisitado um mandado de busca e apreensão; se houvesse uma escuta ilegal que o surpreendesse relatando que havia escondido a “res furtiva” em sua casa, em nada mudaria a atuação judiciária, pois já é de praxe ao menos buscar na residência do investigado os produtos do crime, ou seja, a descoberta da prova era inevitável.

A aludida teoria da fonte independente também deriva do direito norte-americano lá denominada de “independent source”, tais fundamentos doutrinários já eram aplicados pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência devidamente consolidada, porém atualmente está positivada e habita o texto do Código de Processo Penal. Há que se mencionar, que não havendo a presença dos pressupostos para a aplicação da teoria da fonte independente, será caso de fazer tramitar por provocação das partes um incidente processual de declaração da ilicitude da prova derivada (ARTEIRO, 2010).

Por derradeiro, é necessário maior rigor possível e de

forma excepcional a fim de que as provas ilícitas não prosperem. Somente deve ser aplicada a teoria da fonte independente quando já houver uma prova legal previamente colhida. Não se pode permitir a validação da prova ilícita subsequente, sendo necessário que a prova legal seja totalmente idônea e até mesmo já documentada antes, se assim for possível.

2 SERENDIPIDADE NO PROCESSO PENAL: O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

Além das provas ilícitas por derivação, há provas que são obtidas por acaso, ou seja, aquelas que não foram obtidas no ato investigativo, mas foram encontradas. Este ato denomina-se de serendipidade, palavra que vem do inglês “serendipity”, que significa o encontro casual ou fortuito de coisas; sair para buscar uma coisa e encontrar outra.

Nesse diapasão, alguns atos investigativos suprimem direitos e garantias em prol da investigação e devem ser devidamente justificados e autorizados judicialmente. Nem todo tipo de delito é compatível com algumas formas de investigação mais invasivas, como a interceptação telefônica, sendo certo que um dos critérios para se autorizar um ato investigativo é a proporcionalidade entre a medida e a gravidade da infração penal. Esta descoberta pode não ocorrer por acaso e sim em razão de um desvio de finalidade ou evidente desrespeito aos limites estabelecidos pela ordem judicial cometido pelo agente investigativo, caso em que a prova será evidentemente obtida por um meio ilícito.

Ocorre o desvio de finalidade, por exemplo, quando é realizada uma busca na residência de um suspeito pelo crime de furto e toda a res furtiva é encontrada logo no primeiro cômodo, entretanto os investigadores continuam a busca pelo restante da residência e localizam uma porção de entorpecente. Neste caso hipotético, a finalidade pela qual o mandado de busca foi

expedido (investigação pelo crime de furto) já havia sido cumprida e os agentes agiram ilegalmente, pois contrariaram o artigo 243, II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Nestes casos, as provas não são obtidas por acaso e o agente investigativo ultrapassa o abalizado previamente pela ordem judicial excepcional e, portanto, age sem o manto da legalidade. Por via de consequência, Rodrigues (2014) corrobora:

[...] esse entendimento evita um possível abuso de autoridade por parte do Estado ao utilizar uma medida cautelar (busca e apreensão) para uma diligência, mas, por conveniência e discricionariedade excessivas, venha ferir direitos constitucionais para investigar outros delitos na oportunidade (RODRIGUES, 2014).

Por outro lado, quando ocorre de fato um encontro fortuito, se faz necessário analisar a conexão entre o crime investigado, o autor e a prova colhida. Se houver conexão entre o crime investigado e o crime descoberto pelo fenômeno da serendipidade, a prova colhida, conforme o entendimento jurisprudencial, poderá ser utilizada para fundamentar atos processuais como a denúncia ou a sentença. Insta salientar que esta conexão pode ser inclusive o fato de ambos os crimes terem sido cometidos pelo mesmo autor, que é o caso mais comum.

Neste sentido já decidiu o STF que uma prova colhida fortuitamente durante uma interceptação telefônica era válida e poderia ser utilizada para sustentar atos processuais decisórios, mesmo o crime relacionado a ela não sendo apenado com a pena de reclusão, conforme manda o art.2º, da lei 9.296/96 (BRASIL, 1996), em razão de sua conexidade com o crime alvo da investigação. Observa-se que o:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República,

considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido (BRASIL, 2010).

Entretanto, se não houver nenhuma conexão entre os crimes ou o autor, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é que esta prova encontrada fortuitamente não poderá ser utilizada como supedâneo para nenhum ato processual, servindo apenas como elemento informativo (“*notitia criminis*”). Apenas é ilícita a prova obtida por agentes investigativos que ultrapassam voluntariamente os limites legais da investigação a fim de encontrar provas de outros crimes, além daquele que originou o mandado, ordem ou autorização judicial.

De outra forma, se a obtenção da prova for fortuita, ou seja, sem que os agentes investigativos ajam além do determinado legalmente, será necessário analisar se há uma conexão entre o crime alvo da investigação e o crime que involuntariamente foi descoberto por meio de uma prova obtida – se houver conexão, a prova poderá ser utilizada; se não houver conexão, a prova servirá apenas como elemento informativo que poderá culminar em uma investigação.

3 AS CONSEQUÊNCIAS DA INSERÇÃO DE UMA PROVA ILÍCITA NA PERSECUÇÃO PENAL E SUA POSSÍVEL INFLUÊNCIA NAS DECISÕES DO JULGADOR

De início, cabe salientar que as provas ilícitas, em regra, são inadmissíveis, isto é, sequer devem ser introduzidas ao processo. Diante disso, é possível se questionar como é feita esta análise da ilicitude, quais as medidas que devem ser tomadas no caso da prova obtida por meios ilícitos já tiver sido incorporada no processo, qual deve ser o tratamento conferido aos atos e decisões atingidos por esta prova e, ainda, qual sua influência na formação da convicção do magistrado.

Destarte, quando uma prova é obtida ou produzida, as partes e os magistrados devem analisar o meio aplicado para sua obtenção e seu próprio conteúdo. Quando se verifica que o meio aplicado foi ilícito, deve o juiz, de imediato ou provocado por uma das partes, declarar a ilicitude da prova e sua inadmissibilidade. Se a prova ainda não foi introduzida no processo, impede-se que ela migre do inquérito; se a prova já foi introduzida, ordena-se sua retirada (conforme previsto no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal) (BRASIL, 1941).

Pode, todavia, haver uma divergência entre a acusação e a defesa se o meio empregado para a produção da prova foi ilícito. Neste caso, instaura-se um procedimento específico nos padrões do incidente de falsidade documental. Após a decisão do juiz, a parte inconformada pode interpor recurso (recurso em sentido estrito ou agravo regimental, dependendo da instância em que se encontra o processo).

Enquanto o recurso não é julgado, o processo deve proceder de acordo com a decisão de primeiro grau do magistrado, ou seja, se a prova foi considerada lícita ela continuará sendo eficaz, se foi declarada ilícita não poderão as partes ou o juiz utilizá-la. Julgado o recurso e ocorrendo a mudança da decisão, os atos praticados, conforme a decisão anterior, poderão ser considerados nulos.

Preclusa a decisão de desentranhamento ou não introdução da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente (artigo 157, §3º, do Código de Processo Penal) (BRASIL, 1941). Capez (2012, p. 372) alerta que um dos aspectos negativos da destruição desta da prova é que se inviabilizaria uma futura revisão criminal proposta em favor do acusado baseada nela.

Após a prova ser considerada obtida por meios ilícitos, retirada do processo e destruída, nenhum ato judicial ou decisão poderá ser realizado com base nela. Assim, não poderá o Ministério Público sustentar a propositura de uma ação penal com base

naquela prova ou utilizá-la para reforçar qualquer argumento em qualquer manifestação.

O mesmo vale para o magistrado, que não poderá utilizar a prova para motivar suas decisões. Implica ainda dizer que todos os atos pretéritos baseados exclusivamente na prova ilícita perderão sua validade, isto é, se não houver outras provas o processo não prosseguirá por falta de justa causa, devendo o magistrado inocentar o acusado. Neste sentido são as decisões dos tribunais no que se referem as provas ilícitas, a nulidade do processo e a falta de justa causa:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. Inviolabilidade do domicílio. Não restou demonstrada a situação de flagrante delito apta a excepcionar a proteção conferida por força do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Havendo suspeita da prática de delito em algum domicílio/residência é indispensável a prévia obtenção de mandado judicial de busca e apreensão. No caso concreto, o ingresso não autorizado se deu unicamente em função de informações apócrifas, inexistindo quaisquer investigações prévias sobre a atividade de traficância pela pessoa do réu. Atalhos legais não devem ser admitidos na esfera constitucional. Deste modo, corolário lógico é a ilicitude da prova e, com sua inutilização, impõe-se a absolvição da acusada por ausência de provas da existência do fato. Insuficiência probatória. O nome do acusado não consta das investigações constantes nos autos do Inquérito Policial, havendo indicativos de que sua prisão se deu em razão de informação anônima prestada no momento do cumprimento de mandado de busca e apreensão na casa vizinha, pertencente ao corrêu. Nada indica, cabalmente, que o acusado estivesse comercializando entorpecentes, mormente porque desconsiderada a materialidade delitiva, derivada de vício processual. Mantida a condenação do corrêu, que, embora não tenha apelado, teve a matéria integralmente reanalisada em função da apelação interposta pelo recorrente. RECURSO PROVIDO. NULIDADE SUPERADA. ABSOLVIÇÃO (BRASIL, 2014a).

Por outro prisma, destaca-se o recurso ordinário em Habeas Corpus numa situação em que envolve militar em crime de

peculato-furto. Assim:

EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal Militar. Peculato-furto (CPM, art. 303, § 2º). Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa em face da alegada existência, no embasamento da denúncia, de provas reconhecidas como ilícitas. Não ocorrência. Presença de outras provas autônomas suficientes ao embasamento da acusação. Inviabilidade de reexame fático-probatório na via estreita do habeas corpus. Recurso não provido. 1. Conforme destacado no julgado em questão “a ação penal está instruída por outras prova e não somente pelos depoimentos dos pacientes, supostamente considerados ilícitos”. 2. A pretensão ao reconhecimento da inexistência de provas autônomas suficientes para o embasamento da denúncia pelo Parquet militar esbarra no entendimento assente na Corte de que descabe, na via estreita do habeas corpus, revolver-se o acervo fático-probatório para se reanalisar essa questão. Precedentes. 3. Recurso não provido (BRASIL, 2014b).

Conclui-se que a prova ilícita passa a ser inexistente, assim, não está mais apta a formar a convicção do magistrado e, mais ainda, motivar suas decisões. Isto ocasiona, conforme visto nas decisões supra, na invalidade dos atos pretéritos baseados unicamente na prova ilícita e na impossibilidade de utilizá-la para os atos e decisões subsequentes. Apesar de toda esta preocupação legislativa de se impedir a reverberação das provas ilícitas retiradas do processo e destruídas, não se pode ignorar o fato de que o magistrado foi atingido pelo conteúdo desta prova, que muitas vezes proporcionou a ele a certeza de que o acusado é culpado.

Em razão disso, havia no projeto de alteração do Código de Processo Penal um parágrafo a mais no artigo 157, que trata das provas ilícitas, prevendo que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão” (BRASIL, 1941). Referido parágrafo, todavia, foi vetado pelo Presidente da República que, aconselhado pelo Ministro da Justiça e pelo Advogado-Geral da União, proferiu as seguintes justificativas:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso (BRASIL, 2008).

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Não nos convence as justificativas apresentadas. Não se pode, em prol da celeridade processual, negligenciar outros princípios de status constitucional como o do devido processo legal, o da vedação às provas ilícitas e principalmente o do juiz imparcial. Conforme já visto, nosso ordenamento jurídico adota um processo penal de primeira velocidade, onde deve se colocar as garantias e direitos fundamentais acima da rápida resolução da lide criminal.

Além do mais, a argumentação de que estar o processo em instancia recursal impossibilitaria o cumprimento do disposto não faz muito sentido, eis que poderia sim apenas aquele julgador ser afastado ou até mesmo mover o processo para outra turma recursal.

A eficácia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos apenas se concretiza por completo quando o juiz que teve contato com seu conteúdo, e foi contaminado, é afastado e dá lugar a um novo julgador que desconhece a informação ilicitamente obtida, podendo assim julgar apenas de acordo com as provas lícitamente colhidas e produzidas, valorando cada uma de acordo apenas com o que existe no processo.

A permuta de julgador se faz extremamente necessária,

pois rege no processo penal brasileiro o sistema do livre convencimento motivado. Ou seja, pode o magistrado atribuir as provas colhidas, de forma livre, o valor que bem entender e isto faz com que haja uma variação de entendimento de julgador para julgador e também de caso para caso, não sendo o direito uma aplicação matemática que sempre resultará na mesma consequência.

Um magistrado que obteve o conhecimento, por meio de uma prova obtida ilicitamente, que o réu é culpado, irá, ainda que involuntariamente, começar a buscar elementos que confirmam aquilo que sabe. Assim, as provas desfavoráveis ao acusado passarão a serem vistas como forma de se demonstrar a verdade sabida ilicitamente e não como forma de construção do convencimento do julgador; eis que este já está convencido da culpa do réu.

Portanto, ocorre uma supervalorização de algumas provas, que sem esta situação prévia não seriam tão determinantes para o deslinde da causa. Ou seja, ainda que o juiz não motive sua decisão com base nas provas obtidas por meios ilícitos, elas acabam se manifestando por outras provas. Observa Gomes (2009) que:

Em muitos casos, a decisão deve ser anulada, ainda que sequer mencione a prova ilícita, pois não há nenhuma garantia de que a convicção foi formada (exclusivamente) a partir do material probatório válido. A garantia da jurisdição vai muito além da mera presença de um juiz (natural, imparcial, etc.), ela está relacionada com a qualidade da jurisdição. A garantia de que alguém será julgado somente a partir da prova judicializada (nada de condenações com base nos atos de investigação do inquérito policial) e com plena observância de todas as regras do devido processo penal (GOMES, 2009, s.p.).

Se a sentença fosse mera conta matemática das provas produzidas, como no sistema tarifado, não haveria no Código de Processo Penal as causas de impedimento e suspeição do juiz, pois seria impossível legalmente ele decidir de forma parcial. Desta forma, é fato que se deve buscar cada vez mais um juiz que apenas forme sua convicção com base no que mundo

processual que lhe é apresentado e não em fatores externos. Em razão disso, para se preservar o princípio do juiz imparcial, o rol de causas de suspeição e impedimento não pode ser taxativo e sim exemplificativo. A jurisprudência por vezes também corrobora deste entendimento:

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE A EXCEPTA ATUOU COMO PARTE ACUSADORA AO DECRETAR A PRISÃO DO EXCIPIENTE, SEM QUE HOUVESSE PEDIDO DO MP, RESTANDO MACULADA A NECESSÁRIA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. CAUSAS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO. ROL EXEMPLIFICATIVO. NÃO BASTA SER IMPARCIAL, TEM QUE PARECER SER. PROCEDÊNCIA. AFASTA-SE QUALQUER DÚVIDA QUE POSSA MACULAR A CREDIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. Ocorrência de animosidade entre o acusado e a magistrada competente para o julgamento do processo. Imparcialidade do julgador que se encontra afetada diante das considerações tecidas pela Magistrada no que tange à pessoa do acusado. Comportamento processual da magistrada que evidencia animosidade que pode afetar o dever de imparcialidade. Não obstante o entendimento doutrinário dominante que assevera que as causas de impedimento e suspeição não comportam adições, a ninguém interessa um Juiz aparentemente parcial, ainda que, de fato, não o seja. Tratando-se de situações que possam interferir na imparcialidade do magistrado, não poderíamos esperar que o legislador conseguisse definir, em um rol taxativo, todas elas. Não há dúvidas que as situações apontadas pelo Excipiente demonstram que o ânimo da magistrada, ora excepta, compromete a imparcialidade necessária para exercer o mister judicante. EXCEÇÃO QUE SE ACOLHE para afastar a excepta da causa e determinar a remessa dos autos ao Juiz tabelar (BRASIL, 2015).

A discussão sobre a imparcialidade do juiz vai muito além das provas ilícitas e, em razão disso, chegou a se cogitar a figura do juiz de garantias no sistema processual penal bandeirante no projeto de código de processo penal brasileiro. O juiz garantias, resumidamente, é aquele que atua durante a fase investigativa e realiza um juízo de valor de acordo com as provas colhidas nesta fase, que servem tecnicamente apenas para se

colher elementos para a ação penal (com exceção das cautelares, irrepetíveis e antecipadas), e decide se recebe ou não a denúncia. Após o recebimento da denúncia, início da fase judicial, outro juiz (o de instrução) assume a causa.

Gomes (2008) destaca que o dispositivo-guia constante no inciso LVI, do art. 5º da CF/88 tem por escopo afastar do julgamento o juiz que tiver sido ‘contaminado’ pelo conhecimento de prova declarada ilícita, de forma a proteger as garantias do acusado e assegurar a imparcialidade do julgador. Ora, o simples fato de impedir que o juiz se valha de provas declaradas inadmissíveis para fundamentar sua decisão não basta para preservar os mencionados princípios norteadores do processo se o magistrado tiver conhecimento de tais provas.

Assim, esse mecanismo torna-se insuficiente para garantir que o magistrado não tenha sua convicção e, portanto, sua decisão influenciada pelo conhecimento de provas inadmissíveis (GOMES, 2008). Nesse viés, crê-se que o referido dispositivo, com a redação dada por esta Casa, atende melhor a vontade constitucional de impedir que provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos possam contaminar a subjetividade do julgador.

Desse modo, fazendo-se uma correlação mais profunda entre imparcialidade judicial e provas ilícitas constata-se que o juiz não fica proibido de tomar suas decisões em razão da moral e poderá agir livremente, respeitadas as limitações legais para tanto, construindo sua convicção de uma ou de outra maneira, desde que a estrutura probatória assim o permita. Consequentemente, a prova ilícita, caso apresentada pela acusação, não deixará de se apresentar como fato da convicção constituída pelo órgão julgador singular, contaminando-o de fato.

Um dos motivos apresentados por aqueles que defendem o estabelecimento de um juiz de garantias é que as decisões tomadas na fase investigativas podem influenciar nas decisões subsequentes tomadas na fase judicial, pois o juiz, muitas das vezes, exerce pré-julgamentos durante a investigação e busca

confirmá-los posteriormente. Ora, se se decreta uma interceptação telefônica e depois o juiz absolve o acusado, ele estará admitindo que errou em permitir que a garantia de um inocente fosse violada, logo é normal que o julgador aja de forma, ainda que involuntariamente, a confirmar seus pré-julgamentos (BADARÓ, 2014).

O ponto é que já há uma discussão se a fase investigativa exerce uma influência no julgamento final do magistrado, que não deveria poder ser influenciado pelas fases anteriores, onde todas as provas foram produzidas legalmente. Pode se concluir que, a contaminação do juiz por uma prova ilícita consiste em violação mais grave ainda de sua imparcialidade, devendo haver uma troca de julgador.

Embora pareça interessante a introdução de um juiz de garantias, para resolver o problema do magistrado que obteve a informação produzida ilicitamente, a solução mais viável seria que ele se tornasse impedido para o julgamento, conforme previa o próprio parágrafo que foi vetado pelo presidente da república.

Assim, estaria se respeitando os princípios do devido processo legal, o da vedação as provas ilícitas e o do juiz imparcial, impedindo que a decisão fosse maculada de qualquer ilicitude, ainda que indireta. Portanto, nos parece que a melhor solução para evitar que as provas ilícitas, depois de retiradas, continuem influenciando no julgamento e seja alcançada por completa a inadmissibilidade da prova ilícita, cumprindo de fato as normas constitucionais e processuais penais que regem o sistema processual brasileiro, é o impedimento do magistrado que obteve o conhecimento ilícito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As provas talvez sejam a matéria de maior importância no processo penal, pois são elas que formam toda a convicção do magistrado, que é quem detém o poder de inocentar ou

condenar. Em razão disso, os princípios constitucionais e processuais penais devem ser observados com muito rigor. Não se pode permitir um processo conspurcado por ilicitudes e que não coadune com as normas constitucionais, até porque é por meio das normas que as injustiças são evitadas.

Nesse sentido, deve haver, durante a persecução penal, o devido resguardo aos princípios do devido processo legal, ao princípio da presunção de inocência, princípio do juiz natural e imparcial, e ao princípio da vedação as provas ilícitas. Todos estes princípios afiançam que garantias e direitos sejam respeitados e impõem limites à atuação estatal, constituindo as bases do Estado Democrático de Direito estabelecido no Brasil.

O princípio da vedação as provas ilícitas impõe importante restrição na busca do Estado em satisfazer seu “*jus puniendi*”. Permitir que o Estado desobedecesse às normas estabelecidas democraticamente pela sociedade, normas pelas quais ele deveria zelar punindo os infratores, é uma tremenda incoerência. Em razão disso, o Código de Processo Penal situou expressamente, seguindo o princípio constitucional, a inadmissibilidade das provas ilícitas em seu artigo 157 (BRASIL, 1941).

Estabeleceu, outrossim, que a prova obtida por meios ilícitos deveria ser retirada do processo e destruída. Consequentemente, após ser retirada do processo e destruída, a prova obtida por meios ilícitos deixa de ser válida juridicamente, sendo vedado as partes e ao magistrado utilizar seu conteúdo nos atos subsequentes e, ainda, os atos baseados unicamente nela devem ser considerados inválidos. Além disso, o citado códex, inspirado pela teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada, vedou a utilização das provas derivadas das ilícitas.

Ficou evidente preocupação de não se aproveitar nenhuma ilicitude, impedindo que o processo ficasse contaminado. Entretanto, vislumbra-se uma falha ao se permitir que o magistrado que obteve a informação continuasse atuando no processo, eis que muitas das vezes já obteve a convicção da culpa do réu,

ou seja, está com sua imparcialidade manchada. Permitir que o Juiz continue atuando causa proferindo decisões importantes, inclusive que autorizam atos investigativos mais incisivos, e a própria sentença é abrir uma possibilidade para que as provas ilícitas continuem, ainda que indiretamente, se difundindo no processo.

Embora o magistrado não possa motivar suas decisões com base nas provas que foram consideradas obtidas por meios ilícitos e retiradas do processo, estas podem continuar influenciando na forma em que ele valora outras provas, eis que rege no processo penal brasileiro o sistema do livre convencimento motivado.

Assim, em razão de ter tido contato com a prova obtida ilicitamente, buscará em outras provas formas de motivar seu convencimento (já formado em razão do contato com a prova ilícita) as valorando de maneira diversa de seus critérios adotados normalmente. Ou seja, o magistrado contaminado passa a atuar de maneira a confirmar seu conhecimento, o que em muitos casos se reflete em uma inclinação para condenar o réu.

Desta forma, a melhor solução para se evitar eventual quebra da imparcialidade do magistrado e impedir que as provas obtidas por meios ilícitos continuem a repercutir, contrariando a lógica processual penal adotada, seria que o juiz que obteve contato com a prova obtida ilicitamente ficasse impedido de proferir qualquer ato decisório subsequente. Inclusive, já existe entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o rol de impedimento do juiz, previsto no artigo 252, do Código de Processo Penal, não é taxativo e sim exemplificativo, o que possibilitaria a aplicabilidade deste impedimento ao magistrado contaminado pela prova ilícita.

Invocar a celeridade processual para que o magistrado contaminado pela ilicitude continue atuando seria colocar a agilidade processual na frente das garantias e direitos processuais, o que é inconcebível. De mais vale um processo penal garantista

e menos propenso a erros do que um veloz em que se prosperam injustiças. Além do mais, a quantidade de garantias e princípios que coadunam com a vedação as provas ilícitas é elevada, o que faz se raciocinar que se houver uma harmonização este prevalecerá sobre o princípio da celeridade processual.

Nestes termos, a única forma de se dar a validade completa ao princípio constitucional da vedação as provas obtidas por meios ilícitos, e os correlacionados com ele como o princípio do devido processo legal, princípio da presunção de inocência, princípio do juiz natural e imparcial e o princípio da persuasão racional e da motivação das decisões, é não permitir que o magistrado que teve contato com a prova ilícita continue atuando no processo, pois, conforme demonstrado, ele já está contaminado por sua convicção que foi antes formada ilicitamente.



REFERÊNCIAS

- ARTEIRO, Rodrigo Lemos. *A nova positivação normativa das provas ilícitas*. ETIC-Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias*. 2014. Disponível em: <<http://badaroadogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-gantias.html>>. Acesso em 17 mar 2020.
- BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 1940.
- BRASIL. *Constituição Da República Federativa do Brasil de*

1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 mar 2020.
- BRASIL. Decreto-lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal. Presidência da República*. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em 17 mar 2020.
- BRASIL. Lei N° 9.296, de 24 de julho de 1996. *Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal (sobre interceptações telefônicas)*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm. Acesso em 17 mar 2020.
- BRASIL. *Mensagem N° 350, de 9 de junho de 2008*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm. Acesso em 17 mar 2020.
- BRASIL. *Agravo regimental em Agravo de Instrumento*. STF - AI: 626214 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 21/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-09 PP-01825.
- BRASIL. *Apelação Crime N° 70058853797*, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 05/06/2014) (TJ-RS - ACR: 70058853797 RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 05/06/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/07/2014. 2014a.
- BRASIL. *STF - RHC: 117964 RJ*, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 04/02/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-046 DIVULG 07-03-2014 PUBLIC 10-03-2014. 2014b.
- BRASIL. *TJ-RJ - EXSUSP: 00331135220148190000 RIO DE*

- JANEIRO ARMACAO DOS BUZIOS 2 VARA, Relator: PAULO SERGIO RANGEL DO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 09/12/2014, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/02/2015).
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América*. 1994. Traduzido por J Henry Phillips. Disponível em <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>. Acesso em 17 mar 19.
- GOMES, Luiz Flávio. *O novo regramento das provas ilícitas*. 2008. Disponível em: <jusbrasil.com.br/noticias/22274/lei_11690_08_o_novo_regramento_das_provas_ilicitas>. Acesso em 17 mar 19.
- GOMES, Luiz Flávio. *Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais*, 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais/>>. Acesso em 17 mar 19.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Revista CEJ, v. 1, n. 3, p. 131-141, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RODRIGUES, Geordan Antunes Fontenelle. *Teoria do encontro fortuito de provas: serendipidade de primeiro e segundo grau*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14584>. Acesso em 17 mar 2020.