

Fernanda Freixinho



## Questão de Justiça

ff@freixinho.adv.br

### Limitações democráticas à prova no processo penal

**A** matéria atinente à prova no processo penal ainda suscita muitos questionamentos. Prova é o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa deduzidos pelas partes. Tem como principal finalidade o convencimento do juiz. As partes são destinatárias indiretas das provas a fim de que possam aceitar a decisão final como justa.

A nossa constituição ao eleger pelo menos em tese o modelo acusatório fez a opção pela verdade formal ou processual, uma vez que a verdade real é incompatível com o sistema em questão, estando associada ao sistema inquisitório. A verdade é aquela construída no processo com base nas provas colhidas desde que legalmente válidas.

No sistema inquisitório o juiz atua como gestor da prova, tendo atividades instrutórias e, por tal motivo, esse sistema pode ser orientado pela verdade real.

Nosso modelo em tese seria o acusatório, embora tenha resquícios do sistema inquisitorial, sendo certo que veda a utilização de provas ilícitas, provas que atentem contra a dignidade da pessoa humana, denotando assim que orienta-se a busca da verdade eticamente construída.

Não há verdade real em um processo constitucional, pois a busca de tal verdade certamente irá contaminar o julgador que perderá a necessária imparcialidade, ao gerir e produzir prova.

Contudo, o Código de Processo Penal mesmo após a reforma ainda tem diversos resquícios do sistema inquisitório, v.g. art. 156 (inconstitucional), onde o juiz todo poderoso pode produzir prova de ofício (sem provocação das partes) em clara afronta à Constituição.

O juiz deve ser um terceiro totalmente desinteressado e não pode proceder à pesquisa e colheita de material probatório, sob pena de ter sua imparcialidade em xeque.

Se esgotada a atividade das partes restar qualquer dúvida, a absolvição impõe-se, não pode o juiz produzir prova para a condenação, sob pena de ferir a sua imparcialidade e a isonomia.

Para que a prova seja válida ela deve respeitar o devido processo legal. Por tal motivo a teoria geral das provas é regida por determinados princípios constitucionais e infra-

constitucionais, sendo importante destacar o princípio da Liberdade da prova. De acordo com o princípio em questão o juiz é livre, porém a procura da verdade tem limites éticos e em princípios constitucionais de proteção à pessoa humana. Todavia tem limitações: como prova de estado civil (tem que ser na esfera cível), questões prejudiciais (bigamia, e.g. se o sujeito alega que o primeiro casamento é nulo), crime falimentar, segredo profissional, provas ilícitas.

Em decorrência das limitações ao direito de prova é importante destacar o princípio constitucional da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas. As provas ilícitas são vedadas, nessa categoria se encontram todas as invasivas, DNA, alcoolemia, feitas contra a vontade do réu.

A doutrina estabelece a distinção entre provas ilícitas e ilegítima sendo a primeira obtida com violação à normas de direito material e a segunda de direito processual.

Um exemplo de prova ilícita citado pela doutrina são os Mandados genéricos para entrar em várias casas de uma favela, tendo em vista que o mandado deve obedecer as formalidades legais e ser determinado.

A nossa legislação veda também as provas ilícitas por derivação (Teoria dos frutos da árvore envenenada – os vícios da planta transmitem-se aos frutos - Suprema Corte norte-americana) nos termos do §1 do art. 157 do Código de Processo Penal. De acordo com essa teoria toda prova que derive de prova ilícita restaria igualmente contaminada e, portanto, não seria válida.

Costuma ser discutido em matéria de prova ilícita a proporcionalidade (razoabilidade), onde deve ser colocado na balança os bens jurídicos em questão e ser analisado qual deve ter o peso maior. A prova ilícita pro reo, ou seja em favor do réu, deve ser aceita, em decorrência do estado de necessidade justificante que exclui a antijuridicidade da conduta, o que equivale a dizer que não há crime.

Por outro lado, a Proporcionalidade pro societate, ou em favor da sociedade, deve ser repudiada. De acordo com tal corrente, mesmo a prova sendo ilícita deverá ser aceita em prol da sociedade, em especial, para combater a criminalidade organizada.

Além disso, devemos levar em conta também o princípio da Dignidade da pessoa humana, sendo certo que a busca da verdade não pode implicar na adoção de meios de prova que atentem contra a dignidade (ex. intervenções corporais).

Assim, o tipo de prova que é aceito em termos processuais em cada País denota o tipo de sistema utilizado e o regime. Em um estado democrático, não pode ser aceito qualquer tipo de prova, caso viole direitos subjetivos dos cidadãos. Nestes termos é necessário que nossa legislação infra-constitucional avance no sentido de serem efetivamente resguardados os direitos constitucionalmente assegurados.

**Em um estado democrático, não pode aceitar a prova, caso viole direitos subjetivos dos cidadãos. Nesse caso é necessário o avanço na legislação**