



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Imparcialidade do Magistrado diante do Contato com a Prova Ilícita no Curso do Processo Penal

Pedro de Luna Souza Leite

Rio de Janeiro
2014

PEDRO DE LUNA SOUZA LEITE

**A Imparcialidade do Magistrado diante do Contato com a Prova Ilícita no Curso do
Processo Penal**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Artur Gomes

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2014

A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO DIANTE DO CONTATO COM A PROVA ILÍCITA NO CURSO DO PROCESSO PENAL

Pedro de Luna Souza Leite

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: Doutrina e jurisprudência contemporâneas muito se preocupam, especialmente no campo do direito processual penal, com a análise da imparcialidade do magistrado, dever do Estado-juiz e garantia do cidadão jurisdicionado. A questão toma maior relevo quando considerada à luz do sistema acusatório, adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil. O trabalho realizado se propõe a analisar o tema especificamente no que diz respeito às consequências do contato do magistrado com a prova ilícita no curso do processo penal. Para tanto, busca partir de uma breve análise da garantia da imparcialidade do julgador e dos aspectos gerais relativos à vedação às provas ilícitas para chegar à inevitável correlação entre os temas, por meio de uma abordagem crítica do tratamento legal conferido ao fenômeno.

Palavras-chave: Processo Penal. Imparcialidade do Magistrado. Impedimento. Suspeição. Provas. Provas Ilícitas.

Sumário: Introdução. 1. A Garantia da Imparcialidade do Julgador. 2. As Provas Ilícitas no Processo Penal. 3. O Comprometimento da Imparcialidade como Decorrente Lógica do Contato com as Provas Ilícitas. 4. Medidas Processualmente Cabíveis e Possíveis Alterações Legislativas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da garantia da imparcialidade do julgador, característica inerente ao sistema acusatório e princípio supremo do processo – estruturado como tipo heterônomo de reparto por meio do qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes – e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo.

Para tanto, estabelece como premissa a reflexão sobre o contato do magistrado com a prova ilicitamente produzida – constitucionalmente vedada – no curso do processo penal e a influência deste contato sobre o seu convencimento.

Diante desse panorama, analisa a solução processualmente adotada pelo ordenamento jurídico – que se limita determinar o desentranhamento e destruição das provas assim obtidas – e a possibilidade de condução ao primado das hipóteses sobre os fatos, pelo qual o juiz, que desenvolve ditos quadros mentais paranoicos, primeiro decide – definição da hipótese, com base na prova ilícita – e depois vai atrás dos fatos – demais provas, estas lícitas – justificantes da decisão que, na verdade já fora tomada.

Busca-se despertar a atenção para a solução inócua prevista pelo legislador – ingênuo ou mal-intencionado – e, em regra, admitida sem maiores reflexões pelos juízos e tribunais, o que gera imenso prejuízo à sociedade como um todo e, principalmente, àquelas pessoas que, no curso de um processo penal em que figuram como réus, sofrem graves violações a direitos e garantias constitucionalmente assegurados – tais como os direitos à intimidade e ao devido processo legal, e as garantias da inviolabilidade do domicílio, do sigilo da correspondência e das telecomunicações – sujeitando-se à indevida convalidação das nulidades daí advindas, diante de julgamentos objetiva e subjetivamente parciais que se tornam inúteis encenações, meramente simbólicas.

Resta saber, assim, quais seriam as possíveis medidas processualmente cabíveis para superar tais inconvenientes, bem como possíveis alterações legislativas que poderiam vir a solucionar definitivamente o problema, garantindo a realização dos anseios constitucionais, nitidamente direcionados à máxima efetividade do sistema acusatório, da garantia da imparcialidade do julgador e da vedação às provas ilícitas.

Destaca-se, ainda, a importância, no contexto de uma iminente reforma de toda a

normativa material e processual penal, da reflexão sobre a viabilidade da inserção, dentre os efeitos do reconhecimento da ilicitude da prova, do afastamento obrigatório do magistrado contaminado, bem como sobre os benefícios e prejuízos daí advindos.

1. A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Foi necessária uma longa evolução social até que o homem concebesse o sistema jurisdicional hoje mundialmente adotado – de forma mais ou menos uniforme – pela sociedade jurídica contemporânea. O processo de composição de lides se inicia, historicamente, com a autotutela ou defesa privada, meio pelo qual a própria parte lesada buscava, por meio da força particular, obter a solução particular do conflito de interesses¹. Com a supressão da vingança privada e a implantação de critérios de justiça, a titularidade do direito de penar é transferida ao Estado, que passa a atuar por meio da autotutela processualizada, em cujo conceito – reparto unilateral e coativo, ainda que já dotado de uma estrutura formal semelhante à instituição do processo – se enquadra o processo penal inquisitório².

Conforme explica Aury Lopes Jr.³, o ordenamento jurídico positivo reconhece a possibilidade de exercício da heterotutela, que consiste na atuação de um terceiro em favor de uma das partes intervenientes, e cujo exemplo clássico é a legítima defesa de terceiros, causa excludente da ilicitude. Entretanto, o processo penal, atualmente, assume a estrutura de um sistema de reparto heterônomo, em que um terceiro imparcial, público e com a sua competência previamente fixada em lei – o Estado-juiz – retira a autonomia das partes e, com isso, impede o uso da força.

1 Permanecem, no sistema vigente, exemplos como os da legítima defesa e do estado de necessidade.

2 Porque nele o juiz atua como parte.

3 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68.

Neste contexto, concorda-se com o autor⁴ quando afirma ser a imparcialidade do órgão julgador um princípio supremo do processo e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo, verdadeira base sobre a qual está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparto. Com efeito, a posição de imparcialidade e tranquilidade psicológica do magistrado é apontada pela doutrina e jurisprudência como uma das principais características, senão a fundante do sistema acusatório.

Se em um sistema inquisitorial puro – exemplo de autotutela processualizada, em oposição ao tipo heterônomo de reparto – fundado no mito da verdade absoluta, o juiz acusa, investiga, defende e, por fim, julga o imputado, que é tratado como mero objeto de verificação, em vez de parte de um processo; em um sistema acusatório o juiz deve manter-se em uma posição de alheamento das partes, deixando de lado as atividades de acusar, investigar e defender, para centrar-se tão somente na função de julgar, garantindo assim a sua imparcialidade.

É lógico concluir que somente haverá condições de se efetivar dita imparcialidade diante de um tipo de reparto heterônomo em que as funções de acusar e julgar estejam distribuídas a pessoas diversas. Isto, contudo, não se mostra suficiente. De nada adianta formalmente proclamar a separação de tais funções e, ao mesmo tempo, conferir ao julgador poderes próprios das partes. Não há como negar: o juiz inquisidor nada mais “era” do que um julgador com poderes de parte, que investigava, acusava e defendia para, ao final, julgar, o que se demonstrou – e isso não se discute – ser um grave erro psicológico. Daí porque se entende⁵ que “somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento da atividade

4 Ibid., p. 187.

5 Ibid., p. 188.

investigatória/instrutória”.

Alexandre Câmara⁶; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁷; e Alexandre de Moraes⁸ enxergam a exigência de imparcialidade do julgador como uma das facetas do princípio do juiz natural, constitucionalmente reconhecido (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF/1988). José Afonso da Silva⁹, de forma mais genérica, a inclui ao lado das garantias da independência do juiz, do juiz natural ou constitucional e do direito de ação e defesa, no âmbito do princípio da proteção judiciária, também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da CF/1988).

Ainda no texto constitucional podem ser encontradas diversas garantias, conferidas aos membros do poder judiciário, diretamente relacionadas à sua independência, necessária para que possam decidir livremente de qualquer tipo de pressão que possa advir de outros Poderes. José Afonso da Silva¹⁰ as discrimina em (1) garantias institucionais, que protegem o Poder Judiciário como um todo e se desdobram em garantias de autonomia orgânico administrativa e financeira; e (2) garantias funcionais ou de órgãos, que asseguram a independência e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário, previstas tanto em razão do próprio titular, como em favor da própria instituição.

São garantias funcionais que asseguram a independência do Poder Judiciário: (a) vitaliciedade, (b) inamovibilidade e (c) irredutibilidade de vencimentos. As garantias que asseguram a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário aparecem na CF sob a forma de vedações aos juízes, que não podem (a) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou

6 CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 47.

7 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 545.

8 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 87.

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 430.

10 *Ibid.*, p. 588.

função, salvo uma de magistério; (b) receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; (c) dedicar-se à atividade político-partidária; (d) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (e) exercer advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Aponta-se, ainda, na esteira dos ensinamentos de Pedro Lenza¹¹, que o dever de motivar as decisões jurisdicionais, constante do art. 93, inciso IX, e complementado pelo art. 5º, inciso LX, da Carta Magna, é mais um instrumento garantidor da imparcialidade do juiz. Trata-se da chamada função política da exigência: as decisões judiciais têm como destinatários não só as partes e o juiz competente para o julgamento de eventual recurso, mas a toda a população, que poderá aferir em concreto a imparcialidade do juiz, a legalidade e a justiça das decisões.

Em âmbito infraconstitucional, a necessidade de que o juiz a que se submete o processo seja imparcial, sob pena de se esvaziar a legitimidade de sua decisão, enseja a enumeração de vícios de parcialidade sob a denominação genérica de causas de impedimento e de suspeição (art. 134 e 135, do CPC). O oferecimento de defesas processuais, oponíveis tanto pelo demandante como pelo demandado em um processo civil, acarretam a suspensão do processo até que a questão seja definitivamente julgada (art. 306, c/c art. 265, do CPC). A importância conferida ao tema pelo legislador mostra-se de todo evidente ao se constatar que o impedimento é causa de rescindibilidade da sentença, alegável a qualquer tempo, mesmo depois do seu trânsito em julgado (art. 485, inciso II, do CPC).

São igualmente previstos pelo CPP os casos de suspeição e impedimento do magistrado (arts. 252, 253, 254 255 e 256, do CPP), a serem aplicados no âmbito do processo

11 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 794.

penal. A suspeição cria um motivo para a imediata cessação de toda interferência da pessoa suspeita, e sua solução precederá a qualquer outra, (art. 96, CPP), “pois constitui uma questão a ser decidida imediatamente, para só depois de resolvida haver a análise das demais”¹². Poderá ser espontaneamente reconhecida pelo juiz, quando remeterá o feito imediatamente a seu substituto, determinando a intimação das partes, ou arguida por qualquer das partes, aí incluídos o réu, o Ministério Público ou o assistente da acusação.

Curiosamente, ao contrário do CPC que determina a imediata suspensão do processo diante da arguição de suspeição, o CPP afirma que as exceções serão processadas em autos apartados, e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal (art. 111, do CPP), aduzindo que apenas quando a parte contrária reconhecer a procedência da arguição é que poderá ser susgado, a seu requerimento, o processo principal, até que se julgue o incidente (art. 102, CPP). A distinção de tratamento conferida pelo legislador é teratológica, não se justificando. Concorde-se com Aury Lopes Jr.¹³, quando afirma que “o excipiente poderá postular no tribunal que seja cautelarmente suspenso o seguimento do processo principal (...) sendo a suspensão uma salutar medida para evitar-se um prejuízo processual muito maior depois, com a anulação de todos os atos realizados”.

Muito embora não se encontre expressamente previsto no rol do art. 254 do CPP, entende-se, ao amparo de balizada doutrina¹⁴, que a quebra da imparcialidade do julgador pode ainda ensejar o reconhecimento da suspeição do magistrado, a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da ação condenatória, em analogia ao disposto no art. 485, inciso II, do CPC. Isto porque se trata de questão ligada ao devido processo legal que “se cuida, a toda evidência de matéria de ordem e interesse eminentemente públicos, para muito além

12 LOPES JR., op. cit., p. 514.

13 *Ibid.*, p. 516.

14 Por todos: LOPES JR., op. cit., p. 514; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 294.

daquele das partes envolvidas no processo em que concretamente teria ocorrido a apontada causa”¹⁵.

2. AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

A palavra jurisdição vem do latim *iuris dictio*, dizer o direito. Câmara, tomando por base a concepção de Chiovenda, afirma que jurisdição é “a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática”¹⁶. Note-se que, para atuar a vontade concreta do direito objetivo, é exigido do magistrado – autoridade investida do poder jurisdicional – que extraia da norma geral e abstrata a norma jurídica individualizada a ser aplicada no caso concreto.

É neste contexto que se infere a importância da prova para o processo judicial. O juiz, em sua posição de imparcialidade e alheamento¹⁷, não conhece, antes de iniciado o processo, a realidade fática sobre a qual incidirá seu julgamento. Para individualizar a norma jurídica a ser aplicada, o juiz precisa conhecer o caso concreto; para conhecê-lo, precisa que as partes tragam aos autos alegações sobre a matéria fática¹⁸. Estas alegações, por sua vez, precisam ser provadas. Assim, as provas são “o material com base em que o julgador formará seu juízo de valor acerca dos fatos da causa”, vale dizer, “tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu”¹⁹.

A partir dessa ideia de reconstrução aproximada de um determinado fato histórico,

15 OLIVEIRA, op. cit., p. 294.

16 CÂMARA, op. cit., p. 73.

17 Diz-se imparcial, também, pelo fato de não ser parte. Por não ter participado dos acontecimentos, os desconhece. Aury Lopes Jr. chega a afirmar que, “nos casos em que o juiz tem experiência direta do delito, ele deixa de ser juiz e passa a ser testemunha (ou vítima), pois tal contaminação despoja-lhe das condições de necessário alheamento que o constituem como juiz” (LOPES JR., op. cit., p. 536-537).

18 Daí a existência do brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me os fatos e te darei o direito).

19 CÂMARA, op. cit., p. 389.

Lopes Jr.²⁰ ensina que “o processo penal e a prova nele admitida integra o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença”.

Para Cordero²¹:

Os processos são máquinas retrospectivas que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou, cabendo às partes formular hipóteses, e ao juiz acolher a mais provável, com estrita observância a determinadas normas, trabalhando com base em um conhecimento empírico.

Em que pese se admitir, em geral, que o processo penal tem como uma de suas funções a construção do convencimento do juiz por meio da reconstrução dos acontecimentos históricos, a doutrina especializada moderna entende, majoritariamente, que se encontra superado o mito da verdade real, intimamente ligada ao sistema processual penal inquisitivo e historicamente usada como justificativa para atos estatais abusivos. Com efeito, entende-se que a dita verdade real é inalcançável, seja porque é excessiva – “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”²² – seja por que se refere a um fato passado, logo, no campo da memória, do imaginário e “o real só existe no presente. (...) A única coisa que ele [o crime] não possui é dado de realidade.”²³

Há autores que, como Rangel²⁴, acreditam existir uma verdade processual, embora reconheçam que esta nem sempre condiz com a realidade fática. Outros há que falam em uma certeza jurídico-processual²⁵. Por fim, há aqueles que negam por completo a obtenção da verdade (ou certeza) como uma função a ser exercida pelo processo, cujas provas serviriam meramente a persuadir o julgador²⁶. Em que pese a aparente correção da última posição, a

20 LOPES JR., op. cit., p. 536.

21 CORDEIRO *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 537.

22 CARNELUTI *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 571.

23 LOPES JR., op. cit., p. 568.

24 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 33.

25 CARNELUTI *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 571.

26 LOPES JR., op. cit., p. 576.

divergência parece mais terminológica do que conceitual.

O que se deve ter em mente é que, por ser impossível ao ser humano (qualidade inerente a juízes, desembargadores e até mesmo ministros) revelar a dita verdade real dos fatos (por mais simples que possam parecer), o processo não pode ser concebido como instrumento apto a se chegar a este resultado. Diante dessa incapacidade insuperável, deve-se concordar com Lopes Jr.²⁷ quando, forte nos ensinamentos de Goldschmidt a respeito da noção de processo como situação jurídica, afirma pairar sobre o processo uma nuvem de incertezas: “a acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertada ou não (justa ou injusta), o que evidencia sobremaneira o risco no processo”.

Considerando o risco inerente à atividade processual e a conseqüente preocupação com a constante captação psíquica do julgador – ou, para quem nela acredite, com a (re)construção de uma verossímil certeza ou verdade processual – o que se dá principalmente por meio da produção de provas, sobressai a necessidade de respeito ao devido processo legal como forma de se garantir alguma segurança. Se o processo, nas palavras de Calamandrei²⁸, nada mais é do que um jogo a se vencer, “nos sobra lutar pela forma, ou seja, um conceito de segurança que se estabeleça a partir do respeito às regras do jogo”²⁹.

Faz-se necessário, neste momento, o estudo das regras do jogo pertinentes ao objeto de estudo do presente capítulo: as provas. De início, é de se frisar limitações estabelecidas pela legislação processual penal ordinária, comumente citadas pela doutrina especializada.

Determina o art. 155, parágrafo único, do CPP, que serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil para a comprovação do estado das pessoas. Um exemplo comum é a comprovação da morte do condenado, para fins de declaração da extinção da punibilidade do

27 *Ibid.*, p. 105.

28 CALAMANDREI *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109.

29 *Ibid.*, p. 110.

agente, o que só pode se dar por meio da apresentação da certidão de óbito, na forma do art. 62 do CPP.

Uma segunda limitação diz respeito às questões prejudiciais, controvérsias que, surgidas no curso do processo, devam ser julgadas antes do caso penal. Em se tratando de questão prejudicial a ser julgada no juízo cível – como a alegada declaração de nulidade de primeiro casamento, em caso de imputação do crime de bigamia³⁰ – o juiz criminal estará vinculado ao que for decidido no juízo cível³¹.

O juiz penal fica igualmente limitado à decisão do juízo falimentar que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, para fins de caracterização dos crimes falimentares. Não poderá questionar o mérito ou a validade da decisão (art. 187, Lei 11.101/95).

Obviamente, não poderá o juízo colher o depoimento de pessoas que, em razão de função, ministério ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho, nos termos do art. 207 do CPP. Ressalve-se que o advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte (art. 26 do Código de Ética e Disciplina da OAB), ressalvadas as exceções expressamente previstas nos arts. 25 e 27 do referido diploma legal.

Para além das limitações estabelecidas pela legislação ordinária, aponta a doutrina, ainda, a vedação à narcoanálise³² e à submissão a detector de mentiras, “pois cientificamente

30 Dispõe o parágrafo segundo do art. 235 do CP que, “anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime”.

31 RANGEL, op. cit., p. 563.

32 Método de investigação psíquica que submete o paciente a um estado de torpor por meio de hipnótico injetável.

inadmissíveis, além de violarem a dignidade do agente”. São admissíveis, por outro lado, as provas inominadas – não previstas nem reguladas pelo CPP – desde que observadas as regras de coleta, admissão e produção em juízo, em estrita observância dos limites constitucionais e processuais. Veda-se, contudo, “a 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”³³.

Alguns autores, como Aury Lopes Jr.³⁴, rejeitam a possibilidade de as partes se fazerem valer de provas testemunhais ou técnicas emprestadas³⁵, ao argumento principal de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que:

O diálogo que se estabelece com a prova é vinculado ao fato que se quer apurar ou negar (...) diferentes diálogos são estabelecidos com uma mesma prova quando se trata de apurar diferentes fatos (...) a prova emprestada desconsidera isso e causa sérios prejuízos para todos no processo penal.

Contudo, a doutrina a tem admitido, majoritariamente, em qualquer de suas modalidades – embora com alguma variação entre autores³⁶ – desde que a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante juiz natural; a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo³⁷.

Para Daniel Assumpção Neves, “a utilização de prova já produzida em outro processo

33 LOPES JR., op. cit., p. 582.

34 *Ibid.*, p. 584.

35 Prova emprestada é, nas palavras de Grinover, “aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto” (GRINOVER apud RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 592.).

36 Rangel entende que devem ser respeitados os seguintes requisitos, mormente em se tratando de prova oral: que tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes; que tenham sido observadas, no processo anterior, as formalidades previstas em lei durante a produção da prova; que o fato probando seja o mesmo; que tenha havido o contraditório no processo do qual a prova será transferida. RANGEL, op. cit., p. 593.

37 BADARÓ, Gustavo. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. Disponível em: <<http://www.badaroadvogados.com.br/?p=774>>. Acesso em: 4 set. 2014.

responde aos anseios de economia processual, dispensando a produção de prova já existente, e também da busca da verdade possível, em especial quando é impossível produzir novamente a prova”³⁸. Neste contexto, o STJ³⁹ tem entendido ser recomendável a utilização da prova emprestada, sempre que possível, desde que assegurado o contraditório, ou seja, que as partes tenham o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, não se podendo restringi-la a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para isso.

As limitações até aqui estudadas se encontram relacionadas com a aptidão da prova, em tese, para a captação psíquica do julgador – ou para a (re)construção da certeza ou verdade processual – com seu conteúdo ou mesmo com a sua qualificação como ato de prova. O que se quer com isso dizer é que não se presta a demonstrar a morte do condenado, por exemplo, a prova testemunhal, porque juridicamente inapta a tanto. Da mesma forma, a prova emprestada que não for submetida ao contraditório não é apta a comprovar coisa alguma, já que qualquer ato de prova deverá, para assim se qualificar, submeter-se à estrita observância da publicidade, contradição e imediação⁴⁰. Imprestáveis, igualmente, a narcoanálise e a submissão a detector de mentiras, pois cientificamente inadmissíveis.

A Constituição estatui como garantia fundamental a inadmissibilidade⁴¹ das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI). Nota-se, assim, que se veda não somente a prova ilícita em si – “o direito não precisa dizer que o veda o que é ilegal”⁴² – mas também aquela obtida por meio ilícito. O norte dessa limitação vai muito além da aptidão da prova, em

38 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 747.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 617428. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000522254%27>>. Acesso em: 15 out. 2014.

40 LOPES JR., op. cit., p. 547.

41 São quatro as fases do procedimento probatório: (i) postulação, momento em que as partes requerem a produção de determinada prova; (ii) admissão, momento em que o juiz defere ou indefere a produção da prova; (iii) produção, quando da instrução processual; e (iv) valoração, quando o magistrado aprecia a prova, ao prolatar sentença.

42 RANGEL, op. cit., p. 564.

tese, para a captação psíquica do julgador – ou para a (re)construção da certeza ou verdade processual – seu conteúdo ou sua qualificação como ato de prova. A norma deve ser vista sob um prisma muito mais amplo: tutela-se, em verdade, o Estado Democrático de Direito.

Ensina Paulo Rangel⁴³ que a investigação dos fatos imputados na peça exordial encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam à manutenção de um Estado Democrático de Direito. Assim,

O direito à prova encontra limites nos direitos e garantias constitucionais, pois (...) a busca da verdade processual não passa por cima das liberdades públicas (...). 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 violação às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos em um Estado opressor, totalitário, e não Democrático de Direito (cf. art. 1º da CRFB).

Aury Lopes Jr.⁴⁴, mais abrangente, afirma que uma prova é admissível, por exclusão, sempre que nenhuma norma a exclua. Pontua, então, importantes limitações constitucionais ao direito à prova, quais sejam: direito de intimidade (art. 5º, inciso X); inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI); inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações (art. 5º, inciso XIII).

A doutrina⁴⁵ costuma distinguir as provas ilegítimas das ilícitas, ambas espécies do gênero provas ilegais. As primeiras são aquelas que violam regra de direito processual penal no momento de sua produção em juízo, cuja proibição é imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. As segundas são aquelas que violam regra de direito material ou constitucional, no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este, cuja proibição é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos.

43 *Ibid.*, p. 562.

44 LOPES JR., op. cit., p. 592.

45 Por todos, LOPES JR., op. cit., p. 593, RANGEL, op. cit., p. 569. O último autor diferencia, ainda, as provas irregulares, que, não obstante admitidas pela norma processual, forem colhidas com infringência das formalidades legais existentes.

Mirabete⁴⁶ conclui pela total inadmissibilidade, tanto no processo penal como no civil, das provas ilícitas e ilegítimas. A principal diferença de tratamento diz respeito à possibilidade de repetição do ato de ingresso ou produção da prova ilegítima, em contraposição à impossibilidade de repetição das provas ilícitas, cujo vício remonta ao momento de obtenção.

3. O COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE COMO DECORRÊNCIA LÓGICA DO CONTATO COM AS PROVAS ILÍCITAS

Conforme exposto no capítulo antecedente, por ser impossível ao ser humano revelar a chamada verdade real dos fatos, o processo – sobre que paira uma nuvem de incertezas – não pode ser concebido como instrumento apto a se chegar a este resultado, mas sim à captação psíquica do julgador – ou, para quem nela acredita, à (re)construção de uma verossímil certeza ou verdade processual – o que se dá principalmente por meio da produção de provas.

A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos busca tutelar o Estado Democrático de Direito e, em especial, os direitos e garantias constitucionais protetivos do particular. Não se discute, nessa seara, a aptidão da prova, em tese, à captação psíquica do julgador. Com efeito, em regra, a prova ilícita é (indevidamente) utilizada justamente com essa finalidade, embora juridicamente inidônea.

Ordinariamente, a prova ilícita não deveria sequer ser produzida. Entretanto, quando, ilicitamente obtida, vem a ter sua (in)admissibilidade analisada pelo julgador, o mal já está feito: o destinatário imediato da prova – o Estado-juíz – com ela já entrou em contato, contaminando-se consciente ou inconscientemente. Se a prova serve à demonstração de alegações de fato, por meio da captação psíquica do julgador, de nada adianta o seu posterior

46 MIRABETE *apud* LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 794.

desentranhamento e inutilização, conforme determinado pelo art. 157, *caput* e parágrafos, do CPP.

A discussão ora travada é de todo semelhante à necessidade de exclusão física do inquérito policial dos autos do processo, defendida por balizada doutrina⁴⁷.

Atos de prova, praticados pelo juiz com estrita observância da publicidade, contradição e imediação, dirigem-se ao seu convencimento, permitindo a formação de um juízo de certeza, a ser exteriorizado na sentença, proferida em processo judicial. Atos de investigação, por sua vez, praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, com possíveis restrições à publicidade, contradição e imediação, dirigem-se à formação da *opinio delicti* do acusador, um juízo de probabilidade do *fumus comissi delicti* que justifique, ou não, o início do processo, bem como a adoção de medidas cautelares diversas.

Em um sistema processual acusatório como o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, somente a prova judicial é válida a gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação, sob pena de violação aos incisos LIII, LIV, LV e LVI do art. 5º, da CF/1988. Daí porque ressalvadas as provas irrepetíveis⁴⁸ – que por sua própria natureza têm de ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise – os atos de investigação praticados em sede de inquérito policial têm eficácia probatória limitada à fase endoprocedimental.

Ocorre que, consoante esclarece Pellegrini Grinover⁴⁹, além de o juízo de pré-admissibilidade da acusação – baseado nos elementos de investigação – ser realizado pelo mesmo juiz que proferirá a sentença, os autos do inquérito são anexados ao processo, e assim acabam influenciando direta ou indiretamente no convencimento do juiz.

47 Por todos, LOPES JR., op. cit., p. 337.

48 Aury Lopes Jr. Entende, ainda, que as provas irrepetíveis devem necessariamente ser produzidas por meio do incidente de produção antecipada de provas disciplinado no art. 225 do CPP. *Ibid.*, p. 335.

49 GRINOVER *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339.

A solução, para Aury Lopes Jr.⁵⁰, passa pela previsão de uma fase intermediária contraditória, presidida por um juiz garante da investigação preliminar distinto daquele que sentenciará, preservando-se a sua imparcialidade, bem como pela exclusão física do inquérito policial dos autos do processo, técnica já utilizada pelos sistemas processuais espanhol e italiano.

Da mesma forma que o tratamento conferido aos atos de investigação praticados em sede de inquérito policial (art. 155 do CPP), o conferido às provas ilícitas (art. 157, CPP) é simbólico e fadado ao fracasso, pois não evita a contaminação consciente ou inconsciente do julgador. Ao contrário, ambas as supostas soluções ensejam o que se convencionou denominar quadros mentais paranoicos ou primado das hipóteses sobre os fatos, problemática inserida no estudo da atribuição de poderes instrutórios ao juiz.

Concordam Aury Lopes Jr. e Jacinto Coutinho⁵¹ que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, em qualquer fase, abre a possibilidade de este “decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”. No mesmo sentido, esclarece Geraldo Prado⁵² que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.

O juiz que reconhece a inadmissibilidade de uma prova, embora contundente, obtida por meio ilícito, determinando o seu desentranhamento e inutilização, na forma do art. 157, *caput* e § 3º, estará, ainda que inconscientemente, sujeito a primeiro decidir – definição da hipótese, com base na prova ilícita – para depois ir atrás dos fatos – demais provas, estas licitamente produzidas – justificantes da decisão que, na verdade já fora tomada.

50 LOPES JR., op. cit., p. 337.

51 COUTINHO *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

52 PRADO *apud* LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

Conforme preciosa lição de Aury Lopes Jr.⁵³, integralmente aplicável à sistemática processual relativa às provas obtidas por meios ilícitos, deve-se conferir especial importância à aparência ou estética de imparcialidade

Que o julgador deve transmitir para os submetidos à Administração da Justiça, pois, ainda que não se produza o pré-juízo, é difícil evitar a impressão de que um juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. Isso afeta negativamente a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos jurisdicionados, especialmente na esfera penal.

Em suma, a solução prevista pelo legislador, em regra admitida sem maiores reflexões pelos juízos e tribunais, gera imenso prejuízo à sociedade como um todo e, principalmente, àquelas pessoas que, no curso de um processo penal em que figuram como réus, sofrem graves violações a direitos e garantias constitucionalmente assegurados – tais como os direitos à intimidade e ao devido processo legal, e as garantias da inviolabilidade do domicílio, do sigilo da correspondência e das telecomunicações – sujeitando-se à indevida convalidação das nulidades daí advindas, diante de julgamentos objetiva e subjetivamente parciais⁵⁴ que se tornam simbólicas e inúteis encenações.

4. MEDIDAS PROCESSUALMENTE CABÍVEIS E POSSÍVEIS ALTERAÇÕES

LEGISLATIVAS

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos encontra-se prevista dentre as garantias fundamentais, no inciso LVI do art. 5º da CF/1988. O tema não era nem sequer mencionado na redação originária do CPP. O diploma processual passou a disciplinar a matéria apenas em 2008, quando a Lei 11.690 alterou a redação do *caput* do art. 157, fazendo

⁵³ LOPES JR., op. cit., p. 141 e 191.

⁵⁴ Esclarece Aury Lopes Jr. que a imparcialidade subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, enquanto a objetiva diz respeito à situação jurídica objetivamente imparcial em que se encontra. *Ibid.*, p. 190-191.

nele incluir quatro parágrafos. Conforme visto, os efeitos processuais impostos pela norma infraconstitucional limitam-se à determinação do desentranhamento da prova e, preclusa a decisão, da sua inutilização, facultado às partes acompanhar o incidente.

O Projeto de Lei 4.205 de 2001, que resultou na referida Lei 11.690 de 2008, buscou incluir no artigo um quarto parágrafo determinando que o juiz que conhecesse do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderia proferir a sentença ou acórdão. Ocorre que o referido artigo foi vetado pelo Presidente da República por contrariedade ao interesse público, nos termos do § 1º do art. 66 da CF/1988, após manifestação do Ministério da Justiça e a Advocacia-Geral da União neste sentido.

Foram as seguintes as razões do veto⁵⁵:

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.

Como bem atesta Luiz Flávio Gomes⁵⁶, o dispositivo foi vetado por razões de eficácia processual sendo o ato político expressamente fundado na celeridade e simplicidade processuais. Em sua opinião, “jamais a lei processual penal cumpre bem o seu papel quando deixa de conciliar a eficácia com as garantias do acusado. A eficácia cede quando se depara com uma garantia absolutamente imprescindível, como é a da imparcialidade do juiz.” Para o autor, não se admite a participação do juiz anteriormente contaminado, sob pena de

55 BRASIL. Razões de veto ao Projeto de Lei 4.205, de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Disponível em: 15 out. 2014.

56 GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080716181236305>. Acesso em: 15 out. 2014.

gravíssima violação da garantia do juiz imparcial, contemplada no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Diante do veto presidencial aplicado à norma, entende-se que todo magistrado contaminado pelo contato com a prova ilícita, especialmente no processo penal, deveria declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, na forma prevista pelo art. 135 do CPC. Sabendo-se, contudo, não bastar a confiança na bondade dos bons, é de se rememorar que, muito embora não se encontre expressamente previsto no rol do art. 254 do CPP, a quebra da imparcialidade do julgador pode ensejar o reconhecimento da suspeição do magistrado, a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da ação condenatória, em analogia ao disposto no art. 485, inciso II, do CPC. Isto porque se trata de questão ligada ao devido processo legal que “se cuida, a toda evidência de matéria de ordem e interesse eminentemente públicos, para muito além daquele das partes envolvidas no processo em que concretamente teria ocorrido a apontada causa”⁵⁷.

Pensando para além do presente, é preciso que futuras reformas legislativas – ou quem sabe uma possível rejeição ao veto parcial do Projeto de Lei 4.205 de 2001, na forma do art. 66, § 1º, da CF/1988 – busquem introduzir a hipótese de contato com a prova ilícita dentre as causas legais de impedimento. Aury Lopes Jr.⁵⁸ apresenta soluções para efetividade de um novo modelo em que se institua um juiz de garantias – de todo aplicável ao aqui proposto – a pontuar que:

1. juízes atuantes em cidades de vara única, interioranas, assoberbados de trabalho, em muito se beneficiariam da ajuda de um segundo magistrado, o que poderia ser implementado – acompanhado de alteração da Lei de Responsabilidade Fiscal – prevendo-se período de transição de 3 ou 5 anos, para a adequação dos Estados-

57 OLIVEIRA, op. cit., p. 294.

58 <<https://www.facebook.com/aurylopesjr/posts/612818005471860>>, Disponível em: 15 out. 2014.

- membros;
2. entre comarcas contíguas de varas únicas poder-se-ia estabelecer um cruzamento de trabalho, onde o juiz de uma trabalhasse atuasse como juiz de garantias da outra, e vice-versa;
 3. nas comarcas pequenas, em que atuam apenas dois juízes, o do cível poderia atuar como juiz de garantias, no inquérito, mantendo-se a competência do juiz criminal para o julgamento dos processos;
 4. nos processos que tramitem pelo meio eletrônico, qualquer juiz poderia atuar como juiz de garantias.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o contato do magistrado com a prova ilicitamente produzida e, portanto, constitucionalmente vedada, no curso do processo penal, enseja indesejáveis influências sobre o seu convencimento.

O simples desentranhamento das provas assim obtidas, com a sua conseqüente destruição das provas assim obtidas, mantendo-se a competência do juiz contaminado para julgamento da causa, leva à possibilidade da condução ao primado das hipóteses sobre os fatos, pelo qual o magistrado apresenta os chamados quadros mentais paranoicos.

Além dos óbvios malefícios advindos da efetiva contaminação, a sua simples possibilidade conduz à aparência ou estética de parcialidade, o que afeta negativamente a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos jurisdicionados, especialmente na esfera penal.

Assim, para que se mantenha íntegra a imparcialidade do julgador e, por

consequência, o a higidez do próprio sistema acusatório e do processo penal, faz-se necessária a exclusão do magistrado contaminado, seja pelo reconhecimento individual da própria suspeição – por motivo de foro íntimo – seja por meio do manejo da exceção de suspeição ou mesmo da revisão criminal, em analogia ao disposto no art. 485, inciso II, do CPC.

A inócua solução prevista pelo legislador e, em regra, admitida sem maiores reflexões pelos juízos e tribunais, deve o quanto antes ser superada, incluindo-se a outrora vetada opção pela exclusão do julgamento da causa do juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível, garantindo a realização dos anseios constitucionais, nitidamente direcionados à máxima efetividade do sistema acusatório, da garantia da imparcialidade do julgador e da vedação às provas ilícitas.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. *Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito*. Disponível em: <<http://www.badaroadvogados.com.br/?p=774>>. Acesso em: 4 set. 2014.

BRASIL. Razões de veto ao Projeto de Lei 4.205, de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Disponível em: 15 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 617428. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000522254%27>>. Acesso em: 15 out. 2014.

CALAMANDREI apud LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARNELUTI apud LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTINHO apud LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

CORDEIRO apud LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080716181236305>. Acesso em: 15 out. 2014.

GRINOVER apud LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339.

GRINOVER apud RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE apud LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO apud LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.