



## **10º Congresso de Pós-Graduação**

### **DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROVA ILÍCITA. UMA NOVA PERSPECTIVA**

#### **Autor(es)**

---

EDUARDO ALBERTO PINCA

#### **Co-Autor(es)**

---

ROBSON GONÇALVES DE OLIVIEIRA

#### **Orientador(es)**

---

RICHARD PAE KIM

#### **1. Introdução**

---

O trabalho aborda inicialmente a questão dos direitos fundamentais e sua parte histórica. A discussão central está na obra do Professor Robert Alexy, ressaltando-se a diferença entre regras e princípios. Num segundo momento será abordado o tema da prova no Processo Penal, e, em especial a prova ilícita. Nesse entrelaçamento de temas ressaltamos a Teoria da Proporcionalidade, advinda do Direito Alemão, em razão da Teoria dos Direitos Fundamentais, e sua influência na Teoria da Proporcionalidade no âmbito do Processo Penal brasileiro. O trabalho propõe a implantação do Juizado de Instrução Criminal Preliminar, em substituição ao inquérito policial, visando a plena aplicação da Teoria da Proporcionalidade em crimes considerados graves. O tema é relevante tendo em vista pretender implementar no Processo Penal brasileiro maior agilidade no seu desenvolvimento e finalização, assim como, que a fase inicial da colheita da prova seja feita com a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, perante uma autoridade judiciária. Outra questão importante refere-se a aplicação da Teoria da Proporcionalidade pelo Juizado de Instrução Criminal, permitindo ao Juiz de Direito o sopesamento das provas produzidas na fase inicial, e dos direitos e interesses em jogo, principalmente quando da produção de uma prova inicialmente rotulada como ilícita, a qual dependendo dos direitos em conflito, poderá ser considerada pelo Juiz na sentença.

#### **2. Objetivos**

---

O objetivo do trabalho é uma proposta de reforma da legislação processual penal que encontra-se em vigor, a qual data de 1941, e que necessita ser revista. Assim sendo, através da implementação do Juizado de Instrução Preliminar seria possível a colheita da prova de um crime, por uma autoridade judiciária e com obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Essa colheita feita, em regra, logo após ao acontecimento dos fatos com respeito das garantias constitucionais, ofereceriam um caráter de prova judicial, possível de conduzir a uma condenação sem a necessidade de repetição anos mais tarde, como ocorre atualmente. O outro objetivo é proporcionar decisões judiciais com maior grau de legitimidade e justiça, podendo haver, por parte da autoridade judiciária um juízo de sopesamento das provas produzidas, e desta forma, validar uma prova inicialmente tida como ilícita. Em casos graves, listados anteriormente no Código de Processo Penal poderia haver, na produção da prova, um sopesamento de direitos e interesses em conflito, e, conforme o caso, a autoridade judiciária poderia validar uma determinada prova que conduzisse a verdade dos fatos. Outro objetivo é proporcionar decisões judiciais com maior grau de legitimidade e justiça, podendo haver, por parte da autoridade judiciária, um juízo de sopesamento das provas produzidas, e desta forma validar uma prova inicialmente tida como ilícita. Sabemos

de processos que tramitam por anos na justiça, e quando da sentença final, há o reconhecimento de uma ilicitude feita no início da apuração, a qual causa a nulidade total do processo. Outros casos, interceptações telefônicas revelam toda uma trama de crimes, sendo que, ao final essas provas são reconhecidas como ilícitas, e todo o processo é anulado, havendo a absolvição de infratores da lei penal. Esta situação gera o sentimento social da "impunidade". Em casos graves, previstos anteriormente no Código de Processo Penal, haveria um sopesamento dos direitos e interesses em conflito, e o caso seria analisado por uma autoridade judiciária, a qual, poderia permitir a validade desta prova, havendo o recurso cabível, porém, com o transito em julgado da decisão, a questão seria resolvida em um espaço de tempo menor que o gasto no rito atual.

### **3. Desenvolvimento**

---

O trabalho foi desenvolvido pela leitura e entendimento da obra do Professor Robert Alexy, considerando-se os reflexos de seus ensinamentos com relação a Teoria dos Direitos Fundamentais no Processo Penal brasileiro, em especial na Teoria da Proporcionalidade. Foram realizadas pesquisas nas obras da doutrina nacional, bem como, foram feitos debates e discussões entre os autores do artigo, os quais exercem suas funções como Delegados de Polícia há mais de dez anos na Polícia Civil do Estado de São Paulo.

### **4. Resultado e Discussão**

---

A discussão inicial dos autores concentrou-se na opção de manter-se o sistema atual, com o inquérito policial sob a responsabilidade da autoridade policial, ou a opção de um procedimento diverso. Questão muito debatida foi a necessidade de se refazer as oitivas das partes, das testemunhas e do interrogatório do autor do crime, em juízo, e todo o desgaste emocional que isto vem a causar para os envolvidos. Outro ponto debatido foi que, em regra, os depoimentos são refeitos em juízo anos depois de colhidos na fase do inquérito policial, e muitas vezes os fatos são esquecidos, pois é comum a oitiva de partes e ou testemunhas dois ou três anos depois de sua primeira oitiva na fase inquisitorial. O raciocínio usado é que a prova deve ser colhida o mais perto possível da ocorrência do crime, pois as lembranças do ocorrido estão na memória de cada um dos envolvidos, os vestígios estão no local crime, enfim as provas seriam analisadas sob o contraditório. Também foi intenso o debate na possibilidade de uma prova ilícita, que venha a revelar a verdade dos fatos, poder ser considerada válida para a condenação do infrator penal. A primeira assertiva foi que a autoridade judiciária seria a responsável por fazer esse tipo de sopesamento em delitos graves, previamente definidos pela legislação, e não haveria a possibilidade de sopesamento quando houvesse o uso da tortura para a confissão de algum fato.

### **5. Considerações Finais**

---

Conclui-se que é necessário um reavivamento das discussões com um amplo debate sobre o tema, assim como, são imperiosas as mudanças na legislação brasileira, a qual está desatualizada. O trabalho é finalizado com a proposta da implementação, no ordenamento jurídico brasileiro, do Juizado de Criminal de Instrução Preliminar, em substituição ao inquérito policial atual, com a possibilidade da aplicação da Teoria da Proporcionalidade pela Autoridade Judiciária respectiva.

### **Referências Bibliográficas**

---

ALEXY, Robert. - Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª edição, São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2008. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 16ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarence. As nulidades no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. BONFIM, Edilson Mougout; Curso de Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2007