



MEDIDA 7

Ajustes nas nulidades penais

Renata Tavares da Costa

Denis Andrade Sampaio Junior

MEDIDA 7

Renata Tavares da Costa
Denis Andrade Sampaio Junior

A #medida7 propõe uma série de alterações no capítulo de nulidades do Código de Processo Penal. Os objetivos são ampliar a preclusão de alegações de nulidade; condicionar a superação de preclusões à interrupção da prescrição a partir do momento em que a parte deveria ter alegado o defeito e se omitiu; estabelecer, como dever do juiz e das partes, o aproveitamento máximo dos atos processuais e exigir a demonstração, pelas partes, do prejuízo gerado por um defeito processual à luz de circunstâncias concretas.

Além disso, sugere-se a inserção de novos parágrafos para acrescentar causas de exclusão da prova com uma lacunosa e obscura importação de preceitos observados no Direito norte-americano, reconhecida como *exclusionary rule*.

Este tema se mostra de expressa delicadeza na medida em que são conceitos e efeitos não consolidados no nosso ordenamento jurídico. Basta pensar, de antemão, que ao contrário do direito estadunidense, há norma constitucional concretizada quanto à inadmissibilidade da prova ilícita (art. 5o., LVI, CRFB), não havendo apenas uma interpretação reflexa ao devido processo legal. Trata-se de uma garantia fundamental não podendo ser relativizada por regras pragmáticas de dissuasão de atividades dos agentes de segurança. Pelo contrário, nossa Constituição indica como uma norma de proteção ao indivíduo diante de intervenções estatais ilegais e não uma regra de tentativa de pretensão dissuasória como indicam os precedentes da Suprema Corte dos EUA.

COLOCANDO EM XEQUE:

1. AS “PROVAS ILÍCITAS” NO DIREITO BRASILEIRO

Joaquim e Sebastião Naves, Fabiano Ferreira Russi, são nomes de pessoas que foram processadas e condenadas com base em provas obtidas por meio ilícito. E que após anos de sofrimento, tiveram suas sentenças condenatórias anuladas. A causa? Simples: condenação com base em provas obtidas por meio ilícita.

O caso dos irmãos Naves foi o mais emblemático:

“Em 1937, eles foram presos sob acusação de ter matado o sócio e primo Benedito Pereira Caetano, que desapareceu, sem deixar rastro, levando 90 contos de réis, hoje o equivalente a 270 mil reais. O Delegado chegou à conclusão de que os irmãos mataram o primo para ficar com o dinheiro. **A polícia torturou até familiares para descobrir o esconderijo do dinheiro, conseguindo dessa forma a confissão dos presos que, levados a júri, foram absolvidos; a acusação não se conteve e recorreu;** os jurados mantiveram a absolvição. Como na época o júri não tinha soberania, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a decisão e condenou Joaquim e Sebastião a 16 anos e seis meses de reclusão. Oito anos depois tiveram livramento condicional; Joaquim pouco depois morreu como indigente e Sebastião encontrou o primo vivo em julho de 1952, constatando assim a inexistência do homicídio, o acerto dos jurados com a decisão de absolvição e o grande erro do Tribunal. A descoberta provocou ação de revisão criminal que concluiu por inocentar os irmãos, em 1953, e em 1960, o Judiciário concedeu indenização aos herdeiros”¹.

¹ Antonio Pessoa Cardoso. Erros judiciais causam danos a inocentes. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161127,21048-Erros+judiciais+causam+danos+a+inocentes>>

Esta é uma das histórias não contadas sobre os graves danos que a Sétima Medida para acabar com a Corrupção proposta pelo MPF podem causar. É um exemplo clássico das consequências de se admitir a extensão do conceito bem como aceitação das chamadas provas ilícitas.

Antes de começar, é importante esclarecer que não são as provas que são ilícitas, mas sim os meios encontrados para sua apreensão. E que o processo penal não é uma sequência de atos destinado a uma condenação, e sim, a um resultado justo, dentro nas normas estabelecidas para o trâmite processual.

O ordenamento jurídico brasileiro, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, reconhece que todos os seres humanos, têm um mínimo de características que devem ser respeitadas a fim de garantir uma existência digna. Trata-se da tríade: direito à vida, à liberdade e à igualdade.

Tendo em vista tais preceitos, a República Federativa do Brasil erigiu-se sobre o conceito de Estado Democrático de Direito. Estado de Direito tem, por um lado, como fator o império da lei, mas não qualquer lei, como bem salienta Afonso José da Silva, “mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais”². E, por outro, a máxima efetivação dos direitos das pessoas, bem como de sua proteção.

A realização destes valores se faz presente em todos os ramos do direito. Mas, em especial, no processo penal que trata, então, de assegurar o exercício legítimo do poder punitivo de acordo com princípios éticos adotados constitucionalmente. E, por consequência, tutela a liberdade – direito que pertence ao núcleo-base

Dentre os postulados básicos de um processo penal de bases democráticas e por isso mesmo legítimo, encontra-se a **cláusula do Devido Processo Legal**, expressão que conforma uma série de garantias das pessoas supostamente acusadas de cometer crime e que, por consequência, materializam a noção ordinariamente chamada de “juízo justo”.

Neste contexto, a chamada prova ilícita é aquela produzida em razão da **violação de um direito reconhecido pelo texto constitucional ou pelo direito internacional dos direitos humanos**. Materializa-se numa luta contra a “coisificação do réu”, no sentido de trata-lo não como objeto de um movimento no sentido de “uma condenação a qualquer preço”.

Prevê o art. 5º, LVI que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícitos. Aqui também se insere a chamada prova ilícita por derivação.

Nas palavras do Mestre Fernando Da Costa Tourinho Filho:

“Não só as provas obtidas ilicitamente são proibidas, como também, as denominadas “provas ilícitas por derivação”. Mediante tortura (conduta ilícita), obtêm-se informação da localização da res furtiva, que é apreendida regularmente. Mediante escuta telefônica (prova ilícita) obtêm-se informação do lugar em que se encontra o entorpecente, que, a seguir, é apreendido com todas as formalidades legais. Assim, a busca e apreensão, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo o estigma da ilicitude penal” (Processo Penal 3)

² SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, pág.121.

Nascida nos Estados Unidos da América, os tribunais a utilizam, chamando-a de teoria dos frutos da árvore podre “com a finalidade de reafirmar os fundamentos éticos e dissuasivos da ilegalidade estatal em que se baseia aquela regra” (Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, pág. 237)

Sendo esta a atual orientação do STF, conforme se observou o Ministro Sepúlveda Pertence, relator do HC nº 69.912-RS:

“Vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina e conversas privadas... **E finalizando: ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida**” (Informativo do STF nº 36 de 21/06/1996).

Com efeito, e segundo tem decidido o STF, a prova só deixará de ser ilícita quando houver outras considerações autônomas, isto é, “colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita” (Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, pág. 239).

Fato este que reforça a vedação absoluta da utilização da prova obtida por meio ilícito, ou seja, da prova oriunda de procedimento que viola direito e garantia previsto na Constituição.

Ocorre que muito pouco se tem feito, na realidade, para enquadrar o processo penal nos limites impostos pelas normas constitucionais. Com efeito, sem qualquer prejuízo, pode-se afirmar que o Estado brasileiro, através de seus órgãos de persecução penal, são os maiores responsáveis por esta falta de enquadramento. Prova disso são os processos penais para apurar os crimes de tráfico de drogas onde todos os direitos dos cidadãos são descumpridos, cujos atos vão desde a violação de domicílio até as confissões mediante tortura. Tudo com o aval do Poder Judiciário que se recusa a reconhecer as nulidades. Fato reforçado pela omissão dos juízes diante dos relatos dos crimes de crime de tortura, praticado por autoridade policial. É como se investíssemos nesta autoridade um poder absoluto que pelo simples fato de ter tal cargo, teriam também a verdade.

Não há porque retroceder. Não podemos assinar um cheque em branco dando poderes absolutos. A história já deu exemplos suficientes. Não há como ressuscitar 1934 ou 1964.

2. AS PROVAS ILÍCITAS NOS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ou DO DIREITO ABSOLUTO A NÃO SER CONDENADO COM BASE EM PROVAS ILÍCITAS

Diz o art. 4º, II de nossa Constituição:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.”

Assim sendo, o Brasil, no exercício de sua soberania, firmou diversos tratados de direitos humanos e em especial o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Para cada um destes tratados citados, há um órgão de monitoração. No caso do PIDCP, que pertence ao Sistema ONU, é o Comitê Internacional de Direitos Civis e Políticos. No caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, existem dois órgãos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A fim de reforçar o mandamento constitucional na proteção máxima dos direitos, estes tratados expressam ou positivam as obrigações dos Estados que, quando violadas, geram responsabilidade internacional.

Assim, ao contrário do que afirma o MPF em seu documento, a questão da prova obtida por meio ilícito, **não é meramente uma importação acrítica do direito comparado**. É o reconhecimento de um direito absoluto: o direito a não ser condenado com base em provas ilícitas!

Neste momento, é importante esclarecer ao público e, em especial ao MPF, que direito não é importado ou exportado de uma região para outra, de um país para outro, de um sistema jurídico para o outro: direito é reconhecido pelos Estados em razão da condição da existência humana de cada pessoa.

Assim sendo, a regra de exclusão da prova ilícita está prevista em tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenções Internacional e Interamericana contra a Tortura; nas decisões dos órgãos de monitoramento dos tratados, como Comitê Contra a Tortura, ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Órgãos interamericanos e internacionais que reforçam o caráter absoluto e inderrogável da exclusão da prova obtida por meio e ilícito e reforçam o direito de não ser condenado com base em provas ilícitas.

3. A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA BOA FÉ COMO EXCLUSÃO DA PROVA ILÍCITA

O fundamento básico de qualquer regra de exclusão probatória caracteriza-se como remédio básico para a dissuasão de violações de direitos e garantias fundamentais e a tentativa preventiva e repressiva quanto a abusos de agentes públicos (juiz, membros do MP e policiais) e de terceiros (ofendidos e testemunhas).

Neste panorama, a Teoria da Exceção da Boa Fé ou limitação da boa fé (*good faith exception*) foi reconhecida em primeiro momento pela Suprema Corte dos EUA no caso US v. Leon em 1984. Trata-se de hipótese em que um juiz determinou a expedição de mandado de busca e apreensão, posteriormente considerada a ausência de indícios necessários para a sua expedição. No entanto, o agente que efetuou a busca, não possuía o conhecimento da ilicitude e havendo motivos razoáveis para acreditar na sua validade, acreditando agir conforme a legalidade do ato, obtém provas decorrentes do cumprimento do mandado.

Houve o entendimento pela Suprema Corte de que se o agente policial não possuía o conhecimento da ilegalidade do ato, agindo de boa fé, já que, respaldado por uma decisão judicial, ocorreria a exclusão da prova ilícita.

Consequentemente, a Teoria da Exceção da Boa Fé é considerada válida quando na obtenção da prova, não obstante haja violação ao texto legal e princípios constitucionais, o agente tenha agido

em uma situação de ignorância quanto à ilegalidade do ato e, portanto, caracterizada a sua boa fé. Outro caso relevante foi o *Massachusetts v. Sheppard* (1984) em que a teoria da boa fé reconheceu a validade da busca e apreensão baseada em uma autorização judicial que não correspondia a todos os requisitos formais necessários para a indicação dos objetos a serem apreendidos.

No caso *Arizona v. Evans* (1985) foi reconhecida a validade da apreensão de drogas em uma busca pessoal realizada por policiais após a prisão do suspeito baseada em mandado prisional revogado. No caso, houve omissão do funcionário do Tribunal em comunicar a revogação do mandado enquanto os policiais cumpriam a prisão e apreenderam a substância ilícita.

Os requisitos básicos (1- A boa fé do agente, caracterizada pela ignorância da ilegalidade do ato original; 2- A crença razoável na legalidade da conduta do agente) são basicamente fundados em um custo-benefício para dar conteúdo a teoria da boa fé na medida em que não gera efeito dissuasório na atuação do agente público.

Por isso, a justificativa da utilização da teoria da boa fé pela Suprema Corte dos EUA possui uma conotação estritamente pragmática que, além de pretender resguardar a imagem do Poder Judiciário, foca na ideia de efeitos contrários à atividade policial.

No entanto, no direito pátrio, **há expressa vedação constitucional quanto à admissibilidade das provas consideradas ilícitas**, na medida em que serve o dispositivo constitucional como norma de proteção de direitos e garantias fundamentais.

Ainda que a Constituição não alcance o exaurimento sobre a matéria, o dispositivo constitucional caracteriza-se por força programática de proteção, não havendo como perquirir subjetivamente, se o agente que obteve a prova agiu de boa fé ou por erro escusável. Deve ser observado que a proteção diz respeito a todos os atos de obtenção de provas, seja quanto ao aspecto decisório, seja na atuação do agente público que dispõe do instrumento necessário a esta obtenção.

Ou seja, a **conotação específica sobre a regra Constitucional, em momento algum, dispõe sobre o efeito dissuasório dos agentes de segurança**. Não se quer valer de um critério de prevenção de atividades abusivas, mas sim de proteção ao indivíduo por atividades abusivas, independentemente, da intenção do agente.

Para concluir, a impossibilidade de regras de relativização das provas ilícitas deve-se ao seu caráter de garantia fundamental através de uma cláusula expressa e petrificada e, jamais, como norte pragmático pelo efeito dissuasório do agente interventor. Seria, **minimizar o espectro constitucional da inadmissibilidade da produção das provas ilícitas** tornando o Projeto de Lei desde o seu nascedouro, inconstitucional.