

A PROVA ILÍCITA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E SEUS REFLEXOS NA ATIVIDADE POLICIAL

THE ILLICIT PROOF IN BRAZILIAN JURISPRUDENCE AND ITS REFLECTIONS ON POLICE ACTIVITY

SOARES, Klevistainy Morgann ¹
DE SOUZA, Danilo Victor Nunes ²

RESUMO

O presente estudo buscou delimitar e definir o conceito de provas ilícitas. Mostrou-se o entendimento que se têm acerca da ilicitude de provas é amplamente relativo, ou seja, as provas que seriam coletadas sem o consentimento da Justiça poderiam ser admitidas no conjunto probatório, dada a gravidade e a notoriedade o caso. A doutrina da árvore envenenada foi vital para entender-se e caracterizar-se a atuação do policial militar na coleta de provas, pois se a coleta fosse realizada na ilegalidade, as provas também seriam consideradas ilegais. A complementação dos argumentos dispostos neste presente artigo foi feita através do rico acervo jurisdicional da Suprema Corte do Brasil, juntamente com o trabalho de eminentes magistrados e figuras do Direito nacional. Para tanto, ficou demonstrado que, as provas ilícitas podem sim ser vistas sob uma ótica relativa como também podem ser admitidas em instrução criminal, mesmo sendo coletados pelo policial militar.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Coleta de provas. Policial Militar. Jurisprudência.

ABSTRACT

The present study sought to delimit and define the concept of illegal evidence. It has been shown that the understanding of the unlawfulness of evidence is largely relative, that is, the evidence that would have been collected without the consent of the court could be admitted to the probative set, given the gravity and notoriety of the case. The doctrine of the poisoned tree was vital to understand and characterize the military police's role in collecting evidence, because if collection were carried out illegally, the evidence would also be considered illegal. The complementation of the arguments set forth in this article was made through the rich jurisdictional approach of the Supreme Court of Brazil, together with the work of eminent magistrates and national law figures. In order to do so, it has been demonstrated that illicit evidence can be seen from a relative point of view, but can also be admitted to criminal investigation, even though it is collected by the military police.

¹ Aluno do Curso de Formação de Praças do Comando da Academia da Polícia Militar – CAPM, klevistainy@hotmail.com; Porangatu – GO, Março de 2018.

² Professor-orientador: Especialista, professor do Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás CAPM, depolpcgo10924@gmail.com, Porangatu – GO, Março de 2018.

Keywords: Illicit proff. Evidence gathering. Military police. Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal é uma das mais antigas instituições públicas do país. É incumbido a esta instituição o zelo pelas leis da República e sobretudo, pelo cumprimento irrestrito dos princípios constitucionais. Compete a esta Suprema Corte analisar ações de constitucionalidade, de inconstitucionalidade, recursos extraordinários e entre outras possíveis ações judiciais (art. 5º e 6º, Regimento Interno do STF, 2017).

Em um processo penal, as provas são fatos ou evidências que confirmam a veracidade dos fatos e a realização de determinado ato delituoso. Assim sendo, a aceitação de provas é o fator norteador de todo o trâmite processual, pois é através delas que o ato delituoso pode ser visto, investigado e julgado de modo global. As provas evidenciam o ato praticado pelo agente delinquente e acima de tudo, pondera as ações realizadas pelos indivíduos envolvidos no ato criminoso (CAGLIARI, 2001).

Será apresentado ao longo do artigo a atuação da Polícia Militar frente a coleta de provas. Pretende-se complementar os dissensos e os argumentos opostos acerca desta atuação, pois é importante que a atuação do policial militar seja considerada irrepreensível e legítima. A Doutrina da *Árvore Envenenada* expõe que se a coleta de provas for realizada na ilegalidade, as provas extraídas desta coleta também carregarão consigo a ilicitude, não podendo ser utilizadas em instrução criminal (CAGLIARI, 2001).

A complementariedade de dissensos será realizada a luz da jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Existe um grande acervo de decisões históricas que refletem o exemplo colocado acima: a definição e a validade das provas tidas como ilícitas em instrução criminal, e a atuação do policial militar frente a coleta das mesmas.

A visão da *Doutrina da Árvore Envenenada* juntamente com os princípios constitucionais devem ser analisados sob a luz da razoabilidade, pois o policial não deve ficar à mercê da criminalidade, mas devem sim realizar o descobrimento de práticas criminosas e por conseguinte, desmantelá-las, impedindo sua continuidade.

O Supremo Tribunal Federal é a mais alta instituição judiciária do país e, para tanto, esta Suprema Corte não se exime de analisar e julgar toda e qualquer prática que não se coadune às leis da República. É composto por 11 ministros, sendo brasileiros natos e com idades entre 35 e 60 anos, além de possuírem uma carreira jurídica ilibada (art. 101 e 102, CF).

Como forma de reforçar as premissas contidas neste presente artigo, utilizou-se grandemente as decisões e os argumentos proferidos pelos ministros do STF. As decisões foram pesquisadas e coletadas via meio eletrônico através do site do Supremo Tribunal Federal. O download de parte do acervo jurídico do STF foi feito sob forma de arquivo PDF. Entre estas decisões – referentes à utilização de provas ilícitas - podem ser encontradas: Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC), Recursos Extraordinários (RE), além de pedidos de *Habeas corpus* (HC). A pesquisa ao acervo do Supremo Tribunal Federal se deu nas decisões proferidas pelos ministros entre os anos de 1997 à 2013.

A disposição das decisões dos ministros do STF (sob forma de citações) não foi feita de modo cronológico. As decisões foram inseridas de modo aleatório e gradual ao longo do trabalho. As citações apenas reforçam a ideia principal contida neste artigo.

Como complementação, trabalhos produzidos por demais especialistas no âmbito do Direito também foram devidamente apresentados. Usou-se diversos artigos e monografias disponibilizados pelos sites das respectivas instituições, sendo que todos os arquivos estavam em PDF.

Por fim, o conjunto de pesquisas permitirá elucidar e explanar a visão de ilicitude de provas, além de expor a definição e complementação às atividades (ostensiva e coercitiva) desenvolvidas pelos policiais militares. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal expôs inúmeras decisões referentes a ilicitude de provas, decisões estas que foram importantes para delimitar a atuação dos agentes públicos, além dos critérios para a aceitação de provas.

2 REVISÃO DA LITERATURA

O termo “prova” tem seu sentido etimológico que remete à palavra latina “*probatio*”, que significa “demonstrar”, “arguir” e “defender”. Conforme alude Rangel (p. 413, 2005), prova seria “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes do fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”.

Sendo assim, a utilização de conteúdo probatório no processo penal é de suma importância na garantia dos direitos individuais, prescritos e observados na Constituição da República, tal que esta garantia é denominada direito do contraditório, conforme se observa: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são

assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes³” (BRASIL, 1988).

No decorrer do processo investigatório e condenatório é dado ao réu o seu direito de contraditório, tal que, mediante a esta ação, haja o equilíbrio integral de interesses, no chamado processo litigioso. Entretanto, na análise das provas realizadas pelo órgão julgador é de especial interesse, a obtenção de provas que não advenham de meios ilícitos e que não tenham sobretudo, traços de ilicitude em sua essência (CAGLIARI, 2001). Há inúmeras divergências alavancadas por eminentes juristas e magistrados do Brasil que defendem e reiteram seus pontos de vista quanto à utilização de tais provas, especialmente argumentos provindos da Suprema Corte Nacional.

Por definição, as provas ilícitas são todo e qualquer tipo de fato ou de comprovação de delito obtido através de meios de tortura, de chantagem ou até mesmo, por meio de interceptações telefônicas realizadas por outrem ou pelo órgão responsável pela acusação (art. 5º, LVI, CF). O sistema judiciário brasileiro experimenta esta inconveniente dualidade, porém o Supremo Tribunal Federal lançou luz à questão através da decisão realizada em 18.12.1996⁴, em que determina o “trancamento de inquérito policial baseado em interpretações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ‘ilícitas’” (BRASIL, 1988).

A ilicitude de tais ações reside no fato de que estas provas desrespeitam também o direito da privacidade individual e entres outros princípios preponderantes da Constituição. A ilicitude das provas podem ser vistas sob variadas perspectivas, dependendo de certo modo, da hermenêutica da lei realizada pelo juiz, pois as provas obtidas mediante gravações ou registros telefônicos devem ser utilizadas pelo órgão julgador apenas em casos de extrema urgência ou gravidade, conforme disposto no artigo 156, I e II, do Código Processual Penal. Para tanto, é da competência do julgador:

- I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
- II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

³ Art. 5, Constituição Federal, 1988.

⁴ Ação direta de inconstitucionalidade, ADI 1289, DJ 29-05-1998. Rel. Min. Octavio Galotti.

2.1 A COLETA DE PROVAS REALIZADA PELO POLICIAL MILITAR: ATO LÍCITO OU ILÍCITO?

Merece destaque como forma de complementar a visão geral deste presente artigo, a análise de ilicitude contida na coleta de provas realizada pela Polícia Militar. Existe na Literatura grande conjunto de estudos e demais trabalhos que arguem contra ou a favor desta prática. Cabe então citá-los e por fim, complementá-los sob a ótica jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

A coleta primária de provas é realizada pelos policiais civis (responsáveis pela investigação), entretanto existem casos amiúdes em que, policiais militares (responsáveis pelo policiamento ostensivo e preventivo, bem como pela manutenção da ordem pública) estariam distorcendo ou viciando as provas relacionadas à prática criminosa, tornando-as deste modo, ilícitas, pois tão somente sua coletada foi realizada de modo incorreto, como também sua essência está dissolvida na ilicitude (CARVALHO, HC; CARVALHO, TM, 2011).

Para Sannini Neto (2013), a atuação da polícia militar não deve extravasar o âmbito imposto pela Constituição, pois desta maneira os policiais poderiam estar cometendo crime de usurpação de função pública. Reitera ainda que as atividades da Polícia Militar devem ter caráter ostensivo e não investigativo, como se vê em alguns casos atualmente. Pela Doutrina da *Árvore Envenenada* a ilicitude da ação perpetrada pelo policial militar (coleta de provas sem o consentimento de autoridade judicial), conduz de sobremaneira à ilicitude e à corruptibilidade das provas.

De acordo com art. 4º do Decreto nº660 de 26 de Setembro de 2007, do Estado de Santa Catarina:

É vedado à polícia militar quaisquer atos de Polícia Judiciária, dentre os quais apuração de infrações penais, pedidos de mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, escuta de ambiente e representações de prisões temporárias e preventivas, bem como, cumprimento de mandados de busca e apreensão, exceto, neste caso, por determinação judicial (SANTA CATARINA, 2007).

Portanto, para Sannini Neto (2013), a coleta de provas e conseqüentemente o trabalho investigativo, não devem se sobrepôr ao dever constitucional dos policiais militares: dever de manter a ordem pública. Montesquieu também arguiu contra esta prática em seu livro *“Do Espírito das Leis”* (1748), afirmando que os agentes públicos devem delimitar suas atuações apenas em suas esferas de poder, não devendo assim, interferir nas esferas de poder adjacentes.

Diferentemente do que já foi apresentado, Marchi & Sá (2016) são a favor da atuação investigativa realizada pela polícia militar e preveem que a coleta de provas pode ser sim

efetuada por policiais militares sem o consentimento dos órgãos judiciais, salvo em casos de extrema gravidade à deturpação da ordem pública.

Assim predizem Marchi & Sá: “As atividades de preservação da ordem pública, aliadas às policiais ostensivas, são realizadas de duas formas: preventiva, para resguardar a ordem pública em situação de normalidade, e, repreensiva visando o reestabelecimento desta ordem já turbada” (MARCHI & SÁ, 2016). Assim sendo, existe uma complementariedade entre a ação ostensiva e a ação investigativa, realizada sobre o pressuposto de promoção da ordem pública.

Deve haver sim, uma complementariedade da atuação *ostensiva e investigativa* realizada pelo policial militar, pois o policial não pode se eximir nem de sua responsabilidade constitucional, como também de sua responsabilidade de descobrir e dismantelar as práticas criminosas. Assim sendo, o policial militar não pode ser refém da criminalidade e da imposição autocrática da doutrina constitucional, que não é aplicada sob a luz da razoabilidade. A percepção de criminalidade vista pelo policial militar deve vir acompanhada da atuação competente e profícua do mesmo (SANTOS, 2009).

2.2 DEFINIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS CONFORME A JURISDIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na busca pela verdade e pelo zelo à justiça, é inerente à competência do juiz analisar e se inteirar de todo o conjunto probatório, pois “ninguém se exime do dever de colaborar com o poder judiciário para o descobrimento da verdade” (Art. 378, Código de Processo Civil). Nas mesmas disposições presentes neste Código, encontra-se o artigo 422, que faz alusão a aptidão das provas. Assim dispõe o art. 422 do Código de Processo Civil: “Qualquer reprodução mecânica, como fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de qualquer espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas...”.

Em linhas gerais, a licitude ou ilicitude das provas se funda na causalidade da ação a ser julgada. O conteúdo presente em provas ilícitas não é de todo modo ilícito, pois os fatos constituintes das mesmas podem ser fidedignos (*quaestiones factis*), entretanto o meio pelo qual elas foram coletadas estão embasadas em práticas ilícitas. Neste caso, os meios não justificam os fins.

Por conseguinte, deve-se aventar a possibilidade de que não apenas provas ilícitas poderão ser utilizadas em um processo penal, como também demais premissas que dela emanam. Estas premissas estariam figuradas sob o caráter de ilicitude, salvo em casos de grande notoriedade pública (art. 157, §1º, Código de Processo Penal). Estas provas são conhecidas

como provas ilícitas por derivação. De acordo com Avena (2009, apud HILLER; CHEROBIN; SILVA):

As provas ilícitas, que são obtidas mediante violação direta ou indireta da Constituição Federal e as provas ilícitas por derivação, que correspondem a provas que, enquanto lícitas em sua própria essência, tornam-se viciadas por terem decorrido exclusivamente de uma prova ilícita anterior. (AVENA apud HILLER; CHEROBIN; SILVA, p. 2.351, 2009).

Sob a visão do eminente ministro Nelson Jobim, as provas obtidas por vias ilícitas podem ser utilizadas - dadas as causas e a gravidade do delito cometido. Então prenuncia:

É lícita a gravação de conversas telefônicas feita por dois interlocutores, ou com autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminoso deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogos com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista (HC 75.338-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, 11.3.98).

Em consonância com o eminente ministro Jobim, o ministro Moreira Alves também ressalva sua opinião, assim dispondo:

Afasta a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se art. 5º, LVII da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna), (STF – 1ªT. – HC nº74.678-1 – Rel. Min. Moreira Alves – j.10.6.1997, p. 37.036).

Hodiernamente, com o impressionante volume de denúncias que envolvem desde pequenas contravenções até crime hediondos é extremamente útil lançar mão da utilização quer seja de interceptações telefônicas, como também de análises de extratos bancários, entre outros recursos que assim poderão ser dispostos em favor da justiça. Como enunciado por estes dois ilustres ministros da Suprema Corte Nacional (STF), é de extrema utilidade o rastreamento e escutas telefônicas como forma de coibir e anular quaisquer delitos que possam ser cometidos, utilizando como recurso de prova os meios de comunicação.

Como exemplo de ato ilícito, pode-se citar casos amiúdes em que, policiais militares (responsáveis pela ordem) estariam distorcendo ou viciando as provas relacionadas à prática criminosa, tornando-as deste modo, ilícitas, pois tão somente sua coletada foi realizada de modo incorreto, como também sua essência está dissolvida na ilicitude (CARVALHO, HC; CARVALHO, TM, 2011).

Cabe recordar que, *ubi fumos est ignis*⁵, e sendo assim, as provas obtidas por meios inconstitucionalmente ilícitos - mas que podem ser transfiguradas sob visão de licitude, são de certo modo, a “fumaça” do delito, pois dão nitidez à prática delituosa e urgem à ação célere da Justiça.

Existe uma teoria jurisdicional desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1920, que é chamada de “*Doutrina da árvore envenenada*” ou “*fruits of the poisonous tree*” (DEZEM, 2008)⁶. Ela faz menção à utilização de provas ilícitas por derivação, afirmando que, a utilização de provas que tenham sido viciadas – contaminadas – por práticas ilícitas não devem compor o conjunto probatório, pois um fruto contaminado tem a capacidade de contaminar todos os demais. Em seu voto, o Min. Eros Grau, reafirma que, “...eventuais vícios não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial em desconformidade com o art. 226, I, do CPP, não tem a virtude contaminante ao acervo probatório coligido na fase judicial” (HC 83.921, Rel. Min. Eros Grau, 1ªT. DJ de 27-8-2004).

Alguns juristas reafirmam e contrapõem-se quanto à utilização das provas derivadas de prova tidas como ilícitas. Muitos inteiram-se do fato de que em alguns casos, a matéria contida nestas provas seria descoberta de um meio ou de outro. Assim sendo, Grinover, Scarance e Gomes Filho (1998, apud CAGLIARI, 2001) arguem que,

...as provas derivadas das ilícitas poderiam de qualquer modo ser descobertas de outra maneira. [...] Isso significa que a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas se derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo (GRINOVER; SCARANCE; et al., 1998 apud CAGLIARI, 2001).

Para que provas tidas como “ilícitas” possam ser incluídas no conjunto probatório, devem ser antes de tudo averiguadas pelo órgão julgador, que será responsável por comprovar a validade e também a licitude das provas que serão utilizadas para a formação do Juízo. Deve-se reiterar que, a ilicitude de toda e qualquer prova não está estritamente em seu conteúdo, mas sim nos meios pelos quais foram produzidas.

De acordo com a Min. Cármen Lúcia, a averiguação das provas “coletadas” por outrem devem ser antes de tudo, analisadas com criterioso rigor pelo inquérito policial. “O STF assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligência realizada para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial” (HC 108.147, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE de 1º-2-2013).

⁵ Ditado popular que significa: “onde há fumaça há fogo”. Faz referência ao “acolhimento” de provas ilícitas e de suas derivadas como forma evidente de demonstrar a prática criminosa.

⁶ DEZEM, Guilherme Madeira, *Da Prova Penal*. São Paulo, 1ª ed. Editora Millenium, 2008, p. 82. Disponível em: <<https://annacgs.jusbrasil.com.br/artigos/152372876/provas-no-processo-penal>>.

O Princípio da Presunção de Inocência prenuncia que, todo indivíduo suspeito de realizar determinado delito é inocente até que tenha sido considerado culpado em processo transitado em julgado. Mediante provas de extrema gravidade e destaque, este princípio pode ser abandonado e dar lugar a prisão preventiva requerida pelo juiz do caso. Nota-se que a utilização de provas “ilícitas”, em alguns casos, se faz necessária dada a gravidade do caso, pois *bona est lex quis ea legitime utatur*⁷.

O ministro Celso de Mello, decano do Tribunal, também se manifesta reiterando em RE 251.445:

Assentadas tais premissas devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros ético-jurídicos só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado, (RE 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello, HC 82.788/RJ).

Como dito, compete apenas e, estritamente apenas, aos organismos judiciais e investigadores – encarnados pelo espírito da Justiça – o dever de investigarem e julgarem dados probatórios mediante petição de denúncia.⁸

A História é testemunha cabal de que a tortura e meios ilegais de obtenção de provas são e sempre serão “ilícitos”, corroborando assim os preceitos intransigentes da Constituição que do seguinte modo se exprimem: “[...] ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, Constituição Federal)⁹.

Como visto acima, o Supremo Tribunal Federal expõe que em casos de extrema notoriedade, as provas tidas como ilícitas podem sim ser convertidas em caráter de licitude. Da mesma maneira, a atuação dos policiais militares em casos de extrema notoriedade (casos em que existe desordem pública) pode sim ser desvinculada de sua restrição ostensiva e extravasar para uma atuação investigativa, como forma de coibir a ramificação da criminalidade. Assim sendo, as provas coletadas pelos mesmos poderiam ser utilizada como forma de instrução criminal, sem qualquer restrição à suposta ilegalidade da ação, ou a essência dos fatos.

O direito penal aprendeu que a verdade de um fato não emana da tortura, chantagem ou qualquer forma de negociação com o agente delituoso, mas sim aplicando recursos ou benefícios que pela lei forem dispostos.

⁷ “Boa é a lei se dela faz uso legítimo”. Frase recorrente no direito penal.

⁸ Constituição Federal, art. 129: I e VIII e §2º; art. 144: § 1º, I e IV e §4º.

⁹ Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10730955/inciso-iii-do-artigo-5-da-constituicaofederal-de-1988>>.

Rememorando a imortal frase do filósofo austríaco Hans Kelsen: “O mais famoso sonho da humanidade é o sonho por Justiça” (PADILHA JUNIOR, 2007).

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

A coleta de provas é ponto crucial de todo o processo investigatório, pois é a partir da mesma que o desvendamento de quaisquer práticas criminosas pode ser visualizado de modo global por parte dos órgãos de Justiça. Como foi apontado em diversos trabalhos acadêmicos, dispostos neste presente artigo, a ilegalidade da coleta de provas conduz conseqüentemente à deturpação e à corruptibilidade da instrução criminal (CAGLIARI, 2001; DEZEM, 2008).

As decisões dos eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal, demonstraram que a aceitação de provas tidas por meios ilícitos: (i) gravação de escutas telefônicas sem o consentimento prévio dos órgãos judiciais; (ii) interceptações telefônicas; (iii) utilização de extratos bancários poderiam sim ser utilizadas, salvo em casos de grande notoriedade.

No pedido de *Habeas corpus* (HC) nº 74.678-1, o ministro-relator Moreira Alves, dispõem-se a favor da aceitação de provas advindas dos meios de coleta acima enumerados, afirmando que o direito de privacidade (art. 5º, X, CF) adquirido pelo praticante do ato delituoso pode ser suprimido em favor do cumprimento de Justiça e também em favor da gravidade do ato praticado.

Já no HC nº 108.147, a ministra-relatora Cármen Lúcia afirma que, a coleta de provas pode ser sim realizada sem o prévio consentimento da Justiça, **porém** as provas advindas desta coleta devem ser estritamente analisadas e julgadas sob à luz da verdade e também segundo a verossimilhança e a plausibilidade apresentada nos fatos dispostos na instrução criminal.

De acordo com a *Doutrina da Árvore Envenenada* (1920), se a coleta de provas for conduzida em eventuais caminhos de ilegalidade, a essência de provas também carregará o cerne da ilicitude. E ainda mais, as provas que podem, porventura, ser derivadas das primeiras também carregarão o caráter ilícito, provando assim, o vício e a corruptibilidade da instrução criminal (DEZEM, 2008; GRINOVER; SCARANCE, *et al*, 1998 *apud* CAGLIARI, 2001).

A conduta do policial militar também foi amplamente “dissecada”, como forma de qualificar sua possível conduta ostensiva e investigativa, como sendo ilícita ou lícita, pois o entendimento da *Doutrina da Árvore Envenenada* demonstrou que, uma atitude ilícita é capaz de “parasitar” todo o conjunto de provas coletado pelo mesmo.

Em harmonia com o que os ministros-relatores acima arguiram, o ministro Eros Grau também defende a admissibilidade de provas taxadas como ilícitas, predizendo que eventuais vícios ou pequenas marcas de ilegalidade surgidas no momento de coleta, não são capazes de corromper e “deteriorar” todo o conjunto probatório coligido pelos órgãos responsáveis pela investigação (HC 83.921, Rel. Min. Eros Grau, 1ªT. DJ de 27-8-2004).

Conforme visto alhures, o entendimento de grande parte de juristas e magistrados se converge na admissibilidade às provas tidas como ilícitas, na instrução criminal. Destacando os mesmo que, o *dever* em se descobrir os fatos atrelados a um crime de grande notoriedade, são mais emergenciais do que o *direito* de privacidade restringido ao indivíduo consumidor do delito.

Vê-se que existe sim uma superação no entendimento jurisdicional antigo, permitindo que provas que contribuiriam para o entendimento global do caso sejam devidamente incluídas na instrução criminal, sem que sejam rejeitadas e se percam.

Os trabalhos de Marchi & Sá (2016) e Sannini Neto (2013) apresentaram um profundo dissenso de opiniões e posteriores resultados. Sannini Neto (2013) expõem inúmeros argumentos contrários às condutas praticadas amiúde pelos policiais militares, indicando que tal dualidade de conduta poderia converter-se em um crime de usurpação da função pública, condenado pelo art. 328 do Código Penal Brasileiro.

Já Marchi & Sá (2016) posicionam-se a favor da conduta ostensiva e investigativa do policial militar, atestando a existência de um linha tênue que separa estas duas atividades. Evidenciam ainda que, o policial não deve ser apenas um mero observador das práticas criminosas, pois deve atuar tanto como um *desmantelador* de tais práticas e também como um *agente preventivo*, que deve manter-se informado pelos fatos descobertos e agir celeremente, impedindo de sobremaneira, a concretização do ato delituoso.

Na literatura científica atual existem inúmeros trabalhos e pesquisas que defendem a junção do poder ostensivo e também do poder investigativo na atuação do policial militar, denominando esta “junção”, como *ciclo completo*. Esta “junção” de poderes instituídos constitucionalmente impediria inúmeras demoras no trânsito de julgamento de processos e impediria que as provas coletadas pelos policiais militares se tornem, neste caso, ilícitas, sob a ótica constitucional.

Deve-se lembrar que o policial militar é encarregado, segundo os princípios legais (art. 144, § 5º, CF) de manter a ordem pública, ou seja, sua atuação é delimitada pelo seu poder coercitivo e ostensivo, além de serem responsáveis pelo atendimento primário à vítima. Assim sendo, não podem coletar provas nem mesmo se encarregarem de um processo investigatório posterior a prática do crime.

Entretanto, se as provas correrem um iminente risco de se extraviarem ou se perderem, os policiais militares - responsáveis pelo atendimento primário à vítima – não poderiam realizar a coleta de provas sem o consentimento prévio dos órgãos investigativos, agindo *in continenti*? Procedendo desta maneira, estaria o policial usurpando de uma função que corresponderia à polícia civil, incumbida do poder investigativo?

Devido às tendências que determinadas provas possuem de serem perdidas antes mesmo da abertura do processo judicial, por influência humana ou climática, a atuação do policial militar poderia ser unificada: seu poder ostensivo com o investigativo, permitindo que os mesmos possam coletar as provas sem terem o receio de usurparem uma função que não lhes corresponde constitucionalmente.

Os policiais militares estariam exercendo apenas uma atuação subsidiária e emergencial, não extraviando assim de sua competência ordinária, ou seja, atuariam em *in summa gravis* (em extrema gravidade). Se o policial militar, porventura, não realizasse a coleta das provas agilmente, não estaria o mesmo sendo omissos para com a segurança pública e para com a atuação da Justiça (art. 378, Código de Processo Civil)?

Quiçá, os policiais militares em processo de formação, em suas respectivas academias militares fossem preparados tecnicamente para a colheita de provas, sem que procedessem de modo incorreto e sem que contaminassem as provas coligidas. Este tipo de preparação técnica seria extremamente conveniente e oportuna, visto que concederia legalidade à coleta de provas realizada pelo policial militar.

A polícia técnico-científica é um dos órgãos responsáveis pela perícia e pela coleta de provas de um determinado crime. Como exemplo, podem existir casos em que os próprios policiais militares estivessem no local do crime, entretanto, não teriam a concessão de realizar a coleta de provas.

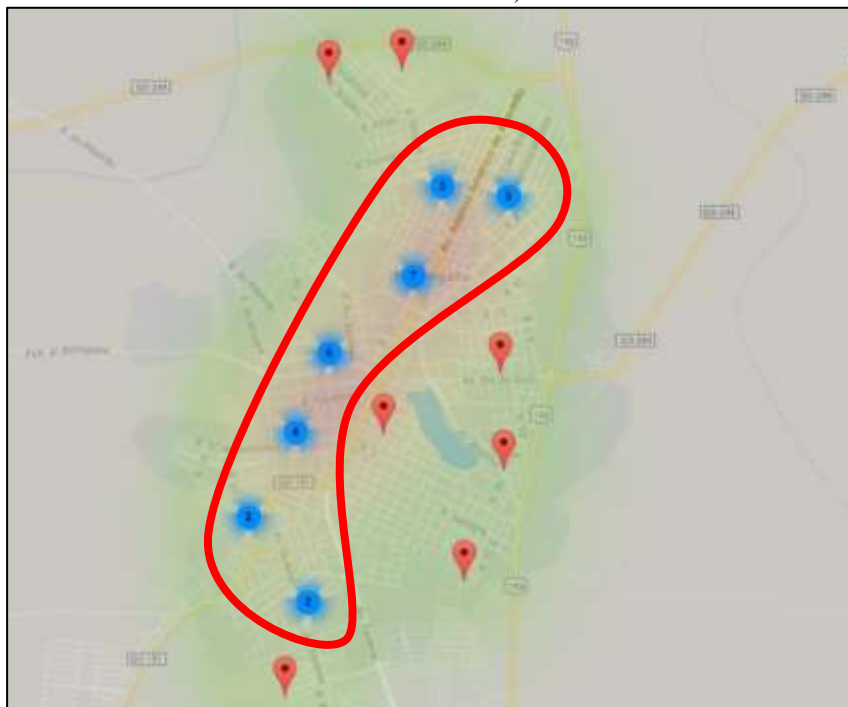
As provas poderiam correr iminente risco de se perderem e mesmo assim, os policiais militares não teriam a competência de realizar a coleta, pois estariam usurpando de uma função que não lhes corresponde. Quando a polícia técnico-científica chegasse ao local do crime, as provas já estariam de certo modo escassas ou totalmente perdidas. Conseqüentemente, a densidade do conjunto probatório também será escassa ou também será pouco esclarecedora quanto ao delito cometido.

Como exemplo, no município de Porangatu existe um grande número de casos de furto à residência, evidenciado na “mancha do crime” disposta logo abaixo (Figura 1). E se, porventura, um crime fosse consumado em determinado horário e os peritos demorassem à

chegar, a polícia militar não poderia assumir uma atuação extraordinária e realizar a coleta, sob risco de perda de provas?

Será que, se as evidências do crime não forem coletadas em seu devido tempo, o crime não será esclarecido e, por conseguinte, irá resultar-se em impunidade? Como asseverado pelo art. 378 do Código de Processo Civil, o entendimento fornecido pelas provas assume um caráter mais importante e urgente, do que uma atuação ponderável do policial, taxada como ilegal.

Figura 1 – Mancha Criminal – Furto à residência: principais pontos no município de Porangatu (01/01/2018 à 31/03/2018)



Fonte: Plataforma de Monitoramento da Polícia Militar, 2018.

O 18º Núcleo Regional de Polícia Técnico-Científica não presta seus atendimentos apenas ao município de Porangatu, realiza trabalho também nos municípios vizinhos, além de auxiliar o 7º Núcleo Regional de Polícia Técnico-Científica do município de Uruaçu. Assim sendo, este núcleo policial ficaria sobrecarregado, sem conseguir realizar com a devida agilidade o trabalho pericial que lhes compete.

Como é de praxe, a polícia militar sempre é o primeiro órgão policial a efetuar o atendimento à vítima e também, é o primeiro a visualizar a cena do crime. Quem seria mais conhecedor à respeito do delito praticado, se não fosse o policial militar? É evidente e plausível que o poder *ostensivo* e *investigativo* deveria ser homogeneizado e unificado na atuação do policial militar, ou seja, em casos que urgem a coleta rápida das evidências probatórias, o policial militar poderia sim, realizar a coleta de provas sob caráter extraordinário e subsidiário,

sem que sua atuação fosse considerada em *animus laedendi*¹⁰ e sem que as provas coligidas pelo mesmo sejam consideradas viciadas e ilícitas.

Superar e evoluir sobre as “cinzas” das antigas práticas, seria uma solução para todo o dissenso existente acerca da licitude ou ilicitude do conjunto probatório coligido pelo policial militar, como ficou evidente nos trabalhos de Sannini Neto (2013), Marchi & Sá (2016) e entre outros trabalhos elencados neste artigo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi apresentado ao longo deste presente trabalho, a coleta de provas e sua admissão no acervo probatório é de essencial importância ao cumprimento de Justiça e à concretização dos direitos fundamentais asseverados pela Constituição Federal à cada cidadão. *Ninguém está acima da lei*, portanto cabe-se instituir investigação e todos os meios possíveis de se desvendar os fatos de um crime como também de punir o agente delinquente, agindo assim sobre a equidade das ações.

A principal problemática do trabalho era dar definição à ilicitude das provas, atestar a admissibilidade das mesmas no conjunto probatório e, por conseguinte, analisar a legalidade da atuação ostensiva e investigativa do policial militar. Utilizou-se então, o acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal como forma de nortear a disposição dos argumentos, bem como em desenvolver uma solução para a problemática.

A *Doutrina da Árvore Envenenada* prediz que, se as provas forem coletas sob ação ilegal, as mesmas seriam consideradas ilícitas. Assim sendo, se o policial militar realizasse coleta de provas sem concessão dos órgãos judiciais, estaria ele realizando prática ilegal ou mesmo corrompendo todo o acervo probatório que seria posteriormente coligido na fase judicial.

Demonstrou-se que, as provas teriam característica expressamente ilícitas em casos em que não tivesse atribuição para tal, bem como em casos de diminuta notoriedade. A ilicitude da prova poderia provir diretamente da coleta ilegal realizada pelo agente responsável pela mesma. Como foi apontado, as provas coletadas por policiais militares seriam consideradas ilícitas, pois a atuação primária do policial – realizar a coleta de provas – está contraposição com sua função

¹⁰ Sem a intenção de prejudicar.

constitucional (art. 144, § 5º, CF), constituindo assim, crime de usurpação da função pública (art. 328 do Código Civil).

Entretanto, existem casos que urgem rapidez e celeridade na coleta de provas e evidências que atestam a prática do delito. Como foi asseverado, seria conveniente que o policial realizasse a coleta de provas sob a caráter emergencial e subsidiário, pois as mesmas poderiam perder-se ou também correrem eminente risco de serem corrompidas por outrem. A polícia militar é a primeira força policial a prestar atendimento a vítima de um crime, como também é a primeira a visualizar à cena do delito. Assim sendo, a diligência executada pelo policial militar em preservar a harmonia e a segurança pública é mais fundamental do que uma visão anacrônica da Constituição.

Cursos de complementação e especialização para a coleta de provas poderiam também serem aplicados nos diversos Batalhões de Polícia Militar, como forma de preparar os policiais em formação e também para que os mesmos saibam proceder de maneira correta na coleta de evidências e provas no local do crime.

Se fosse dado ao policial militar autonomia tanto na atuação ostensiva e investigativa, o policial não incorreria do risco de usurpar uma função que não lhe corresponde como também as provas coletadas pelo mesmo não teriam caráter expressamente ilícito ou inconstitucional. Deveria haver uma complementação harmônica da atuação ostensiva e investigativa, constituindo assim o chamado ciclo completo da polícia militar, ao qual inúmeros especialistas do âmbito da segurança pública defendem e aprovam.

Barão de Montesquieu dizia que: “As leis incongruentes debilitam as necessárias”. Para tanto, é oportuno e necessário que a hermenêutica constitucional também se adeque à realidade cotidiana, pois somente desta maneira os processos judiciais progredirão mais celeremente e não haverá eventuais perdas de provas e nem mesmo dúvida quanto à essência das mesmas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL (Estado). Decreto nº 660, de 26 de setembro de 2007. **Diretriz para a integração dos procedimentos a serem adotados pelos órgãos da segurança pública, na lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência**. Florianópolis, SC, 2009.

_____. **Código Civil Brasileiro e Legislação Correlata**. 2. ed. Brasília: Secretaria de Edições Técnicas, 2008. 616 p. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%202020ed.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 9. ed. Brasília: Coordenação de Edição Técnica, 2016. 317 p.

_____. **Código de Processo Penal**. Brasília: Coordenação de Edição Técnica, 2017. 187 p.

_____. **Constituição Federal (1998)**. Brasília: Secretaria de Documentação, 2017. 518 p.

_____. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (2017)**. Brasília: Secretaria de Documentação, 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1289**. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 18 de dezembro de 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 108147**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 01 de fevereiro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74678-1**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 10 de junho de 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 75338-8**. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 de março de 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 83921**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 27 de agosto de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 212081**. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 27 de março de 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 251445**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 03 de agosto de 2000.

CAGLIARI, José Francisco. Prova no processo penal. **Justitia**, São Paulo, v. 63, n. 195, p.78-100, set. 2001. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24153/prova_processo_penal.pdf>. Acesso em: 14 maio 2018.

CARVALHO, Hellyton Carlos Miranda de; CARVALHO, Tânia Maria Resende. **A ilegitimidade da atuação do serviço reservado da polícia militar na investigação de**

crimes comuns. 2017. 12 f. TCC (Graduação) - Curso de Curso de Aperfeiçoamento Para Agentes, Delegados, Escrivães de Polícia e Papiloscopistas Policiais de 1ª Classe, Escola Superior da Polícia Civil do Estado de Goiás, Goiânia, 2017. Disponível em: <https://sindepol.com.br/site/wp-content/uploads/2017/04/artigo-delegado_investigacaoopm.pdf>. Acesso em: 14 maio 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal.** São Paulo: Millenium, 2008.

HILLER, Neida Marcelle; CHEROBIN, Rafael Caetano; SILVA, Pollyanna Maria da. **A (in)admissibilidade das provas derivadas das ilícitas no processo criminal brasileiro.** Porto Alegre: X Salão de Iniciação Científica - Pucrs, 2009. 3 p.

MARCHI, Luiz Fernando Oliveira de; SÁ, Vinícius Valdir de. **A investigação realizada pela polícia militar no combate ao crime organizado do tráfico de drogas.** 2016. Disponível em: <<http://www.ciclocompleto.com.br/pagina/1495/a-investigaccedilatildeo-realizada-pela-poliacutecia-militar-no-combate-do-crime-de-traacutefico-de-drogas-uma-medida-de-urgcircncia-na-preservaccedilatildeo-da-ordem-puacuteblica>>. Acesso em: 09 set. 2016.

MONTESQUIEU, C. S, Baron de. **O espírito das leis.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Cristina Murachco.

PADILHA JUNIOR, Joselito Moura do Amaral. **O conceito de direito na teoria pura do Direito de Hans Kelsen.** 2007. 42 f. Monografia (Especialização) - Curso de Filosofia Moderna do Direito, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 1157 p.

SANNINI NETO, Francisco. **Polícia militar e as atividades de polícia investigativa e judiciária.** 2013. Disponível em: <<https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943693/policia-militar-e-as-atividades-de-policia-investigativa-e-judiciaria>>. Acesso em: 14 maio 2018.