

Comissão Especial PL 4850/2016

Brasília, 20 de outubro de 2016.

André Tiago Pasternak Glitz

Promotor de Justiça MP/PR

*Masters of Laws (LL.M.) – Columbia
Law School – NY (USA)*

Artigo 16 do PL 4850/2016

- Propõe alterações na redação do atual artigo 157, do CPP
-
- Regime jurídico da prova ilícita no processo penal
-
- a) CF – artigo 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”
-
- b) CPP – artigo 157 (atual x PL 4850/2016)
- i) conceito de prova ilícita
- ii) prova ilícita derivada
- iii) boa-fé
- iv) prova ilícita de uso restrito

1. Provas vedadas: prova ilícita e prova ilegítima (GRINOVER)

- Momento (anterior) de obtenção da prova: violação ao Direito
- O meio ilícito pode ser de natureza administrativa, civil ou penal, hábil a ensejar responsabilização de acordo com as especificidades de cada ramo do Direito
- Momento (posterior) de admissibilidade e eventual produção da prova no processo – **o meio ilícito é capaz de ensejar na ilicitude da prova para o processo?**
- Provas que transgridem normas processuais: **ilegítimas** (sistema de nulidades processuais)

1. Conceito de prova ilícita

- Atual redação do artigo 157, *caput* (Lei 11.690/2008): toda a prova obtida em violação a **normas** constitucionais ou legais
- ^{a)} Proposta de redação ao artigo 157, *caput* (PL 4860/16): toda a prova obtida em violação de **direitos e garantias** constitucionais ou legais
-
- - A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas está estrategicamente localizada na Constituição no título dos direitos e garantias fundamentais
- - A vedação constitucional está relacionada ao direito violado para a sua obtenção
- (GRINOVER, SCARANCE FERNANDES, GOMES, MIRABETE, MORAES, NERY JUNIOR, SILVA FILHO, CECARELLI)
-
- - Sistemas jurídicos estrangeiros: Alemanha, Espanha, USA, dentre outros.

1. Problemas práticos derivados do conceito alargado

- a) Conceito amplo (atual 157 CPP): violações menores (civis, administrativas) são potencialmente hábeis a ensejar na ilicitude da prova
- b)
- c) Ex: na Espanha se um repórter, violando uma proibição administrativa de uso de câmeras fotográficas em espaço público (museu, órgão público, etc.) tira fotografia que posteriormente é apresentada como prova para identificar o autor de um roubo ocorrido no local, essa vulneração de norma não conduz a uma situação de prova ilícita (artigo 11.1 do LOJP) (CABIALE, MORALES)

1. Problemas práticos derivados do conceito alargado

Direito penal: criminalização de condutas relacionadas a atividades complexamente regulamentadas pelo Estado

Ex: trânsito, meio ambiente, consumidor, lavagem de dinheiro, ordem econômica e financeira, etc.

a) Demanda: incremento e qualificação de métodos de descoberta (investigação)

Brasil: “super/supra direito à inadmissibilidade” aumenta exponencialmente o risco de inadmissibilidade das provas produzidas nas investigações desta nova criminalidade, sem levar em conta a efetiva violação de um direito material

1. Problemas práticos derivados do conceito alargado

b) Poder Judiciário brasileiro

– magistrados com ausência de *background knowledge* (conhecimentos de mundo) acerca das intrincadas regulamentações das atividades objeto de criminalização

- ausência de parâmetros legislativos: uso de cláusulas abertas e conceitos fluidos para inadmitir a prova - “ausência de fundamentação adequada”, “falta de indicação de outros meios menos lesivos de produção da prova” (MATTOS)

Resultado: seletividade na aplicação da cláusula constitucional da inadmissibilidade – investigados/acusados pela prática de infrações penais “tradicionais” raramente tem suas provas anuladas

1. Problemas práticos derivados do conceito alargado

O direito material violado é tratado de forma desigual, uma vez que é ignorado em nome de um “supra/super direito” à inadmissibilidade

Igualdade material no tratamento - com a redação proposta pelo PL a prova é ilícita somente quando há violação de um direito material (**garantias constitucionais ou legais**):

- Direito à incolumidade física (confissões obtidas mediante tortura) – artigo 5º, III, CF;
- Direito à inviolabilidade domiciliar (busca e apreensão domiciliar realizada sem autorização judicial – artigo 5º, XI, CF;
- Violações abusivas à intimidade (sigilos bancários, fiscal e eletrônico violados sem autorização judicial ou fora das hipóteses permitidas em lei) – artigo 5º, X, CF.

2. Prova ilícita derivada

Origem – Estados Unidos da América: *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963)

Brasil: STF – AHC 69912-RS (DJ de 26.11.93); HC 73351-SP (Pleno, 09.05.96) (Informativo n° 30) e HC 72588-PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, 12.06.96) - adoção de uma teoria puramente causal de contaminação

Até 2008 o legislador brasileiro não acompanhara a evolução do Direito comparado, que já construía desde a década de 60 parâmetros de ajuste do alcance da contaminação: Portugal, Reino Unido, França, Itália, Holanda, Espanha, Alemanha, Áustria, Bélgica, Colômbia, México, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Nicaraguá, Chile, Espanha, Uruguai, Argentina, dentre outros (TERESA ARMENTA DEU)

2. Prova ilícita derivada

Artigo 157, §1º (Lei 11.690/2008) - *são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando*

i) (**Teoria da Fonte Independente**) *Não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras*
PL 4850/2016: *não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas* (artigo 157, inciso I)
Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984); *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988)
- STJ, HC 130699/SP, publicado em 22.05.2015.

ii) (**Teoria da Descoberta Inevitável**) As derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (artigo 157, §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.*

PL 4850/2016: *as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida 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* (artigo 157, inciso II).

- *Nix v. Williams* 467 U. S. 431 (1984)

- STJ, 6ª Turma, HC 52995, Rel. Min. OG Fernandes, julgado em 16 de setembro de 2010.

2. Prova ilícita derivada

iii) (Teoria da Atenuação)

PL 4850/2016: Exclui-se a ilicitude da prova quando: a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação (artigo 157, inciso IV)

Princípio básico da prova ilícita derivada, já adotado pela teoria da fonte independente: a prova derivada deve ser produto do meio ilícito que produziu a prova original, não bastando mera relação causal.

a) Dois critérios objetivos:

- i) “causalidade remota”: decorrência de significativo lapso temporal – evita efeitos ilimitados e puramente causais
- ii) quando atos posteriores à investigação tiverem relativizado a relação causal

b) Impõe dever de fundamentação adequada das decisões:

i) “as provas derivadas também deveriam ser consideradas ilícitas por aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada” (STJ, “Operação Boi Barrica”)

§4º - O juiz ou tribunal que declarar a ilicitude da prova indicará as que dela são derivadas, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou de consequência

- *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963)

3. Boa-fé

Fundamentos que justificam o afastamento da ilicitude:

i) finalidade dissuasória da prova ilícita não será alcançado com a ilicitude (USA)

– *United States v. Leon*, 468, U.S. 897 (1984)

ii) proporcionalidade: ponderação de interesses constitucionais (Alemanha e USA) – garantia da inadmissibilidade da prova ilícita X proteção penal eficiente

- *Davis v. United States*, 131 S. Ct. 2419 (2011)

Alemanha: gravidade/peso da infração penal e grau de culpabilidade do agente causador da violação (atuar calculado ou consciente)

PL 4850/2016 - artigo 157, §2º exclui-se a ilicitude da prova quando:

III – o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de **circunstância** ou **fato** que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada

V – derivada de **decisão judicial** posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé

O projeto apresenta parâmetros (circunstâncias fáticas objetivas) que permitem o reconhecimento da boa-fé

3. Boa fé (e proporcionalidade)

Artigo 5º, LVI – princípio ou regra?

- Estrutura das normas de direitos fundamentais: princípios ou regras (DWORKIN) - critérios de distinção: de grau e de qualidade
- Artigo 5º LVI: princípio – mandado de otimização (ALEXY), que deve ser realizável na maior medida do possível
- Conflito entre princípios – método de resolução - atividade de ponderação: necessário estabelecer relações de preferência
- Direitos fundamentais individuais: podem ser restringidos não apenas por outros direitos fundamentais individuais, **mas também por princípios constitucionais relativos a bens coletivos** (ALEXY)
- *normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado Democrático de Direito. Não é de se estranhar, portanto, que no momento de sua aplicação, exista uma colisão* (MARMELSTEIN)

3. Boa fé (e proporcionalidade)

Artigo 5º, inciso LVI – princípio!

STF

- admite que a prova obtida por meio ilícito seja usada para favorecer o acusado
- admitiu que fosse violada correspondência de preso em prol da segurança pública nos presídios (HC 70.814/SP)

Conclusão: princípio – não é absoluto – admite ponderação com outros princípios constitucionais fundamentais, como o da **proteção penal**

3. Boa fé (e proporcionalidade)

Proteção penal: relação complexa entre proteção do investigado/acusado e promoção dos direitos de todos cidadãos e das vítimas

Dupla dimensão da proporcionalidade na proteção penal:

a) proibição de excesso (*Ubermassverbot*)

b) proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)

(FELDENS, MENDES, STRECK, SARLET, GUIMARÃES)

- Direitos fundamentais x Direitos fundamentais

3. Boa fé (e proporcionalidade)

- a) Garantismo penal *parcial*: proteção do investigado/acusado
 - Exaure-se na proteção ilimitada do indivíduo contra o Estado

- b) Garantismo integral: proteção dos direitos fundamentais como um todo (SARLET)
 - Maximização da proteção do indivíduo contra irracionalidades punitivas
 - Maximização da realização prática dos direitos da comunidade através da proteção penal – ex: mandados constitucionais de penalização

3. Boa fé (e proporcionalidade)

a) PROTEÇÃO PENAL EFICIENTE E PROCESSO PENAL

b)

c) Instrumentalidade do processo penal: filtro do direito penal máximo e realizador do direito penal mínimo necessário

a) Equilíbrio entre os vetores – processo penal como instrumento de pacificação social

b)

c) *O fim do processo possui, então, natureza complexa: a condenação do culpado, a condenação do inocente, a formalidade do procedimento afastada de toda a arbitrariedade e a estabilidade jurídica da decisão. Todas essas exigências são igualmente significativas para uma comunidade organizada desde o ponto de visto do Estado de Direito (ROXIN)*

4. Prova ilícita de efeitos limitados

PL 4850/2016 - artigo 157, §2º exclui-se a ilicitude da prova quando:

VII – usada pela acusação com o **propósito exclusivo** de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, **não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena.**

- efeitos limitados: não visa comprovar alegação sobre fato discutido no processo
- a prova ilícita é conhecida pela defesa, que apresenta nova prova que pode ser refutada por aquela
- a iniciativa em introduzir a prova é da defesa, que avalia previamente o seu interesse em fazê-lo
- Pior hipótese: defesa apresenta a prova que é refutada pela prova ilícita
- Processo penal e pretensão de verdade