



Direito Processual Penal

05/07/1999

DA PROVA ILEGAL NO PROCESSO PENAL

Determina o artigo 157 do CPP, que o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova. Em decorrência disso, vários são os princípios que regem a prova e sua produção em juízo;

A nossa lei processual penal, pelo que se depreende da dicção do dispositivo legal acima mencionado adotou o princípio do livre convencimento, também denominado da livre convicção, ou da verdade real, como é comumente chamado;

Por tal princípio, o juiz firma sua convicção pela livre e isenta apreciação da prova, não ficando adstrito a critérios apriorísticos e valorativos, não existindo provas previamente tarifadas ou de maior valor que outras, quando da busca da verdade real no caso a ser apreciado;

A exposição de motivos do CPP esclarece que “ O projeto abandonou radicalmente o sistema da “certeza legal”. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá ex vis legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação da prova;

Da matéria exposta, fica evidente que o juiz criminal não fica cingido a critérios tarifados ou predeterminados quanto à apreciação da prova, mas fica adstrito às provas constantes dos autos em que deverá sentenciar, sendo-lhe vedado não fundamentar a decisão, ou fundamentá-la em elementos estranhos às provas produzidas durante a instrução do processo (quod non est in actis non est in mundo). Como, a rigor, o juiz deve fundamentar todas as suas decisões (Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada a 05 de outubro de 1.988 e Código de Processo Penal, artigo 381, III), a doutrina fala em princípio do livre convencimento motivado;

Destarte, veda-se ao juiz criminal que decida somente segundo sua experiência pessoal, o que se permite é a apreciação da prova produzida de acordo com a sua consciência, mas adstrito, como dito acima, às provas produzidas no processo. Somente no Tribunal do Juri, relativamente aos Jurados é permitido julgar de acordo com a livre consciência, não ficando os mesmos cingidos às provas constantes do processo.

Quanto aos meios de prova, que serão objeto da apreciação pelo juiz criminal, a doutrina ensina que “meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade”¹;

Como pudemos ver, em decorrência da adoção do princípio da verdade real”, não existe, em princípio, limitações aos meios de prova, consagrando, outrossim, o princípio da liberdade probatória, que, nem por isso é absoluta, pois se assim o fosse seriam violados direitos individuais constitucionalmente protegidos;

O princípio da liberdade probatória sofre as restrições das provas estabelecidas na lei civil (o casamento prova-se pela certidão de casamento; a menoridade penal prova-se pela certidão de nascimento, etc)², e das provas ilegais.

A prova dita emprestada, que é a colhida em outro processo, para nele gerar os efeitos pretendidos pela parte, sendo apresentada documentalmente em outro processo visando a geração de efeitos neste, é admissível, levando-se em conta o princípio acima estudado. Contudo se a prova emprestada não foi produzida no processo original entre as mesmas partes, ou se não é submetida ao crivo do contraditório, perde muito de seu valor probatório.

As provas ditas ilegais, são as do gênero das quais são espécies as provas ilícitas e as ilegítimas.

Ilegítimas são as provas que são obtidas em desconformidade com as normas processuais. Ipso facto seria ilegítimo o auto de prisão em flagrante lavrado por ilícito penal praticado por menor de vinte e um (21) anos, sem a presença de curador. Se o CPP em seu artigo 15 e 194 exige a presença de curador ao menor de vinte e um (21) anos, a não observância dessa norma de Direito Processual Penal, leva à nulidade da prisão em flagrante, na forma do artigo 564, inciso III, letra “c”.

Já as provas ilícitas são as que são produzidas em desconformidade com as normas materiais penais. Destarte, seria ilícita a prova obtida mediante tortura, porque a Constituição Federal, artigo 5.º, inciso LVI e a lei 9.455/97, consideram a tortura ilícito penal. Tal prova é imprestável, não devendo ser levada em conta no processo em que foi produzida.³

Como acima dito, tanto a prova ilícita, como a ilegítima não são admitidas no processo, devendo o juiz criminal desconsiderá-las quando da sua apreciação da prova, sob pena de ser a decisão considerada nula.

Na esteira desse entendimento, o STF, vem decidindo reiteradamente que a prova ilegal deva ser admitida quando é usada para beneficiar o réu. Denis Henrique da Silva, na Revista Jurídica Consulex, aborda o assunto informando que : “Todavia, a doutrina e a jurisprudência sufragada pelo supremo Tribunal Federal vêm autorizando a prolação de sentença em meio a um processo ressentido de uma prova inadmissível, quando resultar em benefício do réu”.

Assim, a título de exemplo, se “A” matou “B” e conseguiu lançar a culpa em “C”, que está sendo processado por homicídio que não cometeu e, com a ajuda da Polícia, consegue interceptar correspondência de “A”, na qual informa a “D” que cometeu o crime e ainda conseguiu incriminar “C”, seu desafeto, estaremos diante de uma prova ilícita? Tal prova poderia ser usada contra “A” ? E quanto a “C”, qual seria sua situação se a prova for considerada ilícita? Poderá este fazer uso da mesma?

Para respondermos tais indagações, teremos que ter em mente que a CF/88, em seu artigo 5.º LVI proíbe a utilização das provas obtidas por meio ilícito e a interceptação e violação da correspondência de “A” foram feitas com infração à norma de direito material, sendo nula a prova e todos os atos subsequentes à ela, a não ser que o Magistrado disponha de outras provas para fundamentar a sua decisão, quando a prova viciada não for relevante e não influir na decisão.

Destarte, “A” não poderia ser condenado com base na prova ilícita, pelos motivos acima elencados.

Quanto a “C”, a prova ilícita poderia ser por ele aproveitada, para a obtenção de sua absolvição na acusação de homicídio, com base no princípio da ampla defesa e da liberdade, que devem ser prestigiados, mesmo se colidentes com o princípio do devido processo legal, como no exemplo supra, devendo para a solução o juiz criminal aplicar o princípio da proporcionalidade, contudo é importante ressaltar que somente se deve proceder dessa maneira quando for para beneficiar o Réu.

Respondida a questão acima, outra nos surge. E quando a Autoridade Policial, mediante tortura, consegue obter de “A” a confissão de que este matou “B” e ocultou o cadáver em determinado local. Dirigindo-se para o local apontado a Polícia logra êxito em encontrar o cadáver, e após submetê-lo à perícia descobre a presença de tecido do acusado “A” sob as unhas da vítima? Pode tal prova, obtida lícitamente, mas derivada da outra, obtida por meio ilícito (tortura) ser considerada pelo juiz ao examinar a prova e sentenciar?

A resposta só pode ser negativa. A teoria norte-americana da árvore dos frutos envenenados (Fruits of the poisonous tree theory), determina que o processo que contém prova obtida por meio ilícito é nulo e todos os atos subsequentes, também, devem ser tidos como nulos, é o que a doutrina denomina prova ilícita por derivação ou derivada. Repugna o direito a admissão de uma prova lícita, derivada de uma outra totalmente maculada.

O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente esposado esse entendimento:

HC N. 73.351-SP

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

EMENTA: HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal.

Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica — à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la — contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta.

Habeas corpus concedido⁴.

Nesse diapasão, “A”, não poderia ser condenado, com base nessa prova viciada, mesmo que seja comprovada a autoria do crime a ele imputado, a não ser que existissem outras provas dessa mesma autoria obtidas por meio idôneo, não sendo a prova viciada determinante para o juiz decidir.

Deve, o juiz criminal, diante dessas situações, sopesar as provas apresentadas nos autos, decidindo livremente ao apurar o valor dessas provas, devendo repudiar as que reputar ilegais; quer ilícitas, quer ilegítimas, sob pena de serem abalados os pilares do Estado Democrático de Direito, onde a violação do direito de um dos indivíduos da sociedade, fatalmente levará à violação do direito de todo o grupo.

Roberto Henrique dos Reis.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/1999-jul-05/direito_processual_penal/