

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO DE DIREITO

ANNA CAMILLA LYRA BARROS E BARROS

A PROVA ILÍCITA E A CONTAMINAÇÃO DO MAGISTRADO

Campina Grande – PB

2018

ANNA CAMILLA LYRA BARROS E BARROS

A PROVA ILÍCITA E A CONTAMINAÇÃO DO MAGISTRADO

Trabalho Monográfico apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientador: Professor Felipe Augusto de M. e Torres

Campina Grande – PB

2018

B277p Barros, Anna Camilla Lyra Barros e.
A prova ilícita e a contaminação do magistrado / Anna Camilla Lyra Barros e Barros. – Campina Grande, 2018.
51 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2018.
"Orientação: Prof. Esp. Felipe Augusto de Melo e Torres".

1. Processo Penal – Provas. 2. Provas Ilícitas - Contaminação do Magistrado. 3. Livre Convencimento Motivado. 4. Descontaminação do Magistrado. I. Torres, Felipe Augusto de Melo e. II. Título.

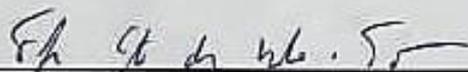
CDU 343.14(043)

ANNA CAMILLA LYRA BARROS E BARROS

A PROVA ILÍCITA E A CONTAMINAÇÃO DO MAGISTRADO

Aprovada em: 17 de 12 de 18

BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Felipe Augusto de Melo Torres

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

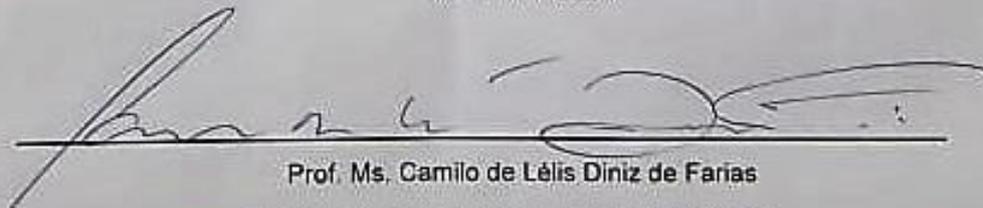
(Orientador)



Prof. Esp. André Gustavo Santos Lima Carvalho

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



Prof. Ms. Camilo de Lélis Diniz de Farias

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

Dedico este trabalho a Deus e a minha
mãe, Cláudia, sempre presente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, Autor da minha vida, que me abençoa e protege todos os dias com o Seu Infinito Amor, por ter me dado à graça de concluir este curso sonhado.

Agradeço a minha família, aos meus pais, Fábio José e Cláudia, por todo o esforço para me criar e educar com todo amor. Obrigada, mainha, por todos os conselhos, pelo seu cuidado e amor. És o meu pedaço de céu na terra.

Aos meus queridos padrinhos, Sizino e Cecília, e aos meus tios João Dehon e Dani, que me incentivaram nesta jornada e acreditaram tanto no meu potencial, nunca negando uma palavra de incentivo.

Aos meus lindos coleguinhas de turma, Mateus, Carol, Aline, Camilinha e Matheus, que me fizeram rir em tempos de puro estresse, porque sem eles o fardo seria muito mais pesado.

Aos mestres queridos, que durante anos compartilharam seus conhecimentos comigo, meu muito obrigado. Por fim, não poderia deixar de agradecer em especial aos meus orientadores, Felipe Augusto de M. e Torres e Juaceli A. de Lima, que nunca negaram uma ajuda durante o TCC.

“A acusação é sempre um infortúnio
enquanto não verificada pela prova.”

Rui barbosa

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a análise probatória dentro do processo penal brasileiro, com abordagem principal nas provas produzidas por meios ilícitos e nas derivadas, conhecidas pela teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Abordaremos a inadmissibilidade das provas ilícitas, prevista no art. 157 do Código de Processo Penal, onde as provas obtidas por meios ilícitos devem, desde logo, ser desentranhada dos autos. Todavia, a discussão gira em torno do §4º do artigo supramencionado, vetado pelo Presidente da República, que dispunha acerca da impossibilidade do Juiz que avaliou e desentranhou a prova ilícita ser o mesmo que, ao final, dará a sentença. Buscaremos entender se a simples exclusão da prova ilícita é eficaz ou se, mesmo que inconscientemente, o magistrado está contaminado pelo que teve acesso, devendo ser também afastado do julgamento.

Palavras-chave: Provas no processo penal. Provas ilícitas. Livre convencimento motivado. Descontaminação do magistrado.

ABSTRACT

The present work deals with the probative analysis within the Brazilian criminal procedure, with a main focus on the evidence produced by illicit means and in the derivatives known as the fruits of the poisonous tree theory. We will address the inadmissibility of the unlawful evidence, provided for in art. 157 of the Code of Criminal Procedure, where evidence obtained by means of unlawful means must, from the outset, be removed from the case file. However, the discussion revolves around article 4 of the above mentioned article, vetoed by the President of the Republic, which ruled on the impossibility of the Judge who assessed and disregarded the illicit evidence being the same that, in the end, will render the sentence. We will try to understand if the simple exclusion of the illicit evidence is effective or if, even unconsciously, the magistrate is contaminated by the one who had access, and must also be removed from the judgment.

Keywords: Evidence in criminal proceedings. Unlawful evidence. Free motivated convincing. Decontamination of the magistrate.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPITULO I	14
01 TEORIA DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	14
1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	14
1.2 CONCEITO DE PROVA.....	16
1.3 FINALIDADE	17
1.4 VERDADE REAL E VERDADE PROCESSUAL.....	18
1.5 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	20
1.6 SISTEMA DE AVALIAÇÃO DA PROVA.....	22
1.6.1 Princípio do livre convencimento motivado	23
1.7 PROVAS NOMINADAS E INOMINADAS.....	25
1.7.1 Prova pericial	26
1.7.2 Interrogatório	26
1.7.3 Confissão	26
1.7.4 Prova testemunhal	27
1.7.5 Prova documental	27
1.8 DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA	28
CAPITULO II	30
2 DAS TEORIAS SOBRE A PROVA ILÍCITA	30
2.1 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS	30
2.2 TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA.....	32
2.2.1 Teoria da fonte independente	34
2.2.2. A descoberta inevitável	35
2.3 ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS.....	36

2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA	37
2.5 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA PELA <i>PRO REO</i>	38
CAPITULO III	40
3 DESCONTAMINAÇÃO DO MAGISTRADO	40
3.1 PRINCÍPIOS VIOLADOS COM O VETO DO § 4º DO ART. 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	42
3.2 PERIGOS DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

A busca por afastar dos autos processuais as provas ilícitas, bem como todas decorrentes dela, encontrou grande respaldo a partir da Constituição Federal de 1988. O que antes era construído em jurisprudências e estudos doutrinários, passou a ser ratificado pelo art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que prevê a inadmissibilidade da utilização das provas obtidas por meios ilícitos.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar as provas utilizadas no processo penal brasileiro, com enfoque principal nas provas ilícitas e nas derivadas desta, o estudo da teoria dos frutos da árvore envenenada e, por fim, analisar até onde as provas consideradas ilícitas podem influenciar no convencimento do magistrado.

Este estudo encontra sua relevância na necessidade de analisar, por meio de doutrinas e jurisprudências, como funciona a análise probatória feita pelo magistrado e, como este se comporta após ter acesso à determinada prova ilícita, que, posteriormente, será desentranhada dos autos.

Destarte, a fim de garantir a segurança jurídica das decisões e resguardar a aplicação das garantias individuais, esta pesquisa se dispõe a analisar os efeitos do convencimento e do julgamento do magistrado, uma vez que este teve acesso a um conteúdo ilícito.

Isto porque, a redação dada pela Lei nº 11.690/08 ao art. 157, §4º do Código de Processo Penal, previa que “o Juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”, porém, este parágrafo recebeu o veto Presidencial.

A problemática deste tema está na insegurança criada, vez que, apesar da prova ilícita ser desentranhada do processo, o magistrado que analisou a prova e posteriormente irá proferir a decisão para o caso, pode, mesmo que subconscientemente, ter sua decisão formada a partir do que anteriormente fora visto.

Após análise doutrinária e jurisprudencial, manter o magistrado que analisou e desentranhou a prova ilícita e as derivadas, sob a alegação de que substituir o juiz iria prejudicar a celeridade processual, não estaria ferindo outros princípios processuais e constitucionais de suma importância?

O objetivo geral desta pesquisa é estudar a prova no processo penal, com foco nas obtidas por meio ilícitos e, Por fim, analisar a decisão proferida por um magistrado que, em momento anterior, teve acesso a uma prova ilícita.

No primeiro capítulo, abordaremos a teoria geral da prova, sua evolução histórica e seus meios de produção e a quem incumbe fazê-la, bem como algumas provas nominadas dentro do processo penal brasileiro.

Durante o segundo capítulo, objetivaremos analisar a inadmissibilidade da prova ilícita e de suas derivadas, bem como a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) e as exceções onde é permitida a utilização desta provas.

Por fim, no último capítulo, abordaremos a redação do art. 157 do Código de Processo Penal, e o veto dado ao § 4º. Analisaremos se a descontaminação do processo através da retirada da prova ilícita é suficiente pra segurança do julgado.

Assim, este trabalho não tem o intuito de esgotar todo o estudo acerca do tema, mas sim de facilitar e organizar a questão, abordando desde a análise das provas dentro do processo penal até a confecção da decisão do magistrado, primordialmente com uma visão integradora entre elas.

Metodologia

O presente trabalho foi desenvolvido mesclando a metodologia, dividida de maneira dedutiva e indutiva.

O método dedutivo será aplicado na maior parte do trabalho, ao expor a base da pesquisa, sendo ela a análise das provas, bem como, a teoria dos frutos da árvore envenenada, de forma imparcial.

De acordo com a acepção clássica, o método dedutivo, segundo Gil (2008), é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular. Parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.

O método será indutivo será, por fim, aplicado ao terceiro capítulo da pesquisa, pois se pautará em demonstrar na análise de um caso para demonstrar a aplicação do estudo. Gil (2008) se explica o método indutivo como:

O método indutivo procede inversamente ao dedutivo: parte do particular e coloca a generalização como um produto posterior do trabalho de coleta de dados particulares. De acordo com o raciocínio indutivo, a generalização não deve ser buscada aprioristicamente, mas constatada a partir da observação de casos concretos suficientemente confirmadores dessa realidade. (GIL, p. 29, 2008)

Quanto à natureza da pesquisa, esta será de aplicação básica, pois a pesquisa se satisfaz em ser bibliográfica e sem aplicabilidade a casos específicos. Referente à abordagem, a pesquisa é qualitativa, pois se regula em realizar a análise de caso de maneira objetiva.

Quanto aos objetivos, a pesquisa será descritiva, pois terá como objetivo estudar as características que um grupo específico. Segundo Gil (2008, p. 47), a pesquisa descritiva é a que “tem como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou estabelecimento de relações entre variáveis”.

A pesquisa será jurisprudencial, quanto aos procedimentos técnicos, pois terá como base julgamentos de um caso concreto.

Desse modo, optou-se pelo estudo na forma de divisão da pesquisa em três capítulos, sendo o primeiro e o segundo capítulo, foi escolhida uma forma de natureza descritiva através do método dedutivo para realizar uma exposição de conceitos básicos e, o terceiro capítulo parte da premissa indutiva de expor a análise de um caso concreto.

Por fim, o trabalho segue as normas da Faculdade Reinaldo Ramos para trabalhos científicos, com o fito de utilização como Monografia para conclusão de curso e obtenção de grau de bacharel em Direito.

CAPITULO I

01 TEORIA DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O processo penal na visão de Lopes Jr:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Neste contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). O tema probatório é sempre a afirmação de um fato (passado), não sendo as normas jurídicas, como regra, tema de prova. (LOPES JR, 2014, p. 549)

Neste capítulo abordaremos a teoria geral da prova aplicada no sistema processual brasileiro, alguns aspectos acerca da sua evolução no transcurso do tempo e conceitos importantes.

1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para compreendermos o atual sistema processual penal brasileiro é importante analisarmos os aspectos históricos que circundam o procedimento penal, como as suas formas de busca da prova e a sistemática de análise desta.

A análise das provas sofreu alterações durante a evolução do tempo, sempre buscando a adequação entre a cultura social, os costumes e o momento político-econômico de cada povo.

Para Lopes Jr. (2014), os primitivos não utilizavam critérios técnicos e racionais para demonstrar que os fatos aconteceram. Os métodos utilizados eram rudimentares e empíricos, diferentes do atual conceito de prova judiciária. Atualmente, esse método é considerado forma de tortura e crueldade.

Segundo Pacelli (2015, p. 327), na idade média, a análise de determinado fato era realizada através da religião ou da força física, onde os acusados eram submetidos a processos como as ordálias – julgamentos divinos – ou provações

físicas e duelos, acreditando que, quem saísse vitorioso, era o que estava falando a verdade.

Outra forma utilizada naquela época como base para decisões era o chamamento de uma divindade como testemunha e, caso o acusado tivesse mentido acerca dos fatos, sofreria um castigo divino como forma de punição.

Com o fim do método da justiça divina veio inquisição, surgida no século XIII, que buscava a confissão do acusado como forma de garantir a verdade e caracterização do poder de punir, sempre visando garantir maior poder e vigilância do clero sobre a sociedade.

Séculos se passaram e, em busca de um método que trouxesse a verdade para o julgamento, o direito probatório evoluiu, permitindo o uso de provas documentais, periciais, a confissão e o interrogatório. Para Pacelli:

De uma verdade inicialmente revelada pelos deuses a outra, produzida a partir da prova racional, submetida ao contraditório e ao confronto dialético dos interessados em sua valoração, o Direito, em geral e, mais especificamente, a partir do século XVIII, com a evolução da processualização da jurisdição, o processo penal, sempre se ocupou da reconstrução judicial dos fatos tido por delituosos. (PACELLI, 2015, p. 328)

Hodiernamente, a prova tem função primordial no processo penal, demonstrando de maneira eficaz o que mais se aproxime da realidade do fato, provando se existiu ou não infração penal, dando assim, ao Estado o dever de punir o infrator.

O direito penal foi criado para basear e limitar a atuação punitiva do Estado, vez que, para um Estado Democrático de Direito, as normas devem estar previamente estabelecidas, a fim de evitar qualquer abuso por parte do Estado.

Na visão de Nucci:

Cometida a infração penal, nasce para o Estado o poder-dever de punir (pretensão punitiva), consubstanciado na legislação material, com alicerce no seguinte direito fundamental (princípio da legalidade): não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine. (NUCCI, 2016, p. 50)

Cumprir frisar que, apesar da visão geral de que o direito penal visa garantir a punição, este busca primordialmente garantir a liberdade do indivíduo, impondo linhas claras e detalhadas de como o Estado poderia restringi-la. Ainda na visão de Nucci:

O Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas com a finalidade de regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto. É o ramo das ciências criminais cuja meta é permitir a aplicação de vários dos princípios constitucionais, consagradores de garantias humanas fundamentais, servindo de anteparo entre a pretensão punitiva estatal, advinda do Direito Penal, e a liberdade do acusado, direito individual. (NUCCI, 2016, p. 50)

Em busca da satisfação jurisdicional para determinada demanda, ao Estado são disponibilizados diversos meios ou métodos probatórios, sempre resguardando os direitos e garantias constitucionais. Pacelli em sua obra menciona que:

Para a consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com os quais (e mediante os quais) se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da *inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente*. (PACELLI, 2015, p. 329)

Acerca do que chama Pacelli de manto da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, trataremos no próximo capítulo.

1.2 CONCEITO DE PROVA

O substantivo prova vem do latim – *proba, probatio* – cujo significado é de demonstrar, formar juízo de. Apesar de existirem muitos conceitos para a prova, nesta pesquisa iremos nos ater a abordagem da prova no sentido jurídico.

Para Tourinho Filho, em busca da verdade, provas:

[...] são meios pelos quais se procura estabelecer-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas

partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 522)

Na visão de Nucci, existem três sentidos para prova:

- a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: "Fez-se prova de que o réu é autor do crime". (NUCCI, 2016, p.234)

Pacelli indica em sua obra que a prova tem objetivo claramente definido, o que reconstruir a verdade. Para ele:

[...] reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridas no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade. (PACELLI, 2015, p. 327)

Destarte, em linhas gerais, podemos compreender que a prova é o meio utilizado para encontrar a verdade real no processo penal e, por consequência, dar ao magistrado base para fundamentar sua decisão.

1.3 FINALIDADE

O fim principal a que se destina a prova é a obtenção de um convencimento do magistrado acerca de determinado fato litigioso, para que assim, decida como julgará o caso concreto.

Nas palavras de Nucci (2016, p. 242): "A finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso". Desta forma, a prova possui caráter fundamental para o convencimento e julgamento do magistrado.

1.4 VERDADE REAL E VERDADE PROCESSUAL

Conceituar a verdade é o enigma que acompanha o homem desde sua criação, analisado por filósofos e pensadores e alvo das mais diversas teorias que se desenvolveram através dos tempos.

Por este motivo, não teremos como esgotar os estudos sobre o tema, porém, abordaremos alguns pontos históricos que possibilitam uma melhor compreensão do conceito de verdade e a sua relevância para o sistema processual penal.

A palavra verdade, do latim “*veritas*”, significa a exatidão de uma história ou relato fiel de determinado fato, sendo refeita através da memória de alguém que a viveu.

Dentro do processo penal brasileiro, quando o magistrado se depara com determinado fato, busca encontrar a verdade processual – que difere da verdade real – , e isto, gera divergências doutrinárias acerca da efetividade.

A diferenciação entre a verdade real e a verdade processual, surgiu do confronto entre dois ramos do direito, o civil e o penal. Isto porque, levando em consideração da relevância de cada matéria e o bem que tutela, o direito civil busca encontrar a verdade processual e o direito penal dispõe-se a encontrar, de fato, a verdade real do que aconteceu. Segundo Nucci:

“Quando se trata da prova no processo penal, culminamos por discutir também “que verdade” foi buscada no processo. Isso porque, como explicamos anteriormente, o processo penal é um “modo de construção do convencimento do juiz”, fazendo com que as limitações imanentes à prova afetem a construção e os próprios limites desse convencimento. (NUCCI, 2014, p.579)

Cumpramos ressaltar que, embora a verdade real e a processual não sejam opostas entre si, elas são aplicadas em campos distintos, sendo a primeira de maior amplitude, visto que possibilita que seja produzida nos autos provas sem a provocação da acusação ou da defesa, enquanto que a segunda demarca a prova que será utilizada na fundamentação da decisão.

HADDAD, que diferencia entre material (real) e formal (processual), aduz que:

A real distinção entre a verdade material e a formal não se fundamenta no estado ou grau de convicção atingido pelo juiz, nem na profundidade do esclarecimento dos fatos, muito menos no percentual de esforço empregado pelo magistrado para elucidá-los, os quais seriam mais intensos no processo penal. Se assim fosse, bastaria ao magistrado não se acomodar e se irresignar com o material probatório até então coletado no processo civil para converter a verdade formal em material. A verdade material não significa que se trate de verdade mais completa em comparação à formal, mas, sim, que são disponibilizados mais instrumentos para se alcançá-la. A verdadeira diferença tem como fulcro a maior disponibilidade de meios para conseguir o esclarecimento dos fatos. (HADDAD, 2012, p. 04)

Já na visão de Lopes Jr. (2014, p. 579), não é possível atribuir ao processo penal a missão de buscar a verdade real ou substancial, pois a verdade não é fundante no processo penal democrático e acusatório. A decisão do magistrado, desta forma, não é a revelação da verdade, qualquer que seja, material ou formal, mas sim um ato de convencimento, formado em contraditório e nos ditames do devido processo legal.

Assim, uma vez refeitos os fatos através de provas concretas e que descrevam com riqueza de detalhes o ocorrido, o Estado passa a ter o dever de punir, *jus puniendi*, em face do autor do ilícito que está sendo analisado.

É importante frisar que, o direito de punir adquirido pelo Estado é aplicado ao autor do delito nos exatos limites da sua culpa e, somente após instrução probatória que demonstre uma verdade que se aproxime dos fatos reais, para que o convencimento do magistrado seja baseado nas provas produzidas.

Assim, a verdade real embasa a sentença prolatada e evita a atribuição de sanções penais a pessoas inocentes, ultrapassando, assim, os limites da culpa. Paulo Rangel ressalta acerca do tema:

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens. Até porque o conceito de verdade é relativo, porém, nos autos do processo, o juiz tem que ter o mínimo de dados necessários (meios

de provas) para julgar admissível ou não a pretensão acusatória. (RANGEL, 2011, p. 07)

Neste viés, é indispensável dentro do processo penal a procura pela verdade real, não somente pela verdade processual, em razão do poder que é dado ao Estado para punir o cidadão. Assim, Nucci bem prescreve:

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menor. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo de forma que é impossível falarem verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. (NUCCI, 2012, p. 107)

Assim, a verdade real é o princípio do Processo Penal que tem como objetivo principal satisfazer o interesse comum da sociedade, descobrindo com exatidão a autoria de uma possível infração penal e a aplicação da sanção mais adequada, nos limites da culpa do agente, ao contraponto que o princípio da verdade processual, presente no Processo Civil, é voltado ao interesse de um particular.

1.5 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova se refere à responsabilidade atribuída as partes para comprovarem aquilo que, por elas, fora alegado. Conforme preconiza o art. 156 do Código de Processo Penal, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Segundo Capez (2016, p. 325), a prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável.

Trata-se então, de uma faculdade das partes, na qual, a sua omissão não poderá acarretar prejuízo a quem não a exercer. Capez aduz ainda que:

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não

tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação. (CAPEZ, 2016, p. 435)

Desta forma, a prova é o meio em que as partes se utilizam para provar o que afirmam. No processo penal, por exemplo, a maior parte dos casos é o Ministério Público que declara um fato (infração penal) ao confeccionar a denúncia, assim, ao Estado caberá o ônus probatório.

Dispõe Lima (2015, p. 289) que, há duas correntes acerca da distribuição do ônus da prova: a corrente minoritária aponta que, no processo penal, o ônus da prova é exclusivo da acusação e a corrente majoritária distribui o ônus da prova entre a acusação e a defesa no processo penal.

Tratando-se da corrente minoritária, baseia-se que o art. 386, II, V e VII, do Código de Processo Penal, preleciona que a debilidade probatória por parte da acusação, em demonstrar os elementos que caracterizam o crime, implicam na absolvição do réu.

Já a segunda corrente, aduz que cabe a acusação, em regra na figura do ministério público, demonstrar todos os elementos do delito - autoria, materialidade, elemento subjetivo do agente -, ficando a defesa incumbida de provar as causas excludentes de ilicitude, culpabilidade e punibilidade, se houverem.

Além disto, Nucci relembra:

não ser exigível a autoincriminação no processo penal, significando que o réu não está obrigado a fornecer prova contra si. Assim, qualquer prova que lhe for demandada pelo juiz, implicando prejuízo para sua defesa, pode ser negada. (NUCCI, 2016, p. 238)

Por fim, cumpre registrar que, o doutrinador Greco Filho, dispõe sobre os princípios que fundamentam o instituto do ônus da prova. Segundo ele:

[...] decorrem de três princípios prévios: 1º) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, com um *non liquet*; 2º) o princípio da imparcialidade, segundo o qual o juiz não pode tornar-se acusador ou defensor, quer quanto à iniciativa da ação, quer quanto à iniciativa da prova; 3º) o princípio da persuasão

racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*) e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*). (GRECO FILHO, 2012, p. 288/289)

1.6 SISTEMA DE AVALIAÇÃO DA PROVA

Conforme dispõe Nucci, existem, basicamente, três sistemas de avaliação, quais sejam:

[...] a) **livre convicção**, que é o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões. É o sistema que prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto; b) **prova legal**, cujo método é ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. [...] Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para a produção de alguma prova, v.g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão; c) **persuasão racional, que é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada**. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato. (NUCCI, 2016, p. 239, grifo nosso)

O primeiro sistema, da livre convicção, dá ao julgador amplos poderes quanto à análise probatório, podendo valorar as provas sem ter que motivar sua decisão. Já o sistema da prova legal, segundo na visão de Nucci, restringe totalmente a liberdade do julgador, haja vista que, toda prova teria uma valoração legal prévia.

Por fim, o livre convencimento motivado, que é híbrido dos sistemas anteriores, possibilitando ao magistrado a liberdade de valorar determinada prova, porém, desde que sua decisão seja motivada.

Devido a maior aplicação no processo penal brasileiro, iremos abordar mais densamente o sistema do livre convencimento motivado ou sistema de persuasão racional.

1.6.1 Princípio do livre convencimento motivado

O princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional fundamenta a liberdade de apreciação da prova e encontra respaldo no art. 155, do Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, Lei nº 3.689, 1941)

Pacelli conceitua:

[...] o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo obtá livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. (PACELLI, 2015, p. 340).

Este sistema de avaliação dá ao juiz maior liberdade ao analisar determinada prova, dando a ela a valoração que achar pertinente, mas, fica restrito ao disposto nos autos processuais. Há também, para o magistrado, a obrigação de motivar seu convencimento através da decisão proferida.

Acerca disto, Lopes Jr. (2014, p.576) lembra que “existe a necessidade de que a decisão seja reconhecida como justa e, por isto, respeitada. Não está legitimado o decisionismo, por óbvio”.

Sobre o tema, existem inúmeros julgados, vejamos:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECONHECIMENTO DA VÍTIMA COERENTE E HARMÔNICO COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 1. Quanto ao

sistema de valoração das provas, o legislador brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz, extraindo a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, decide a causa de acordo com o seu livre convencimento, em decisão devidamente fundamentada. 2. Ainda que não apontada, efetivamente, nenhuma outra prova para dar suporte à acusação, a não ser o depoimento da vítima prestado no inquérito policial e ratificado em juízo, é plenamente admissível que, dependendo do contexto probatório produzido nos autos, desde que haja coerência e harmonia, essa prova seja utilizada validamente como fundamento único para condenar o réu. 3. Conclusão em sentido contrário daquela a que chegou o Juiz da causa ensejaria profunda e indevida incursão na seara fático-probatória do processo, incabível na via estreita do habeas corpus. 4. Ordem denegada.

Assim, baseando nessa condição de liberdade por parte do magistrado, é possível que este, verificando a desnecessidade de determinada prova, possa dispensá-la. Vejamos jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. ESTELIONATO EM DETRIMENTO DE ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. CORRUPÇÃO PASSIVA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. DISPENSA. POSSIBILIDADE. SUSPEIÇÃO. IMPEDIMENTO. MATÉRIA DEBATIDA NA APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. ANÁLISE QUE DEMANDA O REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio do livre convencimento motivado permite ao Magistrado dispensar a produção de provas que considere protelatórias ou desnecessárias à elucidação dos fatos delitivos, se há nos autos elementos probatórios suficientes para fundamentar a decisão judicial. [...]5. Ordem denegada.

Porém, Nucci (2016, p. 312) alerta que “não significa que o magistrado possa fazer a sua convicção pessoal ou vivência acerca de algo integrar o conjunto probatório, tornando-se, pois, prova”.

O que ocorre é que, com base nas provas obtidas legalmente nos autos do processo, o juiz formará sua convicção, mas sem expor sua opinião acerca do ocorrido.

Por fim, trataremos no terceiro capítulo como este sistema pode prejudicar e tornar inseguro um julgamento, fugindo assim, do seu papel inicial que é de proferir decisões justas e harmoniosas.

1.7 PROVAS NOMINADAS E INOMINADAS

O escopo da investigação é encontrar a verdade real de um determinado fato. Para isto é necessário a utilização das provas legalmente previstas em nosso ordenamento jurídico.

As provas nominadas estão previstas do art. 155 a 250 do Código de Processo Penal, quais sejam: exame do corpo de delito, prova pericial, interrogatório do acusado, confissão, prova testemunhal, acareação, busca e apreensão, reconhecimento e prova documental.

Ainda é permitida a utilização de algumas outras provas, estão previstas em legislações extravagantes, como por exemplo, a interceptação telefônica, disposta na Lei nº 9692/96.

As provas consideradas inominadas são as que não estão previstas nem no código, nem em legislações especiais. Não existe previsão legal, mas, apesar disto, elas são consideradas moralmente legais, vez que, para sua utilização dentro do conjunto probatório do processo, deve passar por uma análise minuciosa, para evitar a violação dos limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ser considerada ilegal e, por consequência, desentranhada dos autos.

Analisando as palavras de Lopes Jr:

Se admitirmos que existam provas inominadas, desde que observadas as regras de coleta, admissão e produção em juízo, e que outros importantes elementos de convicção possam ser obtidos com a utilização de outros sentidos que não o visual, a questão passa a ter grande relevância. (LOPES JR., 2014, p.596)

Contudo, apesar se sua boa aceitação sobre o tema, o doutrinador Lopes Jr (2014), continua em seu livro alertando que: “não pode ser admitida uma prova ‘disfarçada’ de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas”.

Outrossim, vejamos a seguir alguns exemplos de importantes tipos de provas nominadas:

1.7.1 Prova pericial

Prevista no art. 158 e 159 do Código de Processo Penal, a prova pericial trata-se do auxílio prestado por um profissional com conhecimentos específicos, para que este realize a análise e de parecer acerca de algo que o juiz não domine, como por exemplo, no exame de corpo de delito, na avaliação contábil ou técnica.

Considera-se, portanto, uma prova técnica que assegura a existência dos fatos. O perito criminalístico, por sua vez, fornece dados instrutórios de natureza material, como no exame de corpo de delito.

O perito que realiza o procedimento deve ser, em regra, portador de diploma legal e pertencente ao quadro estatal, considerado perito oficial. Apesar de toda comprovação trazida por este tipo de prova e pela valoração especial revelada no ordenamento jurídico brasileiro, o juiz não está obrigado a firmar seu convencimento com base nela.

1.7.2 Interrogatório

O interrogatório, considerado por doutrinadores como a expressão latente do princípio da ampla defesa, é a prova onde o acusado poderá explicar sua versão dos fatos e exercer a autodefesa. Apesar dessa garantia, é direito deste permanecer em silêncio e não exercê-la, sem que isso causa qualquer prejuízo para ele.

Por fim, cumpre destacar que, no momento do interrogatório é obrigatória a presença da defesa técnica – defensor público ou advogado constituído – sob pena de nulidade do ato.

1.7.3 Confissão

Inicialmente, vejamos o que dispõe o art. 197 do Código de Processo Penal:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância. (BRASIL, Lei nº 3.689, 1941)

Assim, na confissão o acusado assume para si a responsabilidade penal de determinado ato, admitindo a autoria dos fatos imputados contra ele. Porém, a confissão não substitui a produção de outras provas.

1.7.4 Prova testemunhal

Uma das principais provas dentro no processo penal brasileiro é a testemunhal. Nela, um terceiro desinteressado, que testemunhou o fato, irá prestar declarações acerca do ocorrido. Em regra, toda testemunha fica obrigada a testemunhar, podendo, inclusive, o magistrado se utilizar de meios coercitivos para que isto aconteça.

Em casos excepcionais, a figura da testemunha será dispensada, como por exemplo, o cônjuge, ascendente, descendente e irmãos.

1.7.5 Prova documental

O art. 232 do Código de Processo Penal define a prova documental como: “Art. 232 Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

Esta prova é o conteúdo escrito que descreve ou representa um fato probatório e poderá ser produzida em qualquer fase processual, de forma espontânea ou provocada.

1.8 DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA

Para facilitar a compreensão, podemos entender que a prova ilegal é o gênero que se subdivide em duas espécies, quais sejam: a prova ilegítima e a ilícita.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVI, prevê que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos e, segundo dispõe Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 382), para o Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço, ainda que haja um prejuízo da apuração da verdade, pois devem prevalecer os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Segundo o autor supracitado, seria contrário ao que busca um processo criminal, haja vista que visa apurar e punir a prática de um ato ilícito, se o Estado se utilizasse de métodos violadores ao direito assegurado pelo próprio ordenamento jurídico, havendo assim, desarmonia entre todo o sistema punitivo.

Porém, a nossa Constituição Federal é omissa quanto ao conceito de ilícito e, diante dessa lacuna, a doutrina tratou de conceituar "prova ilícita". Assim, segundo Nucci:

a expressão *provas ilícitas*, do qual surgem as espécies: as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos. (NUCCI, 2016, p. 236)

Desta forma, embora a prova sirva, a primeiro momento para o fim que fora criada, deve ser analisada sob o aspecto de respeitar importantes garantias fundamentais ao indivíduo, não violando sua privacidade, intimidade e, mais importante de tudo, a dignidade humana.

A vedação a utilização da prova ilícita é garantida também no Código de Processo Penal Brasileiro, em seu art. 157, quando prevê que: "Art. 157. São

inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Ocorre que, esta redação faz uma confusão entre a distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas. Isto porque, segundo Lopes Jr, as provas ilegítimas são:

Quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tm natureza exclusivamente processual, quando for imposta em fução de interesses atinentes à logica a à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc. (LOPES JR., 2014, p. 607)

Assim sendo, o art. 157, ao dispor acerca das normas legais estaria englobando também as normas processuais, tornando assim, todas ilícitas. Ainda segundo Lopes Jr. é importante fazer distinção entre as provas. Para ele:

A distinção é ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). [...] as provas ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão processual (de ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. (Lopes Jr., 2014, p. 608)

Em linhas gerais, a prova ilícita – apronta direito material ou constitucional - está vinculada ao momento da confecção da prova, enquanto a ilegítima – afronta direito processual – liga-se ao momento da sua produção dentro do processo.

Ademais, cumpre destacar outra importante diferença, no que diz respeito ao momento da ilegalidade, qual seja: a prova ilícita está vinculada ao momento da obtenção (que antecede a fase processual) e a prova ilegítima acontece no momento da produção da prova (fase processual).

Uma vez considerada ilícita, a prova sequer poderá ser juntada aos autos e, caso já tenha havido a juntada, deverá ser desentranhada e excluída do processo.

CAPITULO II

2 DAS TEORIAS SOBRE A PROVA ILÍCITA

Neste segundo capítulo, abordaremos de forma aprofundada a prova ilícita e as derivadas dela. Acerca do tema, Pedro Lenza preleciona que:

Não seria lógico que o Estado, a pretexto de distribuir justiça, permitisse que seus agentes ou que particulares violassem normas jurídicas para garantirem o sucesso do esforço probatório, pois, assim, estaria, paradoxalmente, incentivando comportamentos contrários à ordem jurídica que pretende tutelar com a atividade jurisdicional. (LENZA, 2013, p.319)

Desta feita, analisaremos as alterações do art. 157 do Código de Processo Penal advindas da Lei nº 11.690/2008, bem como a atuação do magistrado no processo em que teve acesso a prova ilícita – desentranhada –.

2.1 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Na doutrina brasileira, majoritariamente defende a teoria da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos ou também conhecido como princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Esta corrente, que toma como base geral o art. 5º, LVI da constituição Federal de 1988 - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos -, não admite nenhuma exceção e afirmar que o direito não deve aceitar que alguém utilize de meios ilegais, através da obtenção da prova, para confirmar determinado fato.

Segundo Pacelli (2015, p. 346): “a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção”

Para Lopes Jr (2014, p. 610) esta teoria “parte, ainda, da premissa de que a vedação constitucional não admitiria exceção ou relativização. É uma corrente que

possui vários seguidores e que encontra algum abrigo na jurisprudência (inclusive do STF)”.

Alguns exemplos comuns e que devem ser combatidos com rigor, são: a busca e apreensão sem a observância legal, a confissão obtida por meio de tortura ou coação moral, gravações telefônicas, intervenções corporais sem anuência, entre outros.

Rangel defende a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e aduz que:

No Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com a violação às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos em um Estado opressor, totalitário e não Democrático de Direito. (RANGEL, 2011, p. 430)

Contudo, algumas críticas podem ser encontradas acerca da não possibilidade de relativização da teoria, vez que o direito é uma ciência que nasce das necessidades sociais, e nós, seres humanos, vivemos em constante mudança. Segundo prescreve Lopes Jr.:

A crítica é exatamente em relação a “absolutização” da vedação, num momento em que a ciência (desde a teoria da relatividade) e o próprio direito constitucional negam o caráter absoluto de regras e direitos. Para nós, desde Einstein, não há mais espaço para tais teorias que têm a pretensão de serem “absolutas”, ainda mais quando é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, como qualquer lei, já nasce velha, diante da incrível velocidade do Ritmo social. (LOPES JR., 2014, p. 610)

Destarte, fica visível que, a doutrina, a jurisprudência e o ordenamento jurídico entendem que a produção e utilização de tais provas ilícitas devem ser rechaçadas. A aplicação de limites para obtenção das provas processuais visa, acima de tudo, garantir segurança ao processo e proteger as demais garantias fundamentais previstas na constituição federal.

Assim, a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas é a norma vigente no território brasileiro, de eficácia plena e, como os demais dispositivos do art. 5º, visa

proteger o cidadão de abusos e arbitrariedades do Estado (como maior produtor de provas) dentro do processo.

2.2 TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA

A prova ilícita por derivação consiste na prova obtida de forma lícita, porém, o percurso utilizado para sua obtenção foi ilícito. Um exemplo que demonstra claramente este instituto é o caso de um denunciado por tráfico de drogas, que faz sua confissão por meio de tortura e informa qual o local estaria escondida a droga. A apreensão dos entorpecentes, apesar de regular, é considerada prova ilícita por derivação.

Devido às controvérsias existentes acerca da possibilidade de utilização dessas provas, a Suprema Corte Norte-americana, em 1920, se destacou pela teoria do fruto da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree* –, segundo o qual o vício existente na planta também é transmitido para os frutos. Desde então, as cortes norte-americanas passaram a entender que a prova derivada da ilicitude de outra, deveria ser excluída dos autos processuais.

No Brasil, por ausência de legislação específica acerca das provas ilícitas por derivação, tem-se entendido que o art. 573, §1º do Código de Processo Penal ratifica a norma do direito americano dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree* –. Vejamos:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados. § 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência. (BRASIL, Lei nº 3.689, 1941)

O dispositivo supramencionado prevê a declaração de nulidade das provas decorrentes de uma prova ou ato ilícito. Assim, como o que é nulo não produzirá efeitos, a nulidade de um ato contamina os que dele dependam, ocorrendo o que se denomina de nulidade derivada.

Esta teoria fora positivada pelo Supremo Tribunal Federal, vejamos:

[...] A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. **Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.** - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA) (RHC 90376 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EM HABEAS CORPUS. RELATOR: Min. CELSO DE MELLO. JULGAMENTO: 03/04/2007, SEGUNDA TURMA).

Acerca do tema, Lopes Jr., que denomina princípio da contaminação – visto que uma prova ilícita contamina as derivadas – preceitua que:

[...] o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma

intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originalmente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve (LOPES JR., 2014, p. 615)

Este mesmo doutrinador faz uma crítica acerca da forma que o judiciário tem se posicionado quanto à aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada, mais precisamente sobre o alcance da contaminação das provas. Para ele:

O maior inconveniente é a timidez com que os tribunais tratam da questão, focando no “nexo causal” de forma bastante restritiva para verificar o alcance da contaminação. Assim, acabam tornando lícitas provas que estão contaminadas, sob o argumento de que não está demonstrada claramente uma relação de causa e efeito. Significa considerar que não existe conexão com a prova ilícita ou que essa conexão é tênue, não se estabelecendo uma clara relação de causa e efeito. (LOPES LR., 2014, p. 615)

Outro aspecto que merece considerações são as relativizações existentes. Vejamos as duas mais comuns, quais sejam: a teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) e a exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*).

2.2.1 Teoria da fonte independente

Sobre esta teoria, Lima dispõe que:

Se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária (LIMA, 2015, p. 614)

Um exemplo utilizado por alguns doutrinadores é o caso *Murray v. United States*, em 1988, quando policiais entraram sem autorização judicial numa casa cuja suspeita era de que ali havia prática de tráfico de drogas e confirmaram a suspeita. Em seguida, solicitaram mandado judicial para busca e apreensão sob alegação de

haver apenas suspeitas, não mencionando o ocorrido. Ao ser deferido o mandado, realizaram a busca e apreensão, apreendendo, assim, a droga.

Acerca deste caso, a Corte Americana entendeu que a prova era válida e não contaminada, pois, *in casu*, o mandado de busca seria obtido de qualquer forma, apenas motivado pelos indícios iniciais. Desta forma, a fonte foi considerada pré-constituída em relação à entrada ilegal.

Destarte, se a prova puder ser obtida sem qualquer vínculo com a prova ilícita, poderá, então, ser admitida nos autos processuais, como prova lícita e sem nenhum vício material ou processual.

2.2.2. A descoberta inevitável

A teoria da descoberta inevitável prevê que, se a prova ilícita pudesse ser descoberta de maneira inevitável dentro do processo, através dos meios lícitos, ela merece ser aproveitada. Lopes Jr. traz um exemplo acerca deste fenômeno. Vejamos:

[...]No caso em julgamento, o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com 200 voluntários, divididos em zona de atuação. Durante essa busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, o qual especificou o local onde havia ocultado o corpo, tendo ele sido efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também teriam encontrado o cadáver. Logo, a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova. (LOPES JR., 2014, p. 615)

Neste tipo de situação, é pacífico o entendimento de que a obrigação de provar que a descoberta seria inevitável é da acusação.

2.3 ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

Encontrar uma prova quando se estava em busca de outra. Este fenômeno, também conhecido como serendipidade, cuja origem é do inglês “*serendipity*” que significa descobrir coisas por acaso. Vejamos como conceitua Habib:

O encontro fortuito de provas, também chamado de Serendipidade, ocorre quando a prova de uma infração penal é descoberta a partir da investigação de outra infração penal. Nesse caso, se da interceptação telefônica surgirem provas da prática de outro delito para o qual o juízo que autorizou a interceptação telefônica não possui competência, a interceptação é válida. (HABIB, 2015, p. 164).

Esta colheita acidental de provas, apesar de não possuir base expressa em nosso ordenamento jurídico, já é admitida pelos julgados mais recentes, até mesmo em casos que não existe conexão entre as infrações. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça consagrou o fenômeno em seu informativo nº 539, vejamos:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. DESCOBERTA FORTUITA DE DELITOS QUE NÃO SÃO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO. O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. **Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação.** Precedentes citados: HC 187.189-SP, Sexta Turma, DJe 23/8/2013; e RHC 28.794-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2012. HC 282.096-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2014. (grifo nosso)

Assim, durante o curso da investigação de determinado evento, acaba-se por ter acesso a uma informação que, apesar de não interessar para o caso em análise, possui alguma relevância na esfera penal por se tratar de uma nova infração.

Este tipo de colheita de prova é mais comum quando se trata de interceptações telefônicas, isto porque, nesta forma de colheita de provas, existe uma gama de pessoas envolvidas, gerando diversas conversas que, durante a oitiva, podem dispor de fatos penalmente punidos.

Por fim, cabe mencionar que, após a oitiva da ligação interceptada, esta pode ser utilizada como marco inicial para uma nova investigação ou até mesmo como

base para emenda da exordial ministerial a fim de trazer novos denunciados ao processo.

2.4 PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE – ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Surgido na Alemanha, o princípio da proporcionalidade teve aceitação e adaptação nos Estados Unidos, serviu como fonte para aceitação da prova ilícita que, se excluída do processo, levaria a um julgamento injusto.

Alguns doutrinadores defendem a corrente que, em casos específicos, a prova ilícita poderia ser utilizada, desde que, observa-se o interesse público que estaria sendo protegido. Apesar disto, este princípio não exclui a responsabilidade penal dos autores da prova ilícita.

Lopes Jr. (2014, p. 610) prescreve que este princípio “Abranda a proibição para admitir a prova ilícita, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais”.

No processo penal brasileiro raríssimas são as decisões que aplicam este princípio, contudo, em outros ramos do direito, sua aplicação ocorre com maior frequência.

Isto porque, a aplicação deste princípio é considerada, para muitos, um perigo, haja vista que, o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado, servindo, assim, a qualquer um que tenha interesse – público ou privado – .

Na visão de Lopes Jr.:

É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais. Recordemos que o processo penal é democratizado por força da constituição, e isso implica a revalorização do homem. (LOPES JR., 2014, p. 611)

Assim, deve-se analisar a interesse da sociedade, porém, sem permitir que este se torne mais importante do que o interesse do indivíduo que a integra. Não deve existir hierarquia entre os interesses, mas sim, uma visão integradora entre elas. Na visão de Lenza:

[...]quando o princípio da vedação da prova ilícita revelar-se em confronto com outra norma de índole constitucional, há que se verificar qual dos bens jurídicos deve ser sacrificado em detrimento do outro, como por exemplo, ao optar-se pela prevalência do direito à liberdade do indivíduo na hipótese em que a única prova capaz de gerar a absolvição tenha sido obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Aqui deve prevalecer o princípio constitucional da ampla defesa em detrimento daquele que veda a utilização das provas ilícitas. (LENZA, 2013, p. 327)

Como já foi exposto, nenhum ramo ou tese do direito pode ser considerado absoluto, então, deve-se buscar compreender o conteúdo e o caso concreto, ao invés de se ater ao texto normativo.

Existe ainda, em alguns casos, a admissibilidade da prova ilícita pela proporcionalidade *pro reo*, ou seja, em favor do réu. Assim, a prova poderia ser admitida e utilizada para comprovar a inocência de um réu, visto que, é razoável sacrificar o meio de obtenção da prova para manter a liberdade de um inocente.

Um exemplo claro é de um cidadão acusado de um determinado delito que não cometeu e, para provar sua inocência, viola direitos à imagem, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio e comunicações de outrem a fim de obter provas de sua inocência.

2.5 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA PELA *PRO REO*

Tomando o gancho do princípio da proporcionalidade, alguns doutrinadores trazem a proporcionalidade *pro reo*. Nestes casos, a prova ilícita seria admitida e utilizada pela defesa quando se mostrar a favor do réu.

Segundo Lopes Jr. (2014, p. 612): “Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”.

Para exemplificar este instituto, podemos perceber um acusado que, acusado que um crime que não cometeu, viola o direito de terceiro (à intimidade, domicílio, imagem e etc), para obter a prova – ainda que ilícita – de sua inocência.

Ainda segundo Lopes Jr:

[...] o réu estaria, quando da obtenção (ilícita) da prova, acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, conforme o caso. Também é perfeitamente sustentável a tese da inexigibilidade de conduta diversa (excluindo agora a culpabilidade). Tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta da prova, legitimando seu uso no processo. (LOPES JR, 2014, p. 612)

Na ótica de Rangel (2013, p. 238), a aplicação da teoria da exclusão da ilicitude encontra respaldo no Direito, não podendo a prova ser considerada ilícita, independente da conduta do réu. Lopes Jr. exemplifica:

[...] pode ser admitida a interceptação telefônica pelo próprio réu, sem ordem judicial, desde que destinada a fazer prova de sua inocência em processo criminal que busca sua condenação. Ou, ainda, quando comete um delito de invasão de domicílio ou violação de correspondência, para buscar elementos que demonstrem sua inocência, estaria ao abrigo do estado de necessidade, que excluiria a ilicitude de sua conduta e conduziria à admissão da prova. (LOPES JR., 2014, p. 613)

Cumprido frisar que a prova ilícita utilizada para a absolvição do acusado inocente não pode ser utilizada em outro processo, desta vez contra terceiro, uma vez que em relação ao último, a prova é considerada ilícita.

Destarte, esta teoria justifica-se na defesa do que, apesar de acusado, revela-se inocente. Isto porque, para Lopes Jr. (2014, p. 612), a condenação de um inocente no processo penal fere de morte o valor de justiça.

CAPITULO III

3 DESCONTAMINAÇÃO DO MAGISTRADO

A lei nº 11.690/08 trouxe para o Código de Processo Penal Brasileiro a redação atual do art. 157. Esse dispositivo versa sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas e das derivadas dela. Inicialmente, trouxe grande inovação no sentido de descontaminar além do processo o seu julgador. Vejamos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 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.

§ 2º Considera-se fonte independente 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.

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

§ 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (vetado) (BRASIL, Lei nº 3.689, 1941)

Contudo, o parágrafo 4º deste artigo, que dispunha sobre a impossibilidade do juiz que declarou a ilicitude da prova ser o mesmo que posteriormente julgaria a demanda foi vetado pelo Presidente da República, após parecer do Ministério da Justiça e da Advocacia Geral da União.

O dispositivo supramencionado trazia uma espécie de descontaminação do juiz que tomava conhecimento da prova considerada ilícita. Isto porque, sua continuidade no processo afetaria o julgamento e, a mera exclusão física da prova seria insuficiente.

3.1 RAZÕES DO VETO – CELERIDADE PROCESSUAL

Vejamos as razões que justificaram o veto presidencial:

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. 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. (BRASIL, Lei nº 3.689, 2008)

É visível que o veto se pautou nos princípios processuais de eficácia – celeridade e simplicidade –. Porém, as razões foram alvo de muitas críticas, haja vista que, é impossível que o sistema processual cumpra bem sua função se não conciliar sua eficácia com outros princípios garantidores, como é o da imparcialidade do juiz, por exemplo.

Ademais, a discussão acerca da contaminação psicológica – mesmo que inconsciente – por parte do magistrado revela-se de grande importância e é levada por Lopes Jr. em sua obra, pois, segundo ele:

A desconsideração de que se opera uma grave contaminação psicológica (consciente ou inconsciente) do julgador faz com que a discussão seja ainda mais reducionista. Esse conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar deveriam merecer atenção muito maior por parte dos juristas, especialmente dos tribunais, cuja postura até agora se tem pautado por uma visão positivista, cartesiana até, na medida em que separa emoção e razão, o que se revela absolutamente equivocado no atual nível de evolução do processo. (LOPES JR., 2014, p. 620)

É importante revelar que a sentença é um ato onde o juiz expressa um sentimento, uma emoção e, o magistrado, como qualquer ser humano, ao se deparar com a prova ilícita, teve (mesmo que no subconsciente), seu convencimento contaminado.

Lopes Jr. alerta 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. (LOPES JR., 2014, p. 621)

Por toda esta insegurança causada, é que se deve afastar do processo não somente a prova ilícita, mas também o magistrado que, em algum momento, teve contato com ela.

Além disto, não é considerado razoável que, um magistrado, após julgar determinado caso e ter sua sentença anulada pela ilicitude da prova, possa julgar a demanda novamente, só que, desta vez, com uma visão imparcial e independente.

Um exemplo que pode nos esclarecer o tema é trazido por Lopes Jr., sobre uma escuta telefônica que posteriormente vem a ser considerada ilícita e a sua sentença é anulada. Neste caso, é eficiente remeter os autos ao mesmo juiz para que este desentranhe a prova e julgue novamente a demanda?

É evidente que, a eficácia processual utilizada como razão para o veto é, neste caso, ferida de morte. Isto porque, um processo eficaz é aquele que julga aplicando os princípios e normas com vistas a garantir ao Estado o dever de punir, mas, sempre mantendo acessa as garantias do acusado.

Na visão de Lopes Jr. (2014, p. 621): “Não podemos admitir que o processo penal vire um instrumento para legitimar a prática de atos ilegais por parte dos agentes do Estado”.

A partir desta visão, podemos perceber que o veto aplicado trouxe maior garantia à ideologia punitivista, mesmo que, para isto, venha a ferir bases constitucionais garantidoras de direitos aos cidadãos.

3.1 PRINCÍPIOS VIOLADOS COM O VETO DO § 4º DO ART. 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Buscando amparo para a permanência do § 4º do art. 157, do Código de Processo Penal, cumpre ressaltar que o veto deste dispositivo fere princípios

constitucionais que norteiam o sistema jurídico brasileiro, como por exemplo, o princípio da imparcialidade e da presunção de inocência.

Apesar de não está previsto expressamente em nossa Constituição Federal, este princípio possui grande relevância dentro do processo penal brasileiro, vez que, não se pode imaginar aplicação jurisdicional sem imparcialidade.

Cumprir mencionar que, a imparcialidade do juiz encontra-se prevista no art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (*Pacto de San José da Costa Rica*), o qual o Brasil é signatário. Vejamos:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (BRASIL, DECRETO 678, 1992)

Sobre a imparcialidade, Lopes Jr. (2014, p. 449) aduz que: “constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes”.

Já na visão de Nestor Távora, a imparcialidade:

A imparcialidade é entendida como característica necessária do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de molde a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzi-lo com isenção. O juiz interessado deve ser afastado, e os permissivos legais para tanto se encontram no art. 254 do CPP (hipóteses de suspeição) e no art. 252 (hipóteses de impedimento). [...] deveras, o ideal do juiz neutro é de ser concebido aproximativamente. Vale dizer, a imparcialidade preconizada pelo ordenamento jurídico implica na postura de um magistrado que cumpra a Constituição, de maneira honesta, prolatando decisões suficientemente motivadas. Isso não induz que o juiz se abstraia de seus valores para que exerça seu mister. (2018, p. 73).

Acerca do tema estudado, manter o magistrado que analisou a prova ilícita fere sua imparcialidade, pois seu estado anímico já está predisposto a julgar de um determinado modo.

Cumpra-se fazer uma ressalva a outro princípio relacionado ao magistrado, o princípio da identidade física do juiz. Para Lopes Jr.:

O princípio da identidade física do juiz traz vantagens e inconvenientes. O juiz que presidiu a coleta da prova e teve contato direto com as testemunhas, peritos, vítimas e o imputado tem uma visão mais ampla do caso penal submetido a julgamento. Isso porque, esse juiz pode estar contaminado, seduzido pelos seus prejulgamentos e sem alheamento suficiente para ponderar a prova colhida e julgar com serenidade. Este pode ser um grave problema. (LOPES, 2014, p. 577).

Assim, a regra do processo penal brasileiro é que, o juiz que iniciou o processo na fase instrutória – toda a coleta e análise de provas –, será o mesmo que irá confeccionar a decisão.

Neste sentido, caso o juiz se depare com a prova ilícita e a exclua dos autos, a continuação deste magistrado pelo princípio supramencionado irá ferir outras garantias individuais, como o princípio da imparcialidade, por exemplo.

3.2 PERIGOS DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Conforme estudado no segundo capítulo desta pesquisa, o sistema de análise de provas aplicado no ordenamento jurídico brasileiro é o do livre convencimento motivado.

Relembremos como conceitua Pacelli (2015, p. 340): “O juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente”.

Nesta sistemática, o magistrado poderá valorar a prova de acordo com seu livre entendimento, desde que, na decisão, a sua fundamentação seja oriunda de uma prova considerada lícita.

Pacelli (2015, p. 340) exemplifica: “Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas”.

Porém, Pacelli aduz que essa liberdade não dispensa que o magistrado fundamente sua decisão:

[...]embora livre formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas. (PACELLI, 2015, p. 340)

A partir do exemplo supramencionado, podemos observar que, o magistrado pode tomar seu convencimento através da prova ilícita, porém, fundamentar sua decisão em apenas uma lícita, mesmo que existam outras provas que indiquem o contrário da decisão tomada.

Lopes Jr. refina:

Não se pode pactuar com o decisionismo de um juiz que julgue “conforme sua consciência”, dizendo “qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK). Não se nega a subjetividade, por elementar, mas o juiz deve julgar conforme a prova e o sistema jurídico penal e processual penal, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional. (LOPES JR., 2014, p. 576)

A discussão merece atenção haja vista que gira em torno da peça principal dentro do sistema processual, qual seja, a cabeça do julgador. Isto porque, não é razoável aceitar que, uma prova vista será, simplesmente, apagada da mente do magistrado.

Desta forma, a questão que merece ser respondida é: Qual garantia o acusado tem de que o juiz não está decidindo a partir do convencimento criado pela prova ilícita (mesmo que inconscientemente), e na fundamentação da decisão blinda-se com a utilização das provas lícitas?

Segundo Lopes Jr. (2014) é comum que tribunais, apesar de reconhecer a prova ilícita, não anulem a sentença por entender que a fundamentação não fora baseada na prova ilícita.

Porém, o mesmo doutrinador oferece severa crítica a este posicionamento jurisprudencial:

Não concordamos com o entendimento de que, se no processo existir alguma prova ilícita, a sentença condenatória somente será

anulada se ficar demonstrado que ela se baseou exclusivamente nessa prova. Tampouco podemos admitir a tal “exclusão mental”, fruto de uma visão positivista e cartesiana, como se o ato de julgar fosse algo compartimentalizado, mecânico, de que se pudesse excluir alguma peça sem comprometer o funcionamento do motor... quando, na verdade, é todo o oposto. (LOPES JR., 2014, p. 621)

Imaginemos uma escuta telefônica obtida sem a formalidade legal, que posteriormente vem a ser considerada ilícita e a decisão anulada em grau recursal. Enviar novamente ao mesmo magistrado, para que ele desentranhe a prova e reforme a sentença é o bastante? Obviamente não, pois ele, ao ter contato com a prova, está contaminado e não poderá julgar.

Por tudo o que fora exposto, nota-se que, é de extrema importância para um processo imparcial e justo que, se houver provas obtidas por meios ilícitos, o magistrado que analisou a prova não seja o mesmo que, futuramente irá prolatar a sentença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com o presente estudo que, as provas possuem grande relevância dentro do processo penal, vez que, é através delas que o juiz toma o seu convencimento e, assim, formula sua decisão.

A prova é, portanto, a demonstração da verdade real, onde se comprova a inocência ou a culpa de um indivíduo. Todavia, existem limites para que se possa obter a comprovação do que se alega e, avançar os limites ou não cumprir o exposto em lei, torna uma prova ilícita.

As provas ilícitas, segundo o art. 157 do Código de Processo Penal, são, em regra, inadmissíveis e devem, desde logo, ser desentranhada dos autos processuais.

Todavia, diante de tudo que foi estudado, nota-se que, desentranhar apenas a prova, não possui total eficácia, uma vez que, quem irá julgar e determinar o resultado do conflito já teve acesso à prova ilícita.

O art. 157 em seu §4º dispunha acerca da impossibilidade do juiz que avaliou a prova continuar no processo, devendo, assim, serem remetidos os autos para outro magistrado, porém, este parágrafo recebeu o veto presidencial.

Com essa teoria, era necessário descontaminar a prova, mas também o membro que estaria analisando-a. Assim, o magistrado que tivesse contato com a prova obtida por meio ilícito, deveria ser imediatamente afastado do processo, uma vez que seu convencimento poderia estar contaminado.

O magistrado é um ser humano, então não é razoável esperar que, uma vez excluída a prova ilícita, o conteúdo visto também seja excluído da cabeça do julgador – máquina principal –.

Como conservar um juízo livre de contaminação da prova ilícita se, o próprio magistrado que decide sobre o desentranhamento do processo, já teve contato com a prova ilícita sendo de grande importância considerar que este, possa fundamentar

a sua decisão numa prova lícita, mas seu íntimo convencimento ter sido formado pela prova ilícita.

Logo, qualquer fonte ilícita de prova levada ao processo, pode afetar a imparcialidade do julgador e, mesmo sendo desentranhada dos autos, como determina o art. 157, irá trazer grandes prejuízos na promulgação do veredicto final.

Assim, a celeridade processual, utilizada para justificar o veto presidencial dado ao §4º do artigo em questão, não deve ser mais importante do que a imparcialidade, a presunção de inocência, e tantos outros princípios que protegem o indivíduo.

Não se pode admitir, portanto, que o Estado Democrático de Direito, cuja finalidade é proteger o cidadão, dar garantias de uma vida digna, justa e livre e, acima de tudo, preservar os seus direitos consagrados em nossa carta magna, seja o ente que, para garantir celeridade processual, venha a julgar determinado processo aceitando, mesmo que inconscientemente, a ilicitude probatória.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 100909**. DF, Rel. Laurita Vaz, publicado em 02/06/2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/619180/habeas-corpor-hc-100909-df-2008-0043078-0/inteiro-teor-100366410> Acesso em 28/10/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 57789**. SP, Rel. Jane Silva, publicado em 28/10/2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/921771/habeas-corpor-hc-57789-sp-2006-0082827-0?ref=amp> Acesso em 28/10/2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acesso em 24/11/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 25/09/2018.

BRASIL, **Decreto nº 678**, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D0678.htm Acesso em 04/12/2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> Acesso em 04/12/2018.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Verdade material e verdade formal**, Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n. 56, p. 91-101, jan./abr. 2012, às fls. 04.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais - Tomo III**. Salvador: Juspodivm, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito processual penal esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3 ed. Rev., atual e ampl. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6 Ed. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** . 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11 ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.