

DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS OBTIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL

William de Quadros da Silva
Especializando em Ciências Penais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RESUMO: O presente trabalho busca analisar o valor probatório do inquérito policial e a admissibilidade das provas ilícitas derivadas no processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Processo penal. Investigação preliminar. Inquérito policial. Prova ilícita derivada. Admissibilidade.

Abstract: This paper seeks to analyze the probative value of the police investigation and the admissibility of derived illicit evidence in Brazilian criminal procedure.

Keywords: Criminal procedure. Criminal prosecution. Police investigation. Derived illegal evidence. Admissibility.

Introdução

O presente trabalho tem como justificativa a alegação judicial de que eventuais irregularidades ocorridas em sede policial não viciam o processo penal a ponto de causar a sua nulidade, pois se tratam de esferas distintas da persecução criminal.

Todavia, são inúmeros os momentos, durante o processo penal, nos quais a decisão só pode ser embasada no inquérito policial. Portanto, a afirmação acima não é absoluta, além de temerária, visto que nosso ordenamento jurídico é expresso ao vedar a utilização de provas ilícitas, nos termos do art. 5º, LVI, CF/88, tenham sido elas obtidas na fase pré-processual ou judicial, sob pena de, às vezes, macular de tal forma o processo, que pode ser declarada sua nulidade *ab initio*, tal como ocorreu recentemente no julgamento envolvendo uma grande operação da Polícia Federal.

A própria teoria da admissibilidade das provas ilícitas é originada da validade dos atos de investigação preliminar, portanto, é imperioso relacionar os casos de sua incidência com a instrução do inquérito do inquérito policial.

O primeiro item deste escrito aborda o processo penal e seu papel em nosso ordenamento jurídico constitucional e os modos pelos quais o Estado procede à persecução penal. O próximo item examina um desses modos – o inquérito policial – e sua finalidade pré-processual. O último item destina-se à análise dos meios e do valor probatório dos atos de investigação e da admissibilidade das provas ilícitas obtidas pela polícia, com o objetivo de se enfrentar a problemática mediante situações concretas.

1 DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

1.1 Do processo penal contemporâneo

Antes de se iniciar o estudo do inquérito policial e da (in)admissibilidade das provas obtidas ilicitamente, é preciso se refletir qual é a relação existente entre a investigação preliminar e o processo penal em si, visto que o exame da validade das diligências efetuadas em sede policial é feita somente quando da fase.

Sem objeções, pode-se considerar que o processo penal possui três fases distintas: inquérito policial, processo de conhecimento e execução penal.

A todas essas três etapas devem ser asseguradas aos investigados, acusados e apenados seus direitos e garantias fundamentais, especialmente porque o processo penal é substancialmente distinto do processo civil, em razão dos bens jurídicos protegidos por cada instituição jurídica, bem como pela natureza das partes.

A adjudicação do monopólio da administração da justiça pelo Estado, seja ela cível ou criminal, fez com que o processo ganhasse autonomia em relação ao direito material, especialmente em âmbito penal, pois agora vigorava a máxima latina *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Isto é, o processo não era mais, também, o caminho para legitimar a aplicação da pena ao criminoso¹. O processo penal deveria ser o instrumento pelo qual o Estado deveria atribuir e comprovar a autoria e materialidade de um delito a um cidadão e, conseqüente, impor-lhe a sanção correspondente.

A necessidade do processo penal significa a sua obrigatoriedade prévia para que a aplicação de uma pena, todavia, isso não implica a automática condenação do réu, pois ele também “corre o risco” de ser absolvido.

O Estado só pode punir quando constatada a existência de um delito, após o trâmite de todo o processo que se encerra quando o juiz proferir uma sentença de procedência da denúncia oferecida, reconhecendo como legítima a pretensão estatal de acusar um cidadão e exigir que lhe sejam aplicadas as sanções penais correspondentes.

O Estado, através do *Parquet*, não busca a punição do réu, mas sim o direito de puni-lo, quando procedente seu direito de acusa-lo, constituindo esse o verdadeiro objeto do processo penal em um Estado Democrático de Direito².

¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23.

² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 107.

E é esse objeto – a acusação – que deve nortear todos os procedimentos destinados a produzir o conhecimento do juiz: a investigação preliminar e a fase judicial, cada qual com suas próprias características, limitações e finalidades distintas.

1.2 Sistemas de investigação preliminar

Inicialmente, o inquérito policial é uma das espécies do gênero investigação preliminar, ou fase pré-processual, existentes no Brasil³.

O modelo de investigação preliminar presidido pelo juiz é um resquício da inquisição, na qual o magistrado incorporava em si as figuras do investigador, acusador e julgador da causa⁴. A ele é dirigida a notícia-crime e é ele quem conduz toda a investigação e ordenando a produção das provas (ouvindo testemunhas, requisitando perícias, dirigindo a atividade da polícia etc). Entretanto, nos países nos quais este modelo existe, o juiz investigador é distinto daquele que vai julgar o mérito, o que confere maior autonomia ao órgão investigador, pois não possui qualquer vínculo com as partes (acusação ou defesa) e em relação a qualquer dos Três Poderes⁵.

Outra espécie de investigação preliminar é aquela conduzida pelo Ministério Público, cuja pauta esteve recentemente em discussão no cenário político nacional. Nos países em que foi adotada, ela substituiu o modelo do juiz investigador, como ocorreu na Itália, Portugal, Espanha e Alemanha, por exemplo⁶. Aqui, a polícia é um órgão subordinado ao *Parquet*, mas sem prejuízo de zelar pela segurança pública. O Ministério Público recebe a *notitia criminis*, avaliará o material e, segundo seus critérios, decidirá pela investigação. Aqui, seu caráter de parte torna-se mais evidenciado, em oposição à teoria de parte acusadora e custos legis de nosso ordenamento, reforçando a natureza adversarial do sistema acusatório. Porém, a investigação se torna um arriscado instrumento de uso político pelo Ministério Público, que concentraria os esforços nos fatos de maior repercussão e reconhecimento institucional, em detrimento da criminalidade ordinária.

Por fim, o modelo de investigação preliminar dirigido pela Polícia – o inquérito policial – será tema do próximo item de análise e crítica deste trabalho.

³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 223.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 242.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 242.

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 244.

1.3 A investigação preliminar no direito comparado

Na *Alemanha*, como brevemente mencionado, a investigação preliminar é conduzida pelo Ministério Público. Todavia, alguns atos da investigação necessitam de autorização de um juiz para serem concretizados, como a decretação de medidas cautelares. Esse magistrado não irá julgar a causa futuramente. Sua atuação restringe-se à fase pré-processual e à tutela dos direitos fundamentais do investigado⁷. O investigado, formalmente indiciado, possui o direito de acompanhar e intervir na condução da investigação, podendo produzir e contraditar as provas⁸.

Na *França*, o Ministério Público é responsável pela etapa pré-judicial, a qual é classificada em dois tipos: investigação preliminar e investigação por flagrante⁹. A polícia judiciária também é subordinada ao MP¹⁰, mas possui diferentes funções e graus de autonomia de acordo com o tipo de investigação. Durante a *enquête de flagrance*, a polícia pode atuar de ofício e com poder coercitivo sobre o suspeito, podendo ordenar a sua custódia. Todavia, a qualquer momento, o Ministério Público pode intervir no feito, com plenos poderes sobre o expediente, inclusive arquivá-lo¹¹. Os direitos do suspeito também diferem de acordo com o tipo de investigação. Durante a *enquête preliminaire*, o investigado tem direito a permanecer em silêncio, quando interrogado, notificar o MP ou, quando detido, comunicar-se com um conhecido e exigir realização de exame de corpo de delito. Porém, a não-observância de qualquer desses direitos não acarreta a nulidade da investigação¹². Apenas na *enquête de flagrance*, a busca e apreensão pode ocorrer sem a anuência do investigado.

Na *Itália*, o Parquet também é responsável pela investigação preliminar. A *notitia criminis*, e quaisquer diligências que tenham sido realizadas pela polícia judiciária, devem ser reportadas, imediatamente, ao Ministério Público¹³. Após o recebimento dos trabalhos já efetuados, o órgão ministerial assume o controle total da investigação, requisitando diligências a serem cumpridas pela polícia. Apenas o interrogatório e acareações devem ser feitos pelo MP. Quando se tratar de crime cometido por organização criminosa, há inúmeras exceções às regras processuais, com

⁷ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 19.

⁸ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 27-28.

⁹ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 173.

¹⁰ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 174.

¹¹ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 174.

¹² DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 176.

¹³ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 363.

ampliação dos poderes de investigação e autonomia da polícia¹⁴. O direito ao contraditório só é garantido ao suspeito nos atos de investigação de competência exclusiva do Ministério Público, não àqueles feitos pela polícia¹⁵.

Na *Inglaterra*, a investigação preliminar é feita pela polícia judiciária, de forma bem diferente do restante da Europa. Além disso, a polícia goza de maior autonomia administrativa e investigatória em relação ao Poder Executivo¹⁶, não estando, aqui, subordinada ao comando do Ministério Público¹⁷. Tão logo lhe seja comunicada uma notícia-crime, poderá a polícia dar início à investigação¹⁸. Os atos e procedimentos de investigação são determinados por instâncias administrativas superiores, como o Ministério do Interior, com o condão de limitar o poder investigativo, evitar abusos e salvaguardar direitos dos investigados¹⁹. Determinadas medidas coercitivas exigem autorização judicial para serem exercidas, como busca e apreensão ou manutenção da prisão temporária²⁰. A investigação inglesa é regida pelo princípio da presunção de inocência, com efetiva tutela de direitos, como o do silêncio e da assistência técnica²¹.

Nos *Estados Unidos*, a investigação é feita pela polícia judiciária, havendo duas etapas distintas, cada uma com diferentes características e aspectos jurídicos²². Na primeira etapa, a finalidade é, primordialmente, a apuração do fato, pois isso, não havendo suspeitos, ela se dá de forma sigilosa e inquisitorial, colhendo-se depoimentos e procedendo-se a buscas e apreensões, com respeito aos direitos constitucionais dos cidadãos em geral, não dos acusados, principalmente a 4ª emenda, que protege o povo “contras buscas e apreensões desarrazoadas e limita a expedição de mandados de busca ao requisito da causa provável”²³. Todavia, após a descoberta de uma *probable cause*, inicia-se a persecução penal, quando se busca um autor do crime, momento em que o investigado, considerado suspeito, passa a gozar de maiores direitos e garantias processuais, dentre os quais ser assistido por um advogado em qualquer ato²⁴. Aqui, vigem, com força, a 1ª, 4ª, 5ª, 6ª e 8ª emenda, como direitos do suspeito.

¹⁴ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 364.

¹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 365.

¹⁶ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 259.

¹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 259.

¹⁸ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 277.

¹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 258-259.

²⁰ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 277.

²¹ DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*, p. 257, 262-265, 279-281.

²² RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 178.

²³ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte americano*, p. 179.

²⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte americano*, p. 180-181.

2 DO INQUÉRITO POLICIAL

2.1 Conceito, objeto e finalidade do inquérito policial

Interessa-nos, neste estudo, o objeto do inquérito policial, pois é em relação ao objeto do processo penal que reside a problemática da admissibilidade das provas ilícitas, produzidas principalmente nesta etapa da persecução penal.

Todavia, independentemente de sua forma, a investigação preliminar apresenta características fundamentais que a tornam imprescindíveis à fase judicial do processo penal, principalmente à luz dos primados constitucionais da persecução criminal e de sua relação com o objeto do processo acima analisado²⁵.

A investigação preliminar e o processo penal, em si, não se confundem, constituindo-se como instituições autônomas e isoladas, pois seus sujeitos ativos, forma dos atos e objeto possuem finalidade distinta na persecução penal.

O inquérito policial é autônomo em relação ao processo porque aquele é prescindível a esse, isto é, o Ministério Público pode dispensar uma investigação prévia se dispõe de elementos o suficiente para fundamentar uma denúncia. Todavia, não existindo tais indícios, instaura-se uma investigação preliminar para apuração de um fato, em tese, delitivo para, em seu final, concluir-se da existência ou não de justa causa penal que venha a ensejar o exercício do direito de ação penal estatal²⁶.

Portanto, a investigação preliminar não deve buscar provas e indícios de autoria de determinado suspeito, mas sim averiguar, primeiramente, a existência de materialidade penal e, conseqüentemente, o seu responsável, de forma imparcial. O inquérito policial busca a verdade a respeito da *notitia criminis* que lhe é apresentada²⁷, nos termos de dispõe o art. 4º, *caput*, CPP.

Além da busca da verdade, do esclarecimento da notícia-crime, o inquérito policial possui outras funções secundárias, mas igualmente relacionadas à primeira e ao seu êxito²⁸: a) diminuir os índices da cifra negra; b) restabelecer a paz social abalada com o delito; c) evitar acusações penais infundadas.

A *cifra negra* representa o número de crimes que ocorrem, mas que não implicaram a responsabilização de seus autores, pelos mais diversos motivos. Altos

²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 223.

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 226.

²⁷ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica*. São Paulo: Almedina, 2010, p. 93.

²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 227-236.

índices significam a ineficácia da persecução penal exclusivamente estatal e o descrédito dos cidadãos para com o governo. Quanto mais efetiva a investigação preliminar, maior a probabilidade de procedência da ação penal, da punição do autor e da redução do sentimento de impunidade, sintoma que afeta substancialmente a *paz social* de qualquer comunidade, visto que o delito é o expoente máximo das condutas indesejadas por qualquer grupo. E é comum que os órgãos responsáveis pela persecução penal empreendam acusações destituídas de fundamentos jurídicos com a intenção de dar fim a esse abalo social, por isso, a necessidade de que o inquérito policial seja devidamente instruído como forma de proteger o cidadão contra esses arbítrios.

Apesar de todos os mecanismos jurídicos existentes, o número de inocentes considerados culpados é alarmante, mesmo que a maioria dos países tenha adotado o sistema acusatório em substituição ao sistema inquisitorial.

2.2 Características e instauração

A primeira característica marcante do inquérito policial brasileiro é a sua *inquisitorialidade*, motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência majoritárias consideram que eventuais vícios em sua instrução não maculam o processo penal, em sua totalidade, a ponto de declará-lo nulo, salvo quando violados direitos e garantias fundamentais do investigado, visto que, não há necessidade de contraditório²⁹.

Outro fator determinante de seu aspecto inquisitivo é a sua natureza não-judicial, pois o inquérito policial se trata de um “autêntico procedimento administrativo presidido por autoridade policial, com objeto e destinatário próprios”³⁰. Desse modo, em virtude de sua finalidade de esclarecer um fato, para posterior ajuizamento da ação penal, não haveria necessidade de contraditório por parte do investigado, visto que tal faculdade lhe seria oferecida na condição de réu em juízo³¹. O inquérito é presidido pela autoridade policial, com plenos poderes, dentro dos limites legais, para conduzir a investigação, conforme seu método³², para chegar à verdade dos fatos, portanto, não havendo um rito específico a seguir, não há que se falar em contraditório e nulidades³³.

²⁹ FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 16-17.

³⁰ FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*, p. 13.

³¹ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal: indagações, doutrina, jurisprudência, prática*. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7.

³² PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica*, p. 62-63.

³³ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal...*, p. 7.

Mas, para que a autoridade policial possa desempenhar com eficácia a sua tarefa, é imprescindível que o inquérito policial seja *sigiloso*, consoante determinação do art. 20, *caput*, CPP. O princípio da publicidade é aplicado à fase judicial como forma de fortalecer o contraditório e a ampla defesa³⁴ que, aqui, não existiria.

Entretanto, esse cenário sofre significativas transformações após a Magna Carta de 1988, a qual estabeleceu novos valores que devem orientar o ordenamento jurídico nacional. Paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido direitos antes negados aos suspeitos e indiciados, principalmente o da ampla defesa e contraditório, como quando da edição da súmula vinculante nº 14.

A referida jurisprudência do Pretório Excelso relaciona-se com outra característica do inquérito: a *forma escrita*, conforme preceituado no art. 9º, CPP. Todo e qualquer ato de investigação deve ser documentado ou reduzido a termo, como, p. ex., os depoimentos prestados e a transcrição das interceptações telefônicas. Concluída a investigação, deverá ser feito o relatório final, também escrito.

A instauração do inquérito policial é definida pelo art. 5º, CPP, cuja redação, em um primeiro momento, possa parecer insignificante, pode acarretar severas consequências à persecução penal, como a sua nulidade, por vício insanável na iniciativa investigativa, visto que a autoridade policial não possuía competência, ou autorização, para promover os atos de investigação para esclarecimento de determinado fato típico ou em desfavor de suspeito em particular.

De forma sucinta, o inquérito pode ser instaurado de três formas: a) de ofício, após flagrante ou recebimento da notícia-crime, publicamente ou reservadamente; b) por requisição do Ministério Público; c) por requerimento do ofendido, nos delitos de ação penal privada ou pública condicionada.

Dentre todas as formas acima, a que suscita mais discussão é a possibilidade de instauração mediante notícia-crime anônima, apesar da proibição constitucional constante no art. 5º, IV, resquício afastado após longos períodos de um processo penal com fundamentos inquisitoriais. A sua possibilidade deve ser averiguada em cada caso concreto³⁵ e com observância da legislação aplicada à espécie delitiva em exame, bem como as diligências disponíveis à autoridade policial. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 131.225/SP, anulou todo o processo penal instaurado com base em provas obtidas mediante interceptação telefônica,

³⁴ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal...*, p. 6.

³⁵ FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*, p. 27.

deferidas pelo Poder Judiciário, somente com base em denúncia anônima, contrariando as disposições legais que regem o referido ato de investigação, a Lei nº. 9.296/96.

2.3 Dos atos de investigação

Os arts. 6º e 7º do Código de Processo Penal preveem algumas diligências disponíveis à autoridade policial para instruir o inquérito policial. Esse rol não é taxativo, tendo sido autorizados novos atos de investigação ao longo das mais de sete décadas de vigência do código, mas que, de forma igual aos já tradicionais, devem guardar respeito para com os ditames constitucionais.

A maior parte dos atos de investigação pode ser levada a cabo pela própria autoridade policial, mediante exercício de seu poder discricionário para conduzir a investigação³⁶. Todavia, as demais estão sob *reserva de jurisdição*, em virtude de que o acesso a tais informações estão protegidas pela Lei Maior ou outros preceitos legais³⁷. Desse modo, somente mediante autorização judicial, *devidamente fundamentada*, pode a autoridade policial fazer uso de tais meios de investigação, que não estão abarcadas pelo poder geral de polícia, e coleta de provas, prevista no art. 6º, III, CPP.

Essas diligências, em especial, são: a busca e apreensão (art. 5º, XI, CF/88); a interceptação telefônica (art. 5º, XII, CF/88); a prisão preventiva (art. 5º, LXI, CF/88); a quebra do sigilo fiscal (art. 198, CTN) e bancário (Lcp 105/01)³⁸. Em algumas dessas situações, não basta somente a decisão motivada do juiz, mas também a presença de outros requisitos legais, como, por exemplo, quando se tratar de interceptação telefônica. A Lei nº. 9.296/96, em seu art. 2º, discrimina as únicas situações em que se admite o uso dessa diligência investigativa, sendo considerados completamente nulos os demais atos processuais que dela, como as novas provas “descobertas” ou a própria ação penal que tenha se originado com os elementos ali obtidos.

Os outros procedimentos previstos no Código de Processo Penal e que não demandam autorização judicial são: isolamento do local e apreensão de objetos, a qual não se confunde com o instituto processual da busca e apreensão; oitiva do ofendido, das vítimas e do suspeito; reconhecimento de pessoas e coisas; acareações; exame do corpo de delito; levantamento do histórico do investigado; simulação do fato delituoso (art. 7º, CPP) e identificação criminal dos suspeitos.

³⁶ FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*, p. 29.

³⁷ FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*, p. 29-30.

³⁸ FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*, p. 30.

Embora este não seja o espaço adequado, fazem-se necessários rápidos comentários a respeito desse ato de investigação em particular, devido aos graves problemas de ordem jurídico-constitucional que apresentam. O art. 5º, LVIII, CF/88, estatui que, possível a identificação civil, está vedada a criminal, a qual é constituída de meios fotográficos, datiloscópicos e genética, isto é, pode a autoridade policial, quando essencial á investigação, extrair compulsoriamente material biológico do suspeito, nos termos do que dispõe o art. 3º, IV, da Lei nº. 12.037/09, independentemente de autorização judicial, bastando, tão-somente, um despacho policial.

3. DA (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

3.1 Do tratamento processual penal da prova

O conceito “prova” possui os mais diversos significados no direito processual, entretanto, todos eles convergem a um mesmo objetivo, qual seja: obter o convencimento do juiz acerca da alegação de um fato³⁹, podendo ele ser ele uma tese jurídica ou uma demonstração de uma ocorrência de um episódio do passado.

A gestão estratégica da prova, como carga processual das partes⁴⁰, está intimamente relacionada ao sistema processual que forma o núcleo do respectivo modelo de processo penal vigente em determinado ordenamento jurídico, bem como a escolha da autoridade responsável pela investigação preliminar⁴¹.

O próprio sistema acusatório possui variantes significativas, embora sua base principiológica seja a mesma: a gestão e produção das provas é responsabilidade das partes, cabendo ao juiz, tão-somente, o exame de sua admissibilidade e valoração⁴². Entretanto, como demonstrado anteriormente, no Brasil, há um quarto ator no processo penal: a autoridade policial. A polícia, não sendo um órgão subordinado ao Ministério Público, mas sim autônomo, cuja finalidade é o esclarecimento da *notitia criminis*, e não a busca de uma sentença de procedência da pretensão acusatória.

Ademais, o juízo de admissibilidade das provas produzidas também é baseado no sistema processual, “na medida em que intrinsecamente relacionado o trinômio

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 521-522.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 43.

⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 525.

⁴² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 528.

admissibilidade-limites-sistema adotado”⁴³. Como a gestão da prova cabe às partes, é seu dever produzi-las com respeito aos ditames legais para que possa ser utilizada como elemento de convicção judicial⁴⁴, embora haja atenuantes para a defesa⁴⁵.

A distinção entre *atos de prova* e *atos de investigação* é uma decorrência do modelo misto de processo penal brasileiro, no qual o inquérito policial é regido pelos princípios inquisitórios e a fase judicial pelos valores acusatórios.

Os atos de prova são aqueles realizados em juízo, possuindo valor absoluto, isto é, comprovam ou não a tese acusatória, sendo produzidos à luz dos princípios constitucionais do processo penal, principalmente o do contraditório⁴⁶. Por isso, pode-se considerar “prova” apenas os elementos produzidos em sede judicial⁴⁷.

Produzidas as provas, é o momento de sua admissibilidade e valoração por parte do magistrado, ponto de análise deste trabalho. No que tange à admissibilidade, o tema será tratado mais adiante, restando aqui o método de valoração pelo juiz.

Vige, atualmente, o sistema do livre convencimento e da íntima convicção judicial, em oposição ao modelo tarifado de provas. Nesse, os meios de prova possuíam valor probatório pré-estabelecido legalmente. Agora, o magistrado formará seu convencimento diante do exame de todo o material probatório produzido e admitido judicialmente, não podendo fazer uso exclusivo de elementos produzidos em sede policial, na esteira do preceituado no art. 155, CPP.

3.2 Do valor probatório do inquérito policial

O valor probatório do inquérito policial brasileiro deve ser analisado sob duas óticas, que decorrem, por consequência, da sua própria natureza: a finalidade da investigação preliminar e as características do inquérito e dos seus atos.

O objetivo do inquérito policial é esclarecer a notícia-crime, averiguando-se a materialidade penal e a possível autoria do fato delituoso, de modo a embasar, juridicamente, uma futura denúncia ou queixa-crime. E a instrução do processo penal é o momento no qual deverão ser ratificados alguns elementos colhidos em sede policial,

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 527.

⁴⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 4. ed. reest. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 289.

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 588.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 541.

⁴⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal...*, p. 288.

principalmente, os depoimentos, através do meio de prova testemunho⁴⁸. Portanto, somente as provas irrepetíveis possuem, inicialmente, valor probatório jurídico, devido ao seu conteúdo para a elucidação do fato a busca do convencimento do juiz⁴⁹.

O segundo critério a ser considerado é a forma do próprio inquérito policial que, conforme escrito acima, trata-se de um procedimento administrativo, presidido pela autoridade policial, de natureza iminentemente inquisitória. Neste aspecto, o que deve ser levado em conta é a forma de obtenção dessas provas, visto que contrárias aos valores e princípios estabelecidos pela Constituição Federal e que norteiam o processo penal contemporâneo⁵⁰: o sistema acusatório, a jurisdicionalidade, o contraditório, a motivação, a ampla defesa e presunção de inocência⁵¹.

Respeitadas tais regras, mesmo durante a fase pré-processual, não há impedimento para o seu pleno aproveitamento durante a etapa judicial⁵².

3.3 Métodos de (in)admissibilidade das provas ilícitas derivadas

A problemática da (in)admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro reside na correta interpretação do art. 157, CPP. Não apenas de seu *caput*, mas principalmente de seus dois parágrafos, incluídos com a Lei nº 11.690/08.

São objetos de estudo de seu tratamento processual a prova ilícita produzida e também aquelas que dela derivam, isto é, elas não teriam sido produzidas/coletadas sem a existência da anterior, também sendo consideradas ilícitas, mas por contaminação, com base na doutrina americana da *fruits of poisonous tree theory*.

A referida teoria é de origem norte-americana, após o julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*, em 1920. Segundo essa teoria, a produção da prova derivada deve guardar um *nexo causal* com a prova originalmente obtida de forma ilegal, bem como *a ilicitude desse liame* entre ambas, o que acabaria por tornar a prova derivada também ilícita, tornando ambas inadmissíveis no processo penal⁵³. Essa doutrina encontra-se prevista no art. 157, § 1º, 1ª parte, CPP.

As doutrinas da fonte independente (*independent source*) e da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) têm, justamente, o condão de eliminar o nexo causal

⁴⁸ GUEVARA, Juan Burgos Ladron. *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*. Madrid: Civitas, 1992, p. 56.

⁴⁹ GUEVARA, Juan Burgos Ladron. *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, p. 61.

⁵⁰ GUEVARA, Juan Burgos Ladron. *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, p. 57.

⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 117, 189, 191, 196 e 209.

⁵² GUEVARA, Juan Burgos Ladron. *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, p. 59 e 61.

⁵³ TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova ilícita. In: *Direito & Justiça*. Porto Alegre, v. 35, n.2, p. 97-198, jul./dez.2009, p. 168.

ilícito entre a prova ilícita original e a derivada, a fim de descontaminar essa última⁵⁴. Ambas são produto da jurisprudência norte-americana, mas, a Suprema Corte também leva em consideração outros fatores de limitação desses frutos, os quais não foram recepcionados pela legislação pátria: a boa-fé da polícia (*good faith*), pois age ela sem abuso⁵⁵; descontaminação da ilicitude (*purged taint*), visto que, com os demais elementos processuais, a prova ilícita não causaria prejuízo ao réu⁵⁶; destruição da mentira do acusado⁵⁷, quando a prova é utilizada para contrapor o depoimento do réu, que não pode mentir; teoria dos campos abertos (*plain view doctrine*)⁵⁸, no qual a prova encontra-se à vista da autoridade policial, não havendo necessidade de mandado.

A (in)admissibilidade da prova ilícita, nos Estados Unidos, não visa ao processo em si, mas à proteção da sociedade contra abusos da atividade policial que, como escrito acima, possui elevado poder investigatório até a escolha de um “suspeito”, constituindo-se como o principal suporte jurídico das decisões sobre o tema⁵⁹.

No direito brasileiro, o tema aqui tratado refere-se à problemática do desvio da vinculação causal, o princípio da especialidade da prova e aos atos de investigação que estão sob reserva de jurisdição, já mencionados acima.

O provimento judicial que defere o pedido investigatório é “plenamente vinculado e limitado”⁶⁰, isto é, só autoriza a violação de direitos fundamentais unicamente interligados à prova que se quer obter em prol do esclarecimento de uma notícia-crime específica, estando completamente vedada a utilização de demais elementos estranhos ao objeto do ato que venham a ser descobertos durante a execução da medida pelas autoridades investigativas para atividades diversas⁶¹. A incorporação das teorias da *independent source* e da *inevitable discovery* visa relativizar essa regra.

Os elementos que não constituem o objeto das medidas podem ser utilizados para a instauração de novos inquéritos? A resposta deveria ser negativa, salvo se está diante de um crime permanente, em que o suspeito sempre se encontra em flagrância, não havendo necessidade de mandado judicial para buscas e prisões⁶².

⁵⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 595.

⁵⁵ CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 3, n. 12, p. 162-200, out./dez. 1995, p. 172.

⁵⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. 2010. 637 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 417.

⁵⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades...*, p. 420-421.

⁵⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades...*, p. 423.

⁵⁹ CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal..., p. 171.

⁶⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 574.

⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 595.

⁶² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal...*, p. 579.

A questão, entretanto, ainda é motivo de muitas discussões.

Portanto, fica clara a necessidade de zelo da utilização dessas teorias por nossos tribunais, visto que ambas são construções da Suprema Corte norte-americana, quando do exame da constitucionalidade da atividade policial, e não do exercício legislativo nacional, como ocorreu em nosso sistema em 2008. No Direito pátrio, a autoridade policial é guiada pelo princípio da legalidade, estando severamente mais restrita que a polícia americana, logo, o exame da validade de seus atos, igualmente, deve ser mais criterioso, devendo-se buscar a adequação de seus atos à lei e não o contrário.

CONCLUSÃO

Nossa Magna Carta definiu o sistema acusatório para orientar a persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, no qual há distinção de cargas e responsabilidades processuais às partes, restando ao juiz manter-se inerte e alheio ao processo, com função restrita de controle dos atos produzidos, exame das provas e prolação da sentença. Entretanto, há uma quarta parte, igualmente alheia: a autoridade policial.

No Brasil, a polícia judiciária não está subordinada ao Ministério Público, a parte acusadora por excelência. A polícia é um órgão autônomo cuja finalidade é o esclarecimento da notícia-crime que chegue ao seu conhecimento e zelar pela segurança pública. A pretensão acusatória e busca de punição é tarefa do Parquet, não dela.

Portanto, tão-somente, a elucidação de um fato, em tese, criminoso, deve ser o norte da investigação policial, apesar de suas características oriundas de outra era constitucional, balizada em valores distintos dos atuais, e não a punição do responsável. Não havendo rito a seguir, deve a autoridade policial zelar pelos ditames constitucionais e legais para que seus atos possuam valor processual e não obstaculizar a tarefa a ser realizada pelo Ministério Público, sob de se anular todo o trabalho feito.

O valor probatório do inquérito policial e a admissibilidade das provas ilícitas produzidas ainda são questões polêmicas em nossa legislação, mesmo com o advento da Lei nº 11.690/08, a qual previu casos de relativização da vedação da prova ilícita no processo penal brasileiro. Porém, tais teorias foram construídas sobre bases jurídicas muito distintas da brasileira, o que obriga nossos tribunais a aplicarem-nas com maior zelo, mas sem se olvidar dos valores que regem o nosso ordenamento jurídico.

Infelizmente, o que tem se vislumbrado no Brasil é a vulgarização e a relativização dos dispositivos legais pelo Poder Judiciário, sem a utilização de critérios

fixos e com precária fundamentação jurídica, convalidando-se atos claramente irregulares, fazendo-se uso de (velados) discursos punitivistas, em expressa oposição aos fundamentos de um processo penal constitucional⁶³.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 3, n. 12, p. 162-200, out./dez. 1995.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 4. ed. reest. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FELDENS, Luciano. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. 2010. 637 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

GUEVARA, Juan Burgos Ladron. *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*. Madrid: Civitas, 1992.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. I.

PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica*. São Paulo: Almedina, 2010.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal: indagações, doutrina, jurisprudência, prática*. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova ilícita. In: *Direito & Justiça*. Porto Alegre, v. 35, n.2, p. 97-198, jul./dez.2009.

⁶³ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 59-60.