

DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO NO PROCESSO PENAL: Prova Ilícita, Violação de Garantias Fundamentais e o Rompimento com o devido Processo Legal.

Valéria Martinho Marques

Graduanda do curso de Direito – FITL/AEMS.

Daniela Borges Freitas

Mestre em Teoria do Estado e Direito pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha.

Professora do curso de Direito – FITL/AEMS.

RESUMO

Em análise do sistema processual penal brasileiro temos que é contumaz a produção de provas que corrompem o sistema global jurídico pátrio, sendo que em razão do clamor social em busca da “falsa sensação de justiça”, ao ver a condenação de criminosos, faz com que o Estado Jurídico Punitivo busque por quaisquer meios de provas para condenação, principalmente se o crime alcançar notoriedade em razão do sensacionalismo midiático. Denota-se que a produção de provas ilícitas contaminam tanto o Processo Penal quanto atrofia os direitos garantista constitucionais, fazendo com que o Estado volte às origens sombrias do Estado Inquisitivo, se mostrando na “contra mão” da evolução dos direitos fundamentais. Apesar de conter no ordenamento jurídico mecanismos de desentranhamento das provas do processo conforme o art. 157 do Código de Processo Penal, mostra-se insuficiente para efetivar as garantias fundamentais constitucionais, bem como os princípios estabelecidos no sistema constitucional e processual penal tornando o julgamento corrompido pela sua parcialidade em “malefício do réu”. Sendo assim, o presente artigo científico busca confrontar as divergências no âmbito da produção das provas no processo penal e analisar, de forma mais garantista, meios para estabelecer o julgamento justo orientado pelos princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: Descontaminação; Imparcialidade; Processo Penal; Provas Ilícitas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca debater sobre a produção de provas ilícitas no processo penal que ferem diretamente os princípios processuais constitucionais, sendo estas corrompedoras do julgamento e que retoma ao sistema inquisitivo no processo penal, trazendo uma mecanização ao julgamento pela punição em busca de um falso *status* de segurança pública. Contudo, deve-se observar que, apesar do sistema legal brasileiro tanto constitucional quanto infraconstitucional estabelecer expressamente a vedação da produção de provas ilícitas pelo órgão acusatório, não se mostram instrumentos eficazes para afastar esta prática forense penal, principalmente nos processos em que se tem clamor público. Outra problemática apresentada em relação ao tema é quanto ao

mecanismo estabelecido pelo código processual penal do desentranhamento das provas ilícitas dos autos que se mostra insuficiente para assegurar a imparcialidade do juiz.

1 HISTÓRICO DO PROCESSO FRENTE AS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar ao tema proposto se faz necessário discorrer sobre o percurso histórico dos direitos no processo penal frente às garantias e direitos fundamentais. Com isso, temos que ao adentrar no seio da evolução histórica do Estado, em que visando alcançar a ordem e desenvolvimento da sociedade se fez necessária a abstenção da vontade de cada indivíduo para concentrar os poderes em um só ente, através da ficção *du contrat social*, tornando o Estado a representação da sociedade. Em virtude dessa formação e de sua divisão política, o Estado tripartiu os seus poderes, restando ao Poder Judiciário, a função de resolver os conflitos sociais por meio das leis, sendo esta via em que o Estado “diz o direito”, sendo realizado pelo acionamento ao Poder Judiciário consistindo pelo direito subjetivo da ação. Em definição, e esclarecendo a finalidade do processo, temos que é meio pelo qual o Estado presta a tutela jurisdicional e que busca estabelecer a solução de um conflito, em conformidade com a lei e visando garantir a segurança jurídica para as partes envolvidas e, de forma mais abrangente, estabelecer a ordem social. A doutrina clássica define o processo como um conjunto procedimentos previstos e regulados pelo direito processual com a finalidade de aplicação do direito material, sendo caracterizado como instrumento jurisdicional.

No mais, deve-se frisar que a atuação do poder jurisdicional deverá respeitar a sequência de procedimentos em que se visa garantir o devido processo legal, sendo assim, respeitando os direitos dos cidadãos (constitucionalmente estabelecidos) afastando os abusos cometidos pelo exercício do Estado e as sombrias origens do *processo inquisitivo*. Com isso, tem-se a importância da relação do direito processual com os princípios e com as normas constitucionais, tornando essencial para o exercício jurisdicional, buscando a solução de conflitos e não podendo jamais lesar ou ameaçar direitos das partes envolvidas no processo.

Tem-se que a necessidade de afastar qualquer irregularidade no processo deve ser ainda mais vigiada no processo penal, haja vista que é um ramo de direito público que se tem a possibilidade de privar o direito de liberdade de um cidadão por aplicação do direito material penal, ressalvados outros direitos que se tem possibilidade de coação para priva-los. Lembrando que o direito à liberdade, um dos primeiros direitos conquistados pelos cidadãos na sociedade moderna, foi uma dos primeiros direitos civis e políticos conquistados, e positivado como garantia fundamental e extremamente tutelado com a vigência do texto constitucional de 1988, que findou com o Estado Ditatorial no Brasil emanando o Estado Democrático de Direito. Assim, tem-se que: "Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." (art. 5º, LVII)" (OLIVEIRA. 2011, p. 08).

A partir do texto constitucional de 1988, para que o Estado possa condenar o indiciado por cometer um determinado crime é necessário haver prova substancial quanto a existência de autoria e materialidade delitiva, devendo estas serem produzidas no processo. As provas são meios hábeis para provar a verdade dos fatos, não podendo o conjunto probatório se concebido de forma contrária a lei e ordenamento jurídico como um todo, sendo que o magistrado formará a sua convicção com base nas provas produzidas nos autos, ressalvado o dever de motivar a sua decisão (*princípio do livre convencimento motivado*). Vale observar de forma breve, esclarecimento tanto quanto ao ônus da prova no processo penal quanto ao princípio *in dubio pro reo*. Assim, tem-se que a regra geral advém o brocardo latino *actori incumbit probatio* (*cabe ao autor a prova do que alegar*). Com isso, em regra, cabe ao acusador provar os elementos que compõem a imputação levada a juízo, tendo em vista que é órgão acusatório é o Estado, e na sua excelência, é o detentor da produção das provas no processo penal. Em síntese, prescreve o doutrinador Mougenot:

Assim, ao Ministério Público e ao querelante cabe a prova da autoria, da materialidade delitiva e também da culpa em sentido estrito, enquanto ao acusado cumprirá provar causa excludente de ilicitude, de culpabilidade, ou de punibilidade, por ele articulada, bem como eventual álibi (BONFIM, 2012, EPUB).

Caso haja qualquer dúvida quanto a real autoria delitiva e restando ausente provas que sustentem a condenação, deverá se priorizar sempre a aplicação do *princípio in dubio pro reo*, em que restando dúvidas nos autos deverá o julgamento

direcionar-se em favor do réu.

Evidenciado isto, tem-se que o Estado é o detentor da produção de provas no processo penal. Contudo, nota-se que pelo ordenamento jurídico pátrio, com a finalidade de afastar qualquer violação de direitos e garantias fundamentais, buscou estabelecer mecanismo de vedação de produção de provas ilícitas, sendo este viés trazido pela influência da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 *Pacto San José da Costa Rica*, ratificado em 1992, como pode-se notar pelo artigo 25 que estabeleceu a Proteção judicial:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Contudo, não se mostra eficaz a descontaminação do julgado, em razão da permanência dos efeitos da prova ilícita no processo, corrompendo, não só o julgamento imparcial e a orientação do entendimento do julgador, mas, também, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

2. CONCEITO DE PROVA E A SUA FINALIDADE NO PROCESSO PENAL

Conceituação trazida pelo Dicionário Jurídico tem-se que são “meios regulares e admissíveis em lei, utilizados para demonstrar a verdade ou falsidade de fato conhecido ou controvertido ou para convencer da certeza de ato ou fato jurídico. Objetivamente, é todo o meio lícito usado pela parte ou interessado na demonstração daquilo que alega. Subjetivamente, é qualquer meio lícito capaz de levar o juiz a convencer-se da verdade de uma alegação da parte” (GUIMARÃES, 2011, págs. 494/495).

Conforme a conceituação doutrinária, a prova é o meio usado pelas partes no processo para comprovar os fatos alegados, sendo a sua finalidade a reconstituição do crime de forma a aproximar do que ocorreu na data dos fatos, ou seja, visa a comprovação dos fatos alegados pelas partes buscando o convencimento do julgador. Com isso, nos termos do art. 155 *caput* do CPP temos

que:

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 (BONFIM, 2012, EPUB).

Assim, conforme conceitua Mougenot, tem-se que, tecnicamente, a prova pode ser entendida e conceituada como:

A atividade realizada, em regra, pelas partes, com o fim de demonstrar a veracidade de suas alegações, são meios ou instrumentos utilizados para a demonstração da verdade de uma afirmação ou existência de um fato e, por fim, é o resultado final da atividade probatória, ou seja, a certeza ou convicção que surge no espírito de seu destinatário (BONFIM, 2012, EPUB).

Nestes termos, a prova é o meio de comprovar os fatos alegados com a finalidade de formação do convencimento do julgador. Denota-se, assim, que a convicção do juiz se formará a partir das provas produzidas no processo, sendo que não se mostra justo que seja admitido no processo penal que a convicção do juiz seja formada com base em produção de provas ilícitas. Dessa forma, passemos a análise das provas ilícitas.

2.1 Distinção entre Prova Ilícita e Ilegítima

Quanto à distinção entre prova ilícita e ilegítima trata-se de mera conceituação doutrinária. Assim, serão consideradas provas ilícitas aquelas cuja obtenção violem direitos e garantias fundamentais ou preceitos legais de natureza material. Já a prova será ilegítima se sua obtenção infringir norma processual.

Não obstante, parte da doutrina entende que o art. 157 do CPP unificou o tratamento quanto às provas, denominando-as ilícitas tanto aquelas violadoras de norma de disposições materiais quanto processuais. Assim, traz o entendimento do doutrinador Nucci:

Em primeiro lugar, tomou-se como gênero a expressão prova 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, 2013, p. 400).

Quando Vicente Greco menciona quanto a existência de um sistema global, traz a ideia que a ilicitude da prova vai de encontro não só ao ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, mas que vai além abrangendo à moral, os bons costumes e os princípios gerais do direito, sendo esse também o posicionamento do ilustre Professor Guilherme de Souza Nucci que diz ser equívoco da distinção da ilegalidade da prova, haja vista que se a prova é considerada como ilícita esta irá contra o ordenamento jurídico em *lato sensu*, não podendo se fazer a imatura distinção acima exemplificada de prova ilícita para ilegítima. No mesmo sentido segue o doutrinador Rogério Greco que diz:

Como acima se disse **a ilicitude da prova não decorre apenas da ilicitude do meio de obtenção**. De qualquer forma quis o legislador, na esteira da Constituição, preocupar-se com a ilicitude da origem, mas fê-lo mal. **Quando se diz de ilicitude da prova não há necessidade de se apontar norma constitucional ou legal violada. A ilicitude decorre do sistema global da ordem jurídica, de modo que devemos entender como ilícita a obtenção que viole a ordem jurídica, não necessariamente a escrita na Constituição ou em lei formal** (GRECO, 2012, p. 197, grifo nosso).

Finalmente, deve-se mencionar o instituto da prova ilícita por derivação. Trata-se da prova que de forma isolada, por mais que decorra de prova ilícita, poderá ser considerada lícita. Nestes casos, aplica-se a denominada teoria do *fruits of the poisonous tree*. O § 1º do art. 157 do CPP, inserido pela Lei n. 11.690/2008, consagrou a teoria dos frutos da árvore envenenada, que vinha sendo aplicada por nossos tribunais. Entende essa corrente, expressa no art. 157, § 2º, que a prova obtida por meio ilícito será admitida como prova quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Trata-se da aplicação da teoria americana da *inevitable discovery exception*, introduzida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984, quando no julgamento do caso *Nix versus Williams*.

A partir dessas considerações feitas quanto ao conceito de prova e da sua ilicitude, passamos a celeuma problemática proposta no presente trabalho científico, sendo este a violação das garantias fundamentais dos cidadãos em nome da produção indiscriminada de provas ilícitas.

2.2 Prova Ilícita e a Violação de Direitos e Garantias Fundamentais

A Constituição de 1988, conforme exposto, tem-se que expressamente estabeleceu a vedação da admissão de provas ilícitas no processo, sendo este uma garantia constitucional. Com isso, tem-se a seguinte redação:

CF, LVI – “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Em razão da própria natureza da prova é expresso no texto constitucional que a decisão final do juiz não poderá ser motivada com base na prova ilícita, assim assevera a doutrina:

Diante do nosso texto constitucional, a consequência do reconhecimento da ilicitude da prova é sua *inadmissibilidade* (art. 5º, LVI, da CF/1988): os dados obtidos com violação do ordenamento simplesmente não podem ingressar no processo; se, apesar disso, forem incorporados aos autos, não poderão ser *valorados* pelo juiz (GOMES FILHO, 2010, p. 401).

Denota-se que a vedação da produção de provas ilícitas veio em razão da necessidade de limitar a atuação do órgão acusatório e do julgador na busca pela verdade real no processo, ou seja, aproximação dos fatos conforme realmente aconteceu, sem critérios limitadores de sua atuação. Caso não houvesse essa limitação no sistema jurídico, teríamos um Estado jurisdicional inquisitivo que busca por quaisquer meios a produção de um conjunto probatório em detrimento de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Conforme suscita Marinoni e Arenhart:

Com efeito, dita limitação não encontra fundamento no processo, mas sim na efetividade da proteção do direito material. Ou seja, tal norma constitucional proibiu a prova ilícita para dar maior tutela ao direito material, negando a possibilidade de se alcançar a verdade a qualquer custo (MARINONI e ARENHART, 2010, p. 396).

Vale esclarecer que a violação das garantias fundamentais do ser humano, com a finalidade de produção de provas, estabelece, hodiernamente, como um verdadeiro retrocesso da evolução e das conquistas dos direitos humanos e civis, tanto no âmbito nacional quanto internacional, não podendo ser o Estado, ente cujo o dever maior é assegurar a vida de seus cidadãos longe de qualquer tipo de violação, ser cometida por própria atividade estatal em nome da segurança pública e da busca pela verdade real.

Quanto ao tema, brilhante é a colocação do doutrinador ROGÉRIO GRECO:

Embora o princípio da dignidade da pessoa humana tenha sede constitucional, sendo, portanto, considerado como um princípio expreso, percebemos, em muitas situações, a sua violação pelo próprio Estado. Assim, aquele que seria o maior responsável pela sua observância, acaba se transformando em seu maior infrator (GRECO, 2009, p. 60).

E continua dizendo que:

Com os avanços tecnológicos, outro problema está se colocando nos dias de hoje, que atinge diretamente a nossa dignidade, vale dizer, a violação da nossa intimidade. O Estado, como sempre, parece não andar com a velocidade necessária a fim de nos proteger dos ataques produzidos através dos novos meios tecnológicos, sendo, portanto, mais uma vez, negligente. E o que é pior, muitas vezes é o próprio Estado quem, através de seus meios repressores de investigação, viola o nosso direito à intimidade, a exemplo do que ocorre com a utilização de escutas telefônicas ilegais” (GRECO, 2009, p. 60).

A proteção da inviolabilidade da honra e da dignidade fora estabelecida na Convenção Interamericana de Direitos Humanos – *Pacto San José de Costa Rica* em seu artigo 11 que estabeleceu a Proteção da honra e da dignidade tem-se que:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Nesse norte, o constitucionalista Gilmar Mendes estabelece que:

O âmbito de proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art.

5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV, in fine), dentre outros (MENDES, 2012, EPUB).

Ademais, conforme assevera o ilustre constitucionalista Gilmar Mendes, que a produção de prova ilícita no processo é um rompimento com o princípio constitucional processual do devido processo legal, a saber:

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de **(2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita**, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica (MENDES, 2012, EPUB, grifo nosso).

Conclui-se desta forma que a produção de provas ilícitas demonstra uma gravíssima violação de direitos fundamentais, tanto no âmbito civil como no campo do processo. Assim, a produção de provas ilícitas no processo demonstra-se como um verdadeiro rompimento com a devida Justiça, devido à contaminação do processo.

3 CONTAMINAÇÃO DO PROCESSO E A BUSCA PELA DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO

Brilhante ressalva fez o ilustre doutrinador Marinoni e Arenhart quanto ao tema que, ao mencionar a redação do texto constitucional em seu art. 5º, inc. LVI, diz que a Constituição “*não vedou a violação do direito material para a obtenção de prova — pois isso já está proibido por outras normas, mas proibiu que tais provas tenham eficácia no processo*” (MARINONI e ARENHART, 2010, p. 395).

Assim, a Carta Magna de forma expressa vedou a eficácia da prova ilícita no processo não podendo a prova ilícita ser um meio probatório para sustentar e motivar a decisão do magistrado. Contudo, o que se pode intitular de eficácia das provas no processo penal? Como podemos afirmar que a eficácia possa vir sustentar a

decisão do magistrado? Não poderíamos dizer que o juiz ao ter contato com a prova ilícita forme a sua convicção, sendo esta uma eficácia da prova?

Antes de esclarecer tais questionamentos levantados devemos analisar quanto aos sistemas da *livre apreciação ou da convicção íntima*, o sistema da *prova legal* e o sistema da *persuasão racional*. O doutrinador Vicente Greco que “segundo o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, tem o juiz ampla liberdade de decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios de valoração íntima, independentemente do que consta dos autos ou de uma fundamentação de seu convencimento”. Exatamente oposto ao primeiro sistema, temos o sistema da prova legal em que “cada prova tem seu peso e seu valor, ficando o juiz vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, cabendo-lhe, apenas, computar o que foi apresentado” (GRECO, 2012, EPUB).

Por fim, temos o último sistema, o da *persuasão racional*, sendo este uma evolução desses dois primeiros, em que “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”. E continua dizendo que a “liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação” (OLIVEIRA. 2011, pág. 340).

Nesse norte, temos a crítica ácida quando a busca pela verdade material no processo penal pelo brilhante doutrinador Ferrajoli:

A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada verdade substancial ou material, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal (FERRAJOLI, 2002, p. 38).

Atualmente, se encontra estabelecido no ordenamento jurídico processual penal, apenas o instituto de desentranhamento de provas ilícitas nos autos, estabelecido no art. 157, § 3º do Código de Processo Penal, que o juiz ao declarar a ilicitude da prova, depois de preclusa a decisão, deverá ocorrer o seu desentranhamento. Contudo, o instituto se demonstra ineficiente, haja vista que o juiz ao ter contato com a prova ilícita, de modo natural, formará a sua convicção.

Com isso, o desentranhamento das provas ilícitas não afastam a formação da convicção do magistrado. Sendo esta, uma problemática que reside em como realizar a descontaminação do julgado. Pois, o juiz como um ser humano não está adstrito, no momento do julgamento, às convicções íntimas sobre o caso. Assim, estaremos diante de uma violação do princípio da imparcialidade.

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo”, e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparo judicial justo (LOPES JR, 2013, p. 521).

Vemos que a imparcialidade é um princípio supremo e o seu rompimento retoma-se ao sistema inquisitivo em que o mesmo órgão que acusa é o mesmo que julga. Evidente está a mecanização dos julgados criminais, baseado em estereótipos, raiz da justiça penal antropológica, em que se busca sempre pela condenação, ceifado com a possibilidade de um julgamento justo. Assim, preconiza a orientação do ilustre doutrinador Aury Lopes Jr.:

É cada dia mais frequente a assunção, por parte de alguns julgadores, de uma postura ideologicamente comprometida com o “combate ao crime”, conduzindo a um (ab)uso dos poderes investigatórios e/ou instrutórios que o CPP infelizmente consagra. Nesse momento, fere-se de morte a estrutura dialética que constitui o processo e a imparcialidade que faz do juiz, um juiz (LOPES JR, 2013, p. 520).

É certo que se houver o reconhecimento da ilicitude da prova haverá o seu desentranhamento, com base no dispositivo § 3º do art. 157 do CPP, não podendo o magistrado julgar com base naquela prova, levando a concluir que a prova ilícita não terá a sua eficácia no processo. Mas será mesmo que não terá eficácia? Será que o convencimento do juiz não teria sido afetado? Exemplificando, imaginemos que a partir de uma interceptação telefônica se tem a descoberta de outra prática criminosa pelo agente investigado, em que este confessa em uma conversa com um terceiro. Nesse exemplo, a polícia investiga e o Ministério Público apresenta a denúncia com base nesta prova. O juiz, ciente dessa prova, inicia a fase do interrogatório judicial, e o indiciado não confessa a prática do crime. Ora, o que o juiz levará em consideração? Obviamente, que o juiz decidirá com base na prova ilícita. Continuando o exemplo, temos que esta prova ilícita fora reconhecida pelo Tribunal e ao reconhecer a ilicitude da prova, afastou-a, devendo outro julgamento realizar pela instância de primeiro grau. Mas, se o julgamento voltar a ser feito pelo mesmo

juiz que admitiu a prova ilícita, certamente existirá uma grande probabilidade de que o seu convencimento seja por ela influenciado, ainda que inconscientemente. Assim, nas palavras do doutrinador Marinoni e Arenhart, temos que:

Não se quer dizer, note-se bem, que o juiz na prova ilícita irá buscar uma sentença de procedência a qualquer custo, ainda que inexistam outras provas válidas, mas apenas que a valoração dessas outras provas dificilmente se livrará do conhecimento obtido através da prova ilícita. Trata-se de situação que é peculiar à natureza humana, e, assim, algo que deve ser identificado para que a descontaminação do julgado seja plena, ou para que a sua descontaminação pelo tribunal elimine — ou previna — qualquer possibilidade de infecção posterior. Portanto, se o tribunal decide que uma das provas em que a sentença se baseou é ilícita, o julgamento de primeiro grau deverá ser feito por outro juiz, que não aquele que proferiu a sentença anterior. A questão que daí advém é relativa ao juiz natural, ou melhor, à forma de definir o juiz que deverá analisar o caso” (MARINONI e ARENHART, 2010, p. 406).

A partir desse raciocínio temos que mesmo com o efetivo desentranhamento da prova ilícita no processo haverá um rompimento com a imparcialidade do julgador, devendo, de modo mais assertivo, ocorrer a declaração de incompetência do juiz da causa e remessa dos autos ao seu devido substituto. Esta solução estava disposta na redação do § 4º do art. 157 do CPP que foi acrescentado pela Lei n. 11.690 de 2008, em que trazia a seguinte redação: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. A veto do parágrafo mencionado ceifou a solução alternativa de impedir que a prova ilícita continuasse a produzir os seus efeitos.

CONCLUSÃO

Após a dissertação, em que passou pela análise da evolução histórica tanto do processo quanto dos direitos e garantias fundamentais, da classificação de ilicitude de prova e a sua definição, sobre as violações cometidas pelo Estado na produção destas provas e, finalizando, pela busca na descontaminação do julgado. Conclui-se, assim, a necessidade de buscar que o Estado não permaneça no cometimento de violação de garantias fundamentais e corrompa com o devido processo legal, possibilitando, de forma alternativa, a declaração de incompetência do juiz que teve conhecimento da prova ilícita.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal**. Revista Brasileira de Ciência Criminal, n. 85, pg. 393-410, julho-agosto de 2010.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GRECO, Vicente Filho. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual penal**. 10 ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento**. Volume 2. 8 ed. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. Ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.