

A PROVA ILÍCITA NO CPPM EM FACE DAS NOVAS ALTERAÇÕES DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL COMUM

Cícero Robson Coimbra Neves

1º Ten PM servindo na Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especializando em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra.

1. Introdução

Como do conhecimento de todos, recentemente, o Código de Processo Penal comum passou por uma reformulação no que concerne à disciplina das provas (Lei n. 11.690 de 9 de junho de 2008), sendo interessante observar que, como sói acontecer, o legislador olvidou-se da legislação processual penal castrense.

Ocorre que a matéria alterada é de fundamental importância para o processo penal militar, porquanto trata da relativização das provas obtidas por meio ilícito, aplicando-se ao preceito constitucional inscrito no inciso LVI do art. 5º o princípio da proporcionalidade.

Mais uma vez, pela repudiável indiferença do legislador em relação ao crime militar e sua persecução, somos obrigados a analisar a norma posta e fazer alguns comentários com o escopo de diminuir as disparidades desnecessárias entre os dois sistemas apuratórios.

2. Provas, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório

Nos dizeres de Grinover, Cintra e Dinamarco, prova, no sentido processual, constitui o “instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”¹, é, como diziam as Ordenações Filipinas “o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões”².

O estudo da prova, no processo penal, insere-se no estudo da garantia do devido processo legal (*due process of law*), que tem respaldo constitucional, inovando a atual Constituição em relação às anteriores ao referir-se expressamente à cláusula no inciso LIV, do art. 5º.

Nas precisas palavras de Alexandre de Moraes, o devido processo legal, que tem como seus corolários a ampla defesa e o contraditório, “configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal)”³.

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 371.

² Idem, ibidem, citando o Livro III, Título 63 das Ordenações Filipinas.

³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105

Assim, pode-se dizer que a produção de prova, antes de ser um meio de demonstração da veracidade dos fatos, é um direito que assiste à acusação, que por óbvio também, em seu mister, tem a possibilidade de produção das evidências necessárias, e principalmente à defesa, que terá a adequada calibragem de armas pelos corolários do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

A ampla defesa, urge definir resumidamente, consiste no “asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”⁴. Note-se que em alguns casos, o contraditório no processo será diferido, ou seja, em casos de medidas urgentes para a constituição da prova, por exemplo, o juiz pode promover o ato *inaudita altera pars*, mas deverá também providenciar que, *a posteriori*, a parte ausente ao ato possa atacá-lo convenientemente, garantindo a paridade de armas.

Em outros termos, a ampla defesa refere-se às possibilidades amplas de produção de provas no processo, limitadas apenas pelo desenho da ilicitude traçado pelo Direito. Contraditório, por sua vez, diz respeito à oportunidade paritária de manifestação acerca de determinada prova produzida, caracterizado pelo binômio conhecimento e reação, ou seja, conhecer o que foi produzido pela parte oposta e reagir ao que foi produzido⁵.

Deve-se assinalar, todavia, que à amplitude de defesa, também corresponde, para alguns, uma amplitude de acusação, ou seja, o órgão acusador e a polícia judiciária (comum ou militar) – deve-se sempre ter em mente que a polícia judiciária não é órgão de acusação, portanto, não deve se preocupar com a produção de provas para que o acusado seja condenado, e sim com a produção de provas para a demonstração da verdade, seja ela do cometimento da infração penal ou não –, têm a possibilidade de produção ampla de provas, desde que em Direito admitidas. Da mesma forma, no processo instalado, a regra é a de que o juiz (ou conselho de justiça, possível nos casos de crimes militares), equidistante das partes, deve garantir a manifestação paritária de acusação e defesa, assegurando o contraditório. Por óbvio, a defesa merece maior cuidado nessa relação dialética, vez que, ao contrário da acusação em sua tese, não dispõe de um aparato oficial para a demonstração de sua antítese, sendo necessário, no Estado Democrático de Direito, que os poderes da acusação conheçam claros limites, o que leva setor doutrinário a negar a existência de uma garantia de ampla acusação.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106.

⁵ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63.

3. Provas ilegais

A colheita e a produção de provas, que podem ser testemunhais, documentais ou periciais, sofrem também uma disciplina constitucional. O inciso LVI do artigo 5º da Carta Política dispõe que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Obviamente, em não podendo ser utilizadas no processo, a prova ilícita produzida no curso da polícia judiciária militar é também uma prova maculada, portanto deve ser evitada e, se produzida, deve ser, de regra, extirpada, sem prejuízo da responsabilização criminal, civil e administrativa daquele responsável por sua colheita (ou produção).

Ocorre que a Constituição refere-se a prova produzida por meio ilícito como inadmissível no processo. Mas não o faz em relação à prova ilegítima, outra espécie de prova ilegal, que trata-se de situação sujeita à disciplina das nulidades e não, necessariamente, será desentranhada dos autos.

As provas ilegais podem ser divididas em provas ilícitas e provas ilegítimas. As primeiras são aquelas produzidas com afronta a regras de direito material, aviltando uma garantia ou direito consagrado. Por exemplo, pela “Lei Maior”. As ilegítimas, por seu turno, compreendem as provas produzidas com afronta a uma regra legal adjetiva, de ordem formal e não material.

Como poucos o fazem, Scarance de forma bem clara e precisa, assim dispõe sobre o assunto:

“Com apoio em terminologia de Nuvolone, adotada por Ada Pellegrini Grinover, pode-se afirmar que a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção. Haverá prova vedada em sentido relativo quando, embora admitido o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades. A violação de uma vedação será sempre ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo. Em síntese, a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual.

(...)

A tendência atual é no sentido de vedar a produção da prova ilícita, vista como prova obtida com violação a garantia ou direito fundamental estabelecido na Constituição, mas há forte inclinação para se admitir a aplicação, no caso, concreto, e em circunstâncias especiais do princípio da proporcionalidade”⁶.

⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo:RT, 2007, p. 90-2.

Como exemplo dessa dicotomia, tome-se a seguinte situação: em um inquérito policial-militar, um encarregado, aplicando erroneamente o disposto no art. 176 do CPPM, que não foi recepcionado em sua totalidade pelo inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, determina uma busca domiciliar sem a expedição de mandado por autoridade judiciária, encontrando objetos, ligados ao delito apurado, que devem ser avaliados, procedendo o encarregado, em seguida, a nomeação de um perito, não pertencente ao órgão oficial do Estado (Instituto de Criminalística, por exemplo), para a avaliação, tratando-se de um sargento; note-se que o art. 318 combinado com o art. 48 do CPPM dispõem que os peritos devem ser nomeados, sempre que possível, em número de dois e dentre oficiais da ativa, atendida a especialidade⁷; para que o exemplo fique adequado, devemos supor que era possível a nomeação de dois oficiais para a perícia, não o fazendo o encarregado, por não conhecer a imposição legal. Teríamos, no primeiro caso, a busca e apreensão com violação de domicílio fora das hipóteses constitucionais, uma prova ilícita, enquanto no segundo, a nomeação equivocada de peritos, uma prova ilegítima.

No exemplo citado, no entanto, mesmo a prova ilegítima – a perícia de avaliação procedida por apenas um perito sargento –, não poderá ser utilizada, por ter decorrido da apreensão em busca que constituiu prova ilícita. É, em outros termos, uma prova ilícita por derivação, aplicando-se a teoria dos frutos da árvore venenosa (*the fruit of poisonous tree*), cunhada pela primeira vez pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Nardone vs US*, em 1939, cujo raciocínio básico é o de que uma árvore contaminada não pode produzir bons frutos, imaculados.

As provas ilícitas por derivação, portanto, consistem provas “em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida”⁸.

Ocorre que a inadmissibilidade da prova ilícita, direta ou por derivação, tem sofrido uma relativização em face do princípio da proporcionalidade, o que passaremos a discorrer a seguir.

4. Prova ilícita e a aplicação do princípio da proporcionalidade

Para iniciar a argumentação acerca da relativização, importante, desde a primeira linha, trazer o raciocínio de Scarance, na seguinte ordem:

“Encontram-se no direito comparado, conforme esclarecem Grinover, Scarance e Magalhães, limitações à teoria dos frutos da árvore envenenada, tais como as limitações da *independent source* e da *inevitable discovery*, ‘excepcionando-se da vedação probatória as

⁷ Como se sabe, com o advento da Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, a perícia, nos termos do art. 159 do CPP, quando realizada por perito oficial, ou seja, de órgão oficial de perícia do Estado, pode ser realizada por apenas um perito. Apesar de essa lei não ter alterado o CPPM, a compreensão deve ser a mesma, ou seja, se, por exemplo, no curso de um IPM o encarregado solicitar uma perícia ao Instituto de Criminalística, o laudo virá lavrado por apenas um perito. Contudo, em se tratando de perícia por órgão não oficial, a nomeação deve recair ainda sobre dois peritos, em observância à Súmula 361 do STF.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e FILHO; Antonio Magalhães Gomes. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2007, p. 163.

provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito, ou quando as provas derivadas da ilícita pudessem ser descobertas de outra maneira”. No Brasil, em projeto apresentado pelo Ministério da Justiça no ano de 2000, são previstas tais limitações⁹.

Nas linhas do autor, de sua obra de 2007, percebe-se que há uma relativização da inadmissibilidade no que se refere à prova ilícita por derivação, apontando, ademais, existir projeto de lei que iria transpor essa realidade, já aceita em certa medida pela jurisprudência, para a legislação processual. O projeto de lei, há que se ressaltar, vingou no ano de 2008, quando a Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, deu a seguinte redação ao art. 157 do CPP:

“157 - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”

Claramente se percebe que o princípio da proporcionalidade, que informava o direito comparado, a doutrina e a jurisprudência, aportou na legislação. Na verdade, a lei foi até mais inovadora, posto que, primeiro, consagrou expressamente na legislação infraconstitucional a inadmissibilidade da prova ilícita e, segundo, mencionou, também expressamente, a prova ilícita por derivação.

Entretanto, o atento leitor perceberá que a relativização foi expressa apenas para a prova ilícita por derivação, não havendo menção expressa à prova produzida diretamente por meio ilícito.

Obviamente, também nessa espécie, tem-se mostrado útil o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, Grinover, Scarance e Magalhães muito bem assinalam:

“A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por

⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo:RT, 2007, p. 96-7.

outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade”¹⁰.

Certamente, a adoção cega da inadmissibilidade, mesmo da prova diretamente ilícita, poderia levar a injustiças absurdas. *In exemplis*, imaginemos um acusado de prática de homicídio que possui, como única prova de sua inocência, uma interceptação telefônica clandestina, colhida sem autorização judicial. Seria correto, vindo essa prova inquestionavelmente ilícita aos autos, proceder seu desentranhamento e condenar o réu? Obviamente que não! Deve-se, portanto, aplicar a proporcionalidade nessa inadmissibilidade.

A prova ilícita *pro reo*, aliás, desfruta de unânime aceitação doutrinária, em observância ao princípio do *favor rei*¹¹.

Surge, entretanto, o questionamento acerca da possibilidade de o acusado no processo, ao produzir uma prova ilícita que constitua outro delito, responder por esse fato. Em outros termos e aproveitando o exemplo da interceptação telefônica, poderia aquele que produziu a prova ilícita para sua defesa, responder pelo delito capitulado no art. 10 da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996? Também há consenso de que não há crime na atitude do acusado, porquanto estaria sua conduta amparada por excludente de antijuridicidade, a saber, a legítima defesa¹². Por outro lado, a prova ilícita pro acusação, não é admitida, obviamente.

5. Reflexos da alteração do CPP na persecução do crime militar

Partindo agora para a razão deste brevíssimo estudo, há um outro problema com a inovação legislativa citada, qual seja, como tem se tornado comum, esqueceu-se ela de alterar a legislação processual penal militar, *i.e.*, a alteração não ocorreu no CPPM, mas apenas no CPP, donde surge a indagação de como tal matéria deve ser encarada no âmbito das Justiças Militares.

Inicialmente deve-se lembrar que o art. 295 do CPPM dispõe que é admissível, nos termos do Código, *qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares*. Consagra-se, assim, o princípio da liberdade da prova, que ao lado dos princípios da busca da verdade real e do livre convencimento do juiz, fixa a tríade reitora da disciplina das provas no processo penal.

Note-se que a lei processual penal militar não se refere à prova ilícita, o que poderia ter sido sanado se a Lei n. 11.690/08 lembrasse do Código Processual Castrense.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2007, p. 161.

¹¹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2007, p. 162.

¹² Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2007, p. 162.

Na omissão da lei processual penal militar, no entanto, devemos buscar uma solução plausível para os problemas acerca da matéria que nos são apresentados.

Nesse mister, pensamos que a disciplina da prova ilícita deve guardar semelhança com o que já era discutido no Direito Processual Penal comum antes das alterações legislativas, ou seja, com as devidas correções, o artigo 295 do CPPM deve sofrer uma releitura, segundo a qual são inadmissíveis no processo penal militar – e, é claro, também no procedimento de polícia judiciária militar – a prova obtida, diretamente ou por derivação, por meio ilícito, nos termos do inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal. Todavia, essa inadmissibilidade deve ser temperada pelo princípio da proporcionalidade, também podendo ser usadas as provas ilícitas diretas ou por derivação – apenas *pro reo*, frise-se bem –, utilizando-se dos mesmos critérios hoje vigentes na legislação processual penal comum.

Essa possibilidade, ressalte-se, não se trata de mera permissibilidade doutrinária, mas encontra respaldo na alínea “a” do art. 3º do próprio Código de Processo Penal Militar, que permite, nos casos omissos do CPPM, a aplicação da legislação de processo penal comum, desde que isso não importe em prejuízo da índole do processo penal militar, o que afigura-se perfeitamente ao caso em estudo.

6. Conclusão

Dia após dia, percebe-se um descompasso entre a legislação penal comum e militar, tanto material como processual. Esse descompasso, em grande monta, senão totalmente, deve-se a uma odiosa prática legislativa que costumeiramente idealiza soluções para lei penal comum, olvidando-se da lei penal militar.

Em face dessas disparidades, cabe-nos apenas, sob os mais efusivos protestos, tentar aproximar as duas legislações, naquilo que não afronta as peculiaridades intangíveis do Direito Castrense, lançando mão de técnicas de interpretação nem sempre bem aceitas.

Esse é exatamente o caso da disciplina das provas ilícitas no CPPM que, por mais uma desastrosa técnica legislativa, não conheceu, pela recente alteração do CPPM, inovações importantes trazidas ao mundo jurídico à norma posta, fazendo presente uma visão já defendida pela doutrina e jurisprudência dominantes.

Todavia, parece-nos óbvia a possibilidade de aplicação dos novos postulados aos procedimentos e processos atrelados à persecução do crime militar, havendo, inclusive, respaldo no próprio Código Processual Castrense para essa aplicação supletiva, conforme demonstrado, o que esperamos seja, senão seguido, ao menos debatido pelos atores do Direito Penal Militar, substantivo e adjetivo.