



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THALES CASSIANO SILVA

**TRAJETÓRIAS INTERPRETATIVAS DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS NO
BRASIL E NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS:**

TENTATIVA DE IMPORTAÇÃO DA PROVA ILÍCITA DE BOA-FÉ SEGUNDO O
PROJETO DE LEI 4.850/2016

Brasília

2017

Thales Cassiano Silva

TRAJETÓRIAS INTERPRETATIVAS DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS NO
BRASIL E NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS:
TENTATIVA DE IMPORTAÇÃO DA PROVA ILÍCITA DE BOA-FÉ SEGUNDO O
PROJETO DE LEI 4.850/2016

Monografia apresentada na Faculdade de Direito (FD) da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Evandro Charles Piza Duarte.

Avaliadores: Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira e Dr. João Costa Neto.

Brasília

2017

Thales Cassiano Silva

TRAJETÓRIAS INTERPRETATIVAS DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS NO
BRASIL E NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS:

TENTATIVA DE IMPORTAÇÃO DA PROVA ILÍCITA DE BOA-FÉ SEGUNDO O
PROJETO DE LEI 4.850/2016

Aprovado em: __/__/__

Professor Dr. Evandro Charles Piza Duarte

Prof. Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira

Prof. Dr. João Costa Neto.

AGRADECIMENTOS

É inevitável fazer os agradecimentos desta monografia, a qual representa o final de um grande ciclo na minha vida pessoal e o início da profissional, em nome dos meus pais, Altino José da Silva Filho e Maria das Graças Cassiano Silva. A razão para isso é muito simples, a crença no poder transformador da educação talvez tenha sido um dos principais pilares da minha educação de filho. Como filho, cada pequeno passo da minha vida foi comemorado, sempre de forma genuína e amorosa. Mas foram nos anticlímax da minha incipiente trajetória, quando o apoio foi mais necessário, que mais fui apoiado.

A crença deles na educação como oportunidade é contagiante! O filho do carteiro, nascido em Francilina/MA, apresenta neste momento requisito parcial para se tornar bacharel em direito; esta Universidade que minha mãe não pôde cursar devido às dificuldades inerentes a ser moradora periférica da região de Ceilândia neste momento é mais nossa (da família) do que minha. Agradeço de todo o coração por meu pai apoiar todas as minhas loucuras e a minha mãe por sempre dizer as palavras de comedimento necessárias.

Tudo quanto proporcionado a partir deste pilar é secundário, por isso, a única coisa que peço a Deus é sabedoria para honrar todos os esforços diferidos em meu favor, que em grande parte também são feitos pelo meu amado irmão, Tércio Cassiano, e pela mulher na qual projeto meus sonhos de eternidade, Yasmin Mustafa.

“Não é permitido ao Estado utilizar os meios empregados pelos criminosos, se não quer perder, por razões simbólicas e práticas, a sua superioridade moral”

Winfried Hassemer

Resumo

Este trabalho analisa a construção da doutrina de exclusão de provas ilícitas no sistema jurídico constitucional dos Estados Unidos da América a partir dos argumentos apresentados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. O período considerado compreende desde a criação da *exclusionary rule* (*Weeks v. United States*- 1914), passando pelo seu reconhecimento como regra constitucional obrigatória aos estados (*Wolf v. Colorado* e *Mapp v. Ohio*), até a decisão que provoca sua desconstitucionalização (*Calandra v. United States* - 1974) e, por fim, os precedentes que situam de forma preocupante o atual contexto de aplicação da regra (*Hudson v. United States* - 2006 - e *Herring v. United States* - 2009). A análise proposta tem por objetivo destacar as distinções do lugar ocupado pela doutrina da exclusão da prova ilícita em relação ao sistema constitucional brasileiro. O texto destaca porque a trajetória interpretativa de desconstitucionalização americana não autoriza a apropriação acrítica dessa peculiar lógica constitucional por parte da doutrina brasileira que pretende a relativização da prova ilícita. Ao invés disso, sugere-se como a suposta *importação* dos argumentos americanos configura, de fato, uma criação problemática que viola os padrões argumentativos norte-americanos e, especialmente, as garantias formais do sistema jurídico constitucional brasileiro. O referido expediente comparativo também deu ensejo no Brasil à proposição da criação, por projeto de lei de iniciativa popular, da exceção da prova ilícita de boa-fé, a qual esteve inserida nas intituladas *10 medidas contra a corrupção* que recebeu apoio institucionalizado do Ministério Público Federal. Assim, o texto, além de abordar as questões inerentes à doutrina de exclusão no direito estadunidense, problematiza a respeito da constitucionalidade de positivação da referida exceção no ordenamento brasileiro.

Palavras chave: Prova ilícita de boa-fé; importação; Suprema Corte dos Estados Unidos; garantias processuais penais; constitucionalidade.

Abstract

The article analyzes the construction of the exclusionary rule in the constitutional legal system of the United States of America from the arguments presented by the Supreme Court. The period considered includes the creation of the exclusionary rule (*Weeks v. United States* - 1914), and its recognition as a constitutional rule obligatory to the states (*Wolf v. Colorado* - 1949 - and *Mapp v. Ohio* - 1961) until the decision leading to its deconstitutionalization (*Calandra v. United States* - 1974) and, lastly, the precedents that worryingly place the current context of application of the rule (*Hudson v. United States* - 2006 - and *Herring v. United States* - 2009). The objective of the analysis is demonstrating the distinctions of the context of the American exclusionary rule in relation to the Brazilian constitutional system. The text highlights that the interpretative trajectory of American deconstitutionalization does not authorize the uncritical appropriation of this peculiar constitutional logic by the Brazilian doctrine that intends to relativize the illicit evidence. Instead, it is suggested how the alleged importation of American arguments is, in fact, a problematic creation that violates American argumentative standards and especially the formal guarantees of the Brazilian constitutional legal system. This comparative expedient also gave rise to a proposal in Brazil to create, by a bill of popular initiative, the good faith exception of the illicit evidence, which was inserted in the so-called *10 anti-corruption measures* that received institutional support from the Public Prosecutor's Federal Office. Thus, the text, besides addressing the issues inherent in the doctrine of exclusion in American law, problematizes about the constitutionality of the exception in constitutional Brazilian law.

Keywords: Illicit evidence of good faith; importation; Supreme Court of United States; Federal Senate; criminal procedure guarantees; constitutionality.

SUMÁRIO

Introdução	9
CAPÍTULO 2 – Análise da jurisprudência da <i>exclusionary rule</i> nos Estados Unidos	9
Recorte específico do tema: o que será estudado da 4ª emenda?.....	10
2.1. O reconhecimento de um Direito Constitucional: a formulação da <i>exclusionary rule</i>, <i>Weeks v. United States</i> (1914).....	13
2.2. A aposta em estratégias diversas da exclusão da prova para a garantia da eficácia da Quarta Emenda: <i>Wolf v. Colorado</i>	17
2.3. O ápice da curva ascendente das garantias processuais: <i>Mapp v. Ohio</i> (1961).....	21
2.3. A redução da doutrina de exclusão à uma teoria da inibição, o processo de desconstitucionalização: <i>Calandra v. United States</i> (1974).....	26
2.4 Ameaça direta à doutrina da exclusão: <i>Hudson v. Michigan</i> (2006) e <i>Herring v. United States</i> (2009).....	30
<i>a) Hudson v. Michigan</i>	30
<i>b) Herring v. United States</i>	33
2.5. Considerações acerca da análise proposta no capítulo.....	35
CAPÍTULO 3 – Histórico legislativo e jurisprudencial da <i>vedação</i> às provas ilícitas no Brasil	39
3.1. Tratamento legislativo e jurisprudencial sobre o tema: pré-constituição de 1988.....	41
3.1.1. Decisões do Supremo Tribunal Federal no contexto da Constituição 1967/69	43
3.2. Consolidação do <i>modelo acusatório</i> e tratamento legislativo e jurisprudencial sobre ilicitude das provas pós-constituição de 1988. Contexto para a definição da natureza jurídica da norma presente no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal	47
3.2.1. Vedação à prova ilícita, artigo 5º, LVI, da Constituição: norma ou princípio?.....	50
3.2.2. Prova ilícita pro-reo	55
3.2.2. Regramento infraconstitucional acerca das provas ilícitas.	57

3.3.	Considerações finais.....	58
CAPÍTULO 4 – Delimitação das 10 medidas contra a corrupção, projeto de lei 4.850/2016, em relação ao objeto da pesquisa.....		
		62
4.1.	Justificativas apresentadas no projeto de lei 4.850/2016 a respeito das mudanças propostas para o artigo 157 do Código de Processo Penal.	66
4.2.	Análise da constitucionalidade formal das propostas das 10 medidas contra a corrupção a respeito da <i>prova ilícita de boa-fé</i>	74
4.3.	Análise da constitucionalidade material das propostas das 10 medidas contra a corrupção a respeito da <i>prova ilícita de boa-fé</i> : a prova e os axiomas do processo penal. ..	78
4.4.	Considerações finais.....	90
Conclusão.....		92
Referências Bibliográficas.....		100
ANEXO 1 – Íntegra do Projeto de Lei 4.850/2016.....		103

Introdução

O sistema penal moderno racionalizou a verdade processual em torno da ideia da *prova*, ou seja, a formação de culpa – em termos mais amplos, como estipulado por Ferrajoli, na obra *Direito e Razão* (FERRAJOLI, 2002) – passou a prescindir de evidências racionalizáveis para que pudesse ser constituída (KANT DE LIMA, 2004, p. 49-59). Entretanto, nem todas as formas de prova racional podem ser admitidas em direito, o que em termos constitucionais significa que, se forem adquiridas em desrespeito a direitos fundamentais, são ilícitas (ESTAMPRES, 2010, p. 54).

Partindo-se desta afirmação, surge um questionamento inevitável: o que seria a obtenção de prova em desrespeito a direitos fundamentais? Esta pergunta é objeto fervoroso de discussão jurídica, até porque a valoração da prova ocorre no caso concreto, assim sendo, a jurisprudência prescinde de dar critérios rígidos para esta valoração, fato que transveste a matéria de relevância para diversos países de constituições com matrizes liberais, constituições estas que têm como objetivo precípua a maximização de direitos fundamentais.

Recentemente, em razão das intituladas *10 medidas contra a corrupção*¹, este tema foi amplamente discutido pela comunidade jurídica brasileira, uma vez que o projeto de lei 4.850/2016 trouxe, dentre suas inúmeras propostas, proposições a respeito do regramento brasileiro acerca das provas, especificamente trazendo uma nova definição do que seriam provas ilícitas². Diante disso, o trabalho tem como objetivo a análise deste projeto de lei sob a ótica dos conceitos apresentados na proposta no que tange ao regramento de provas, especialmente, da *importação* para o ordenamento jurídico brasileiro da exceção da prova ilícita de boa-fé. Conforme se verá mais detalhadamente, esta exceção tem como origem a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e é justamente sobre este fato que se baseiam os proponentes do referido projeto de lei.

Os proponentes das referidas alterações são em grande parte membros do Ministério Público Federal. Complementarmente, este órgão encampou o projeto oficialmente, tendo, para

¹ As *10 medidas contra a corrupção* foram um texto de iniciativa popular – escrita por membros do Ministério Público Federal – que deu origem ao projeto de lei 4.850/2016. Este projeto englobou a mudança legislativa que é objeto do presente trabalho.

² Tal temática foi trabalhada por Badaró na edição especial do IBCCRIM a respeito das intituladas *10 medidas contra a corrupção* (2016).

tanto, disponibilizado recursos financeiros e material humano em prol da campanha popular do projeto. No que toca à forma de apresentação do debate, foram acolhidos 2 milhões de assinaturas populares, as quais foram entregues na Câmara dos Deputados para que se iniciasse o projeto de lei por iniciativa popular³.

Em relação ao mérito do projeto, dentre inúmeras alterações em todos os âmbitos do sistema de justiça criminal, a proposta 7 seria exatamente “ajustes nas nulidades processuais”⁴, o que englobou alterações no regramento pátrio a respeito da ilicitude de provas. Consequentemente, voltaram-se as atenções neste momento ao artigo 157 do Código de Processo Penal, cujo objeto é quase uma “regulação” infraconstitucional da definição positivada do conceito de provas ilícitas e dos efeitos diretos da declaração de ilicitude, isto é, a definição do que seriam provas ilícitas.

Envoltos neste contexto, os proponentes tentaram a alteração do conceito que vige atualmente, além da criação da exceção da prova ilícita de boa-fé, a exemplo da formulada pela Suprema Corte Americana⁵. Ademais, outras propostas quanto ao regramento da teoria geral das provas ilícitas também foram *importadas* do direito estadunidense, conforme consta da justificativa das mudanças, tais como apresentados no Congresso Nacional.

O uso do recurso à importação de decisões e ideais de outros países como forma de legitimar as opções políticas no processo legislativo gera uma série de questões, especialmente quanto à fidelidade de sua reprodução diante do sistema originário e quanto à adequação ao sistema nacional. Isto porque geralmente este debate é feito de forma superficial e tende a importar as ideias centrais dos dispositivos das decisões, ignorando muitas vezes o contexto dos casos e os limites facultados pelos ordenamentos jurídicos de origem.

Por esta razão, esta pesquisa se utilizará da técnica de pesquisa comparada para traçar as convergências e divergências entre os ordenamentos jurídicos do Brasil e dos Estados Unidos. A

³ O referido projeto consta na íntegra no anexo I desta pesquisa, de modo a facilitar a consulta de quaisquer elementos necessários para subsidiar a análise do quanto afirmado aqui.

⁴ A proposta número 7 tinha como objetivo ajustes nas nulidades processuais, conforme se pode verificar da explicação oferecida no endereço eletrônico do Ministério Público Federal: [/http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas](http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas).

⁵ Esta exceção foi formulada na Suprema Corte Americana no precedente de *Leon v. United States*, conforme será melhor abordado adiante.

pesquisa terá o objetivo de definir o *estado da arte* de ambos ordenamentos quanto aos seus regramentos sobre provas, para que, ao final, se possa compreender de que forma se estruturam as inovações propostas no projeto de lei 4.850/2016. Para tanto, em se tratando os Estados Unidos de uma país vinculado a um sistema de justiça do *common law*, a definição desse estado da arte se dará com a análise jurisprudencial da Suprema Corte Americana. Ademais, como introduzido, os entendimentos desta corte foram amplamente utilizados no projeto que se analisa nesta oportunidade.

Far-se-á, assim, a análise pormenorizada dos precedentes essenciais à compreensão da comparação proposta, que são, a priori, os seguintes: *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914), *Wolf v. Colorado* 338 U.S. 25 (1949), *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643 (1961), *Calandra v. United States* 414 U.S.338 (1974), *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2006) e *Hudson v. Michigan* 547 U.S. 586 (2009). Espera-se que, com a análise dos retrocitados precedentes, seja possível traçar uma linha histórica capaz de possibilitar a compreensão total do objeto de pesquisa, isto é, definir, em primeiro momento, se a apresentação dos argumentos do projeto de lei concernentes a provas está ou não devidamente contextualizada, em outras palavras, objetiva-se, dessa forma, debater as premissas dos argumentos apresentados nas propostas.

Ademais, as decisões judiciais escolhidas inicialmente têm como recorte temático a análise da 4º Emenda da Constituição dos Estados Unidos aplicada a casos concretos – que a priori é o fundamento jurídico relevante para esta análise –, *ipsis litteris*:

IV Emenda: o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papeis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas. (Tradução nossa).

Nota-se, das breves explanações dos parágrafos anteriores, que o objeto da pesquisa apresenta um viés claramente constitucional, e de fato o é. Contudo, a problemática central girará em torno da compreensão de como as garantias constitucionais se aplicam materialmente em procedimentos processuais penais, especificamente no que se refere à influência da 4ª emenda da

Constituição Americana nestes⁶. Neste sentido, utilizar-se-ão como marco teórico as formulações da obra *Direito e Razão* do já citado professor Luigi Ferrajoli⁷.

É notório da análise superficial já feita sobre o tema que as formulações da 4ª emenda da Constituição Americana estão diretamente vinculadas à *exclusionary rule*, isto é, da regra de exclusão de provas ilícitas tal como formulado no primeiro precedente a ser estudado, qual seja: *Weeks v. United States*. A referida regra foi criada jurisprudencialmente nos Estados Unidos, ao contrário do ocorrido no Brasil, onde a Constituição trouxe norma constitucional expressa sobre ilicitude de provas, o que também compõe o escopo de análise deste trabalho,

Pois bem, como dito, a pesquisa será comparada, de modo a expor o *estado da arte* do ordenamento jurídico americano será confrontado com o histórico legislativo e jurisprudencial brasileiro sobre o tema. Para a definição do contexto brasileiro neste sentido, serão estudadas as doutrinas aplicáveis ao tema da pesquisa anterior e posteriormente à Constituição de 1998 – compreendendo as posições contra e a favor da exclusão de provas enviesadas de ilicitude –. Em igual formato, será a análise da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre provas ilícitas.

Do estudo da jurisprudência nacional, verifica-se, inicialmente, a necessidade de se estudar três precedentes pré-Constituinte, são eles: recurso extraordinário n. 85.439, recurso extraordinário n. 100.094 e recurso ordinário constitucional n. 63.834, uma vez que são tidos por alguns autores como essenciais ao estudo aqui proposto (CECARELLI, 2011). Talvez esta análise jurisprudencial seja tão importante porque nunca na legislação brasileira constou a vedação ao uso

⁶ Estados Unidos. Constituição. Emenda Constitucional n. 4, 1791.

⁷ A análise sobre a legalidade dos procedimentos processuais penais stricto sensu é feita por cortes constitucionais, até porque, via de regra, essas são responsáveis por dar o conteúdo de aplicabilidade aos princípios inseridos na seara do direito público. Diante disso, de nada adiantaria a Constituição garantir o direito à presunção de inocência, caso nos procedimentos processuais fosse permitido a inversão do ônus da prova, por exemplo. Então, o artigo busca nas decisões estrangeiras quais as fundamentações e evoluções a respeito da doutrina da exclusão de provas ilícitas, que posteriormente foi trazida ao ordenamento jurídico brasileiro. No contexto da teoria do garantismo penal, serão usados especialmente os conceitos de submissão à jurisdição lato sensu e stricto sensu, utilizando-se, para tanto, das decisões procedimentais, ou de sua negativa, impostos à fase investigatória pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Neste sentido, a doutrina de exclusão das provas ilícita será estudada como um procedimento processual penal, que se impõe também às diligências pré-processuais, que maximiza as garantias processuais penais requeridas pela Constituição dos Estados Unidos e também pela axiologia desta disciplina processual, analisadas da perspectiva dessa Suprema Corte.

de provas ilícitas antes da Carta Cidadã, isto é, a única Constituição brasileira a consignar a vedação a provas ilícitas foi a atual.

Inclusive é esta Carta que consolida definitivamente um modelo acusatório de processo penal no ordenamento brasileiro, superando-se, pelo menos da perspectiva legislativa, as velhas tradições do Código de Processo Penal de 1941 (LOPES JR., 2002). Evidentemente, a consolidação deste modelo é de suma importância para este trabalho, uma vez que constitui, no mínimo indiretamente, o seu objeto, pelas razões mais detalhadas que serão expostas no decorrer da pesquisa.

Ademais, outro debate latente, que também será enfrentado, é a necessidade de definição, no *estado da arte* do ordenamento pátrio sobre o tema, se a norma do artigo 5º, LVI – que veda o uso de provas ilícitas – tem natureza jurídica de *princípio* ou de *regra*. Para esta análise, utilizaremos as dissertações de Thiago Ávila e Fabiano Yuji, as quais possuem o mesmo marco teórico, embora com conclusões diversas, isto é, ainda que se utilizem da *teoria dos princípios*⁸ de Robert Alexy (1999), um deles conclui que a norma é um *princípio* e outro que é uma *regra*, respectivamente.

Diante disso, toda a contextualização proposta até o momento é para possibilitar a delimitação da pergunta a ser respondida na presente pesquisa, qual seja: é possível *importar* a exceção da prova ilícita de boa-fé, tal como formulado nas proposições trazidas no projeto de lei 4.850/2016, da perspectiva de sua constitucionalidade? Como pano de fundo da pergunta, estará outro questionamento, a contextualização das proposições feitas pelos proponentes foi fidedigna as decisões americanas?

Esta pergunta será o mote central de todo o debate proposto, de modo que a técnica da pesquisa comparada será utilizada para auxiliar a melhor resposta possível, uma vez que será necessária na medida em que testará a veracidade de todas as premissas levantadas nos debates

⁸ Segundo Virgílio Afonso da Silva, “[...] Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil. Por fim, há aqueles que, por diversas razões, rejeitam a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios.” (2003, p. 609).

pelos proponentes das *10 medidas contra a corrupção*. Além disso, o que se considerará como justificativa para o referido projeto, no contexto deste trabalho, são as justificativas apresentadas no texto do projeto de lei enviadas ao Congresso.

Em resumo, a pesquisa se dará com a comparação do ordenamento brasileiro e americano a respeito das estruturas de argumentação acerca de provas ilícitas. Este debate vai ser feito com o objetivo de estudar as propostas do projeto de lei 4.850/2016, especialmente sobre a tentativa de criação da exceção da prova ilícita de boa-fé no Brasil.

Repete-se, de início, que o marco teórico utilizado será teoria do garantismo penal, uma vez que o autor a apresenta com uma perspectiva universalizadora das garantias processuais a partir da conceituação de axiomas norteadores do estudo do direito material e processual penal.

Por fim, é sabido que o referido projeto foi votado na Câmara dos Deputados em 30 de novembro de 2016. Entretanto, o enfrentamento dos argumentos apresentados no projeto ainda possui valor acadêmico, uma vez que as alterações propostas foram defendidas publicamente por figuras como o procurador geral da República. Outrossim, os autores intelectuais desse projeto já vieram a público esclarecer que apresentarão, em breve, um pacote com 100 novas medidas⁹, o que reforça o argumento da manutenção do interesse acadêmico.

⁹ Conforme noticiado amplamente pela Folha de São Paulo, Deltan Dellagnol declarou que irá propor pacote com 100 medidas, a informação pode ser encontrada em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1929744-em-evento-deltan-anuncia-100-medidas-contr-a-corrupcao.shtml>>., Acesso em: 20 de nov. 2017.

CAPÍTULO 2 – Análise da jurisprudência da *exclusionary rule* nos Estados Unidos

Inicialmente, como articulado na introdução, será estudado de que forma o ordenamento jurídico dos Estados Unidos regula a vedação ao uso de provas ilícitas. Evidentemente, haja vista as características do *common law*, este estudo passa, essencialmente, pela análise da jurisprudência da Suprema Corte Americana a respeito do assunto. Adianta-se, desde logo, que esta corte criou, jurisprudencial, a *exclusionary rule*. Para cumprir tal objetivo, serão analisados precedentes que compreendem desde *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914 a *Herring v. United States*, 555 U.S. 135, 2009.

A jurisprudência americana instituiu, em *Marbury v. Madison*, precedente em que se criou o controle de constitucionalidade. Definiu também que, para as violações aos dispositivos constitucionais, seriam criados remédios constitucionais para as reprimir (MONTEIRO, 2006). No contexto desta pesquisa, o remédio constitucional que importa é a *exclusionary rule*, criada em decorrência das violações à 4ª emenda da Constituição dos Estados Unidos, a qual garante a inviolabilidade do lar aos cidadãos. Este é, portanto, o quadro inicial deste estudo específico, que compreenderá diversos momentos históricos a respeito do tema, analisando-se, individualmente, os precedentes relevantes para tal.

A escolha das decisões judiciais a serem analisadas baseou-se na relevância de determinados casos concretos para a jurisprudência dos Estados Unidos, sendo que estas, em grande parte, são objetos de discussão por trazerem ao caso concreto um questionamento em relação à validade da prova, isto é, tentam responder a seguinte pergunta: as provas apresentadas foram obtidas nos conformes constitucionais? Sendo que o fundamento constitucional que traz a necessidade desta discussão é a 4ª Emenda, como previamente citado. Consequentemente, a análise da proposta do texto será feita com base nas decisões que criaram entendimentos e doutrinas sólidas a respeito do debate da licitude das provas.

Basicamente, os precedentes a serem trabalhados no texto tratam de casos em que buscas e apreensões foram realizadas por autoridades policiais de maneira suspeitável, da perspectiva do debate sobre a licitude das provas. A narrativa sobre estes casos basear-se-á nos fatos apresentados em juízo. Porém, os casos e a limitação da amplitude do artigo focarão nos casos em que foi necessária uma discussão em relação às consequências das violações dos direitos previstos na 4ª

Emenda. Isto é, o cidadão teve seu domicílio violado? É possível reparar este dano? Se sim, de que forma? Surge, dessa maneira, a vinculação deste tema com a regra da exclusão da prova ilícita – *exclusionary rule*¹⁰.

Assim, em termos de método, a pesquisa baseia-se na análise qualitativa dos acórdãos que versam sobre a 4^o Emenda, quando vinculada à *exclusionary rule*. Por analisá-las da perspectiva do direito local americano, a bibliografia utilizada, em grande parte, é a de comentadores da jurisprudência dos Estados Unidos, somando-se a esta um referencial teórico do garantismo penal, mais especificamente no que se refere a garantias processuais stricto sensu (FERRAJOLI, 2002), ou seja, a verificação de que os procedimentos processuais penais estão de fato garantindo a materialização dos direitos fundamentais dos investigados. Para tanto, a obra base é *Direito e Razão* (2002).

Por fim, a aplicação do referido método às decisões escolhidas para análise compreenderá períodos históricos bem determinados, e ainda em razão de fatos que possibilitam a identificação histórica das decisões. O período escolhido para o presente texto compreende desde a instituição/criação da *exclusionary rule* (*Weeks v. United States*- 1914), passando pelo seu reconhecimento como obrigatória aos estados (*Wolf v. Colorado* e *Mapp v. Ohio*), também pela decisão de desconstitucionalização da regra (*Calandra v. United States* - 1974) e, por fim, os precedentes que situam de forma preocupante o atual contexto de aplicação da regra (*Hudson v. United States* e *Herring v. United States*).

Recorte específico do tema: o que será estudado da 4^a emenda?

A 4^a emenda é um dispositivo processual/constitucional essencial à doutrina do *devido processo legal* (RICHARD, 2014, p. 1907-1910), uma vez que institui procedimentos processuais necessários, que são direitos dos cidadãos com eficácia em relação ao Estado. Ocorre que esta emenda é uma das que remontam ao *Bill of Rights* – que consiste nas dez primeiras emendas da

¹⁰ A *exclusionary rule* previne o cidadão de que o Estado use em juízo provas adquiridas em desconformidade à Constituição, especificamente quando se trata de dispositivos que versam sobre o devido processo legal – também instituído pela 4^a Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Constituição dos Estados Unidos –, o qual foi elaborado com intuito de garantir direitos dos cidadãos oponíveis ao Estado – enquanto federação –, haja vista que o texto original da Constituição não era claro acerca deste tema.

Consequentemente, o *Bill of Rights* não vincula diretamente os estados federados americanos, ou seja, são garantias de âmbito federal. Mesmo que houvesse decisões da Suprema Corte em determinado sentido – baseadas nas referidas emendas –, os estados não estavam obrigados a seguir tais entendimentos. Para a discussão dos efeitos da 4ª emenda, isto se reveste de muita importância, uma vez que foi reconhecida, pela Suprema Corte, como direito constitucional muito antes de vincular os estados, ou de ainda poder ser aplicada como procedimento autônomo a outros dispositivos constitucionais.

No precedente *Weeks v. United States* (Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 1914), a Suprema Corte dos Estados Unidos sinalizou o entendimento de que para materialização das garantias procedimentais instituídas pela 4ª emenda era necessário que ela fosse aplicada como um remédio constitucional essencial à emenda. Como consequência, o desrespeito aos procedimentos desta emenda passou a ser considerado como violações diretas ao devido processo legal, que é também um direito fundamental do cidadão amplamente requerido pela 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Para a materialização dos efeitos previstos programaticamente na 4ª emenda, criou-se jurisprudencialmente a regra da exclusão de provas ilícitas (*exclusionary rule*), que deve ser entendida como uma decorrência lógica da 4ª emenda, uma vez que possibilita seus efeitos materiais (RICHARD, 2014, p. 1934). Nota-se, a partir desta decisão, que as provas adquiridas em desconformidade aos ditames constitucionais estipulados nesta emenda eram rechaçadas pela Suprema Corte todas as vezes que fosse reconhecida ofensa aos dispositivos que versam sobre o devido processo (Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 1914).

Antes da aplicação dos efeitos da *exclusionary rule*, mesmo que houvesse reconhecimento das violações ao texto constitucional, não havia previsão de que as provas fossem excluídas do processo, ou seja, havia simplesmente uma eficácia programática da norma enquanto fundamento jurídico. Entretanto, com a aplicação desta regra, as provas consideradas ilícitas passaram a ser

excluídas da apreciação judicial, não podendo ser utilizadas para a formação da culpabilidade do agente. O que parece lógico, uma vez que a prova produzida dentro dos parâmetros racionalizados do sistema penal é direito do acusado (FERRAJOLI, 2002).

Não obstante, como brevemente trabalhado, a 4ª emenda não vinculava os estados americanos, sendo que estes podiam ou não reconhecer a ilicitude das provas quando o crime fosse de perseguição penal estadual. Esta situação passou a ser intensamente deliberada em *Wolf v. Colorado* (Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25, 1949). Apesar do entendimento não ter mudado nesse precedente, ele apresenta uma grande evolução no que tange à vinculação dos estados, uma vez que se intensificou o debate e trouxe novos argumentos à Corte, e, por esta razão, será estudado individualmente no artigo.

A vinculação dos estados só viria a ocorrer em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), contudo, a título do objetivo do artigo, é importante a demonstração da evolução histórica da argumentação da Suprema Corte no sentido de vincular os estados. Fato que para o presente artigo será considerado o paradigma de avaliação da atual interpretação da *exclusionary rule*, haja vista que foi a primeira vez que a Suprema Corte reconheceu a necessidade de que a constituição, por meio da 4ª emenda, estendendo os efeitos da 14ª emenda, garantisse o direito dos cidadãos em relação à vedação de buscas ilegais também nos crimes de perseguição penal dos estados.

Com intuito de possibilitar uma análise histórica da regra de exclusão de provas ilícitas, cada precedente imprescindível ao objeto do texto será estudado individualmente, demonstrando as particularidades das argumentações em cada decisão. Para que seja possível a análise da completude do objeto, este trecho se estrutura em quatro partes distintas: o surgimento da *exclusionary rule* como um direito constitucional, a discussão a respeito da vinculação das cortes estaduais à regra, a desconstitucionalização da *exclusionary rule* e, por último, a interpretação atual que a Suprema Corte dá ao tema.

2.1. O reconhecimento de um Direito Constitucional: a formulação da *exclusionary rule*, *Weeks v. United States* (1914)

Conforme visto no capítulo introdutório, a 4ª emenda da Constituição dos Estados Unidos estipula que os cidadãos sejam protegidos em relação a buscas desarrazoadas e arbitrárias em seus domicílios e haveres. Apesar de parecer lógica a ideia da exclusão das provas obtidas ilicitamente, uma vez que há no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo que trata especificamente sobre o tema, esta não é a realidade do ordenamento estadunidense atualmente, muito menos, há aproximadamente um século.

A doutrina da exclusão de provas ilícitas surge na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na decisão de *Weeks v. United States*, em que se reconheceu a necessidade de criar um remédio constitucional para materializar as garantias constitucionais da 4ª emenda (RICHARD, 2014). Isto é, a Corte tentou dar eficácia aos direitos individuais estipulados nessa emenda a fim de que os cidadãos de fato tivessem seu direito à inviolabilidade do lar garantido, e que este direito fosse de fato oponível horizontalmente ao Estado (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914).

O precedente supracitado ensejou discussão sobre a licitude das provas, tendo em vista as características do caso concreto, que permitiram amplo debate acerca da possível criação da doutrina da exclusão de provas ilícitas. No referido caso, o Senhor Fremont Weeks teve a casa invadida pela polícia, sem mandado judicial, e lá foram apreendidas evidências que o ligavam a práticas criminosas¹¹. Utilizando-se das provas apreendidas nesta empreitada, o investigado foi condenado em ambos os graus de jurisdição do estado do Missouri (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914).

¹¹ O Senhor Fremont Weeks foi preso por supostamente transportar bilhetes de loterias por correspondência, valendo-se das facilidades que o emprego em uma empresa de encomendas lhe proporcionava. Logo após prisão, policiais do distrito de Kansas City foram a sua residência – sem mandado judicial –, conseguiram a chave da casa, por meio de uma informação dada por um vizinho, e nela ingressaram. Durante esta busca, apreenderam documentos e os entregaram a policiais federais. Algumas horas depois, ainda sem mandado judicial, os policiais federais voltaram a casa do senhor Fremont Weeks junto aos policiais do distrito, e lá realizaram uma nova apreensão, sendo que desta vez foram apreendidos envelopes e cartas que estavam em móveis da casa.

Posteriormente, o processo foi aceito para julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo que esta levantou a seguinte hipótese para resolução do caso: é possível manter uma condenação com base em provas desta forma adquiridas, se não, quais seriam as consequências?

Nota-se, primeiramente, que há uma preocupação com a possibilidade de admissão das provas, e de seu julgamento nos conformes da Constituição. Porém, existe ainda uma discussão de âmbito mais pragmático, em que, caso as provas sejam consideradas ilegais pela Corte, quais seriam as consequências concretas para o investigado, investigador e para o processo como um todo, ou seja, este debate colocaria em evidência todo um modo de operar o processo penal a partir daquele momento. Apesar da resposta da exclusão parecer lógica para o caso, reitera-se que não era uma teoria presente no ordenamento jurídico americano à época.

Pois bem, a Corte argumentou que era necessário dar conteúdo mínimo de aplicabilidade à 4ª emenda, sob pena de que se não o fizessem, poder-se-iam transformar as garantias por ela instituída em meras afirmações sem eficácia jurídica, ou em uma norma jurídica programática, retirando-lhe qualquer possibilidade de aplicabilidade a casos concretos, o que se transverteu na principal preocupação da Suprema Corte Americana, conforme fora afirmado textualmente em *Weeks*¹²:

Se cartas e documentos pessoais podem ser apreendidos, custodiados e usados como evidência contra um cidadão acusado de um crime, a proteção da 4ª emenda, que declara o direito do cidadão de estar seguro contra buscas e apreensões, não tem valor, e, na medida em que aqueles assim colocados sejam de interesse, devem, então, ser protegidos pela Constituição. Os esforços das Cortes e de oficiais em punir o culpado, dignos como são, não pode se auxiliar do sacrifício daqueles grandes princípios estabelecidos durante anos de esforço e sofrimento que resultaram em sua personificação na lei máxima do Estado. (Tradução nossa)

Ademais, ficou muito claro nesse precedente que o instrumento que poderia dar a eficácia desejada pela corte à 4ª emenda deveria ter status constitucional. Por esta razão, é que se afirma

¹² *If letters and private documents can thus be seized and held and used in evidence against a citizen accused of an offense, the protection of the 4th Amendment, declaring his right to be secure against such searches and seizures, is of no value, and, so far as those thus placed are concerned, might as well be stricken from the Constitution. The efforts of the courts and their officials to bring the guilty to punishment, praiseworthy as they are, are not to be aided by the sacrifice of those great principles established by years of endeavor and suffering which have resulted in their embodiment in the fundamental law of the land.* (Texto original)

que a regra da exclusão de prova ilícitas surge na jurisprudência como um remédio constitucional, o que se justificou no fato da *exclusionary rule* ter sido criada como uma derivação lógica da 4ª emenda. Esta interpretação fica clara no voto condutor do precedente do Justice Day, que fora seguido, unanimemente, pelos seus pares em *Weeks*¹³:

O efeito da 4ª emenda é submeter as cortes dos Estados Unidos e os agentes federais, no exercício de sua autoridade, sob limitações e restrições ao exercício desta, e para sempre garantir a segurança das pessoas, casas, haveres contra qualquer tipo de buscas desarrazoadas nos moldes da lei. Esta proteção atinge a todos, enquanto acusado de crime ou não, e é seu papel dar-lhe força e obrigatoriedade para todos os jurisdicionados sob o nosso sistema Federal a aplicação das leis. O intuito daqueles que executam a legislação criminal do país para obter condenações por meios ilegais não pode encontrar respaldo nos tribunais de justiça, o que deve ser protegido pela Constituição, e que os cidadãos de qualquer condição têm o direito de se insurgir para que se mantenha este direito fundamental. (Tradução nossa)

Conforme o trecho retirado da decisão de *Weeks*, ficou muito evidente a ideia da maioria da Corte de que a *exclusionary rule* era um elemento interpretativo indispensável à 4ª emenda e, dessa forma, convertia-se, por óbvio, em direito fundamental do cidadão. Em síntese, a tese vencedora, sobre a qual não houve divergência, é que a eficácia da 4ª emenda dependeria de que esse direito do cidadão fosse, de fato, oponível ao Estado, e para tanto, afirmou-se que caso houvesse desrespeito a tal emenda, as evidências ilegalmente apreendidas não poderiam embasar condenações em face do cidadão (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914).

Isto é, as evidências que fossem obtidas em desconformidade ao ordenamento jurídico, especialmente em relação à 4ª emenda e à recém-criada *exclusionary rule* não poderiam ser utilizadas para embasar decisões judiciais condenatórias, sendo elas, dessa maneira, excluídas instrumentalmente do processo. Nota-se, portanto, que este entendimento reconhece que o processo penal deve garantir materialmente o direito dos cidadãos à liberdade, uma vez que o braço punitivo

¹³ *The effect of the 4th Amendment is to put the courts of the United States and Federal officials, in the exercise of their power and authority, under limitations and restraints as to the exercise of such power and authority, and to forever secure the people, their persons, houses, papers, and effects, against all unreasonable searches and seizures under the guise of law. This protection reaches all alike, whether accused of crime or not, and the duty of giving to it force and effect is obligatory upon all [e]ntrusted under our Federal system with the enforcement of the laws. The tendency of those who execute the criminal laws of the country to obtain conviction by means of unlawful seizures . . . should find no sanction in the judgments of the courts, which are charged at all times with the support of the Constitution, and to which people of all conditions have a right to appeal for the maintenance of such fundamental rights.* (Texto original).

do Estado fica adstrito aos seus procedimentos, não bastando para tanto à submissão do processo a jurisdição lato sensu (FERRAJOLI, 2002), afirmando, inclusive, que os tribunais não podem ser refúgio para ilegalidades desta natureza.

Entretanto, é imprescindível deixar consignado que a *ratio decidendi* desta decisão não enfrenta a vinculação das cortes estaduais à nova regra criada, e não poderia ser diferente, haja vista que o caso concreto não suscitava este debate (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914). Ou seja, para a Suprema Corte, naquele momento, a *exclusionary rule* deveria ser obrigatoriamente efetiva quando da persecução penal de competência federal ou quando houvesse diligências executadas por agentes federais do Estado, nos moldes do entendimento firmado *Boyd v. United States* a respeito do *Bill of Rights*¹⁴.

O silêncio necessário da Corte em relação a este tema deixou um debate importantíssimo incubado, haja vista que a própria decisão, em *Weeks v. United States*, visa criar eficácia prática a um dispositivo constitucional (4ª emenda), mas ela própria teve de se silenciar em razão da amplitude da eficácia da regra recém-criada. Diante disso, é de suma importância para o histórico da *exclusionary rule* analisar os precedentes *Wolf v. Colorado* e *Mapp v. Ohio*, tendo em vista que estes julgamentos aprofundam o debate acerca da amplitude da doutrina de *Weeks*, que serão estudos no próximo subtópico do texto.

É importante notar, ainda, antes de se concluir o subtópico, que o pano de fundo da aplicação da *exclusionary rule* é o controle da autoridade do Estado, e assim, a proteção do cidadão à autoridade ilegal exercida. Cria-se, portanto, que a *exclusionary rule* tem o condão de limitar o uso arbitrário da força pelos agentes do Estado, já que condutas como esta, em desrespeito a direitos constitucionais, não resultariam no efeito desejado por quem cometesse o ato ilícito, que nos casos trabalhados seriam a utilização das provas ilicitamente obtidas como provas judiciais.

¹⁴ Segundo Burt Neuborne, em *The spirit of american law*, o *Bill of rights* é a declaração de direitos dos Estados Unidos da América, documento ratificado em 15 de dezembro de 1871, composto pelas 10 primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos.

2.2. A aposta em estratégias diversas da exclusão da prova para a garantia da eficácia da Quarta Emenda: *Wolf v. Colorado*

A decisão de *Weeks v. United States* não firmou entendimento sobre a abrangência vinculativa da *exclusionary rule* aos estados americanos, como já articulado no texto. Entretanto, nunca existiu unanimidade a respeito do *Bill of Rights* quanto a sua obrigatoriedade nas cortes estaduais. Prova disto é que este debate foi anteriormente travado em diversos outros precedentes na Suprema Corte, tais como: *Hurtado v. California*¹⁵, *Twining v. New Jersey*¹⁶, *Brown v. Mississippi*¹⁷ e *Palko v. Connecticut*¹⁸.

Porém, é em *Wolf v. Colorado* que o debate se intensifica, e é o que faz deste precedente, mesmo que não tenha havido mudança da jurisprudência quanto à abrangência da doutrina, de suma importância para o estudo que se propõe este artigo.

Pode-se afirmar, diante disso, haja vista dos outros precedentes que debateram o presente tema, que não era novo o debate acerca da amplitude que deveriam ter as emendas constitucionais que compunham o *Bill of Rights*. E, mais uma vez, a resposta da Corte foi no mesmo sentido das decisões anteriores à *Wolf v. Colorado*¹⁹. A Corte negou que a regra criada em *Weeks* pudesse vincular os estados americanos (*Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 1949). Entretanto, a dissidência

¹⁵ Estados Unidos. Suprema Corte. *Hurtado v. California*, 1884.

¹⁶ Estados Unidos. Suprema Corte. *Twining v. New Jersey*, 1908.

¹⁷ Estados Unidos. Suprema Corte. *Brown v. Mississippi*, 1936.

¹⁸ Estados Unidos. Suprema Corte. *Palko v. Connecticut*, 1937.

¹⁹ Em 17/04/1944, o médico Julius A. Wolf, especialista em obstetrícia, foi preso por suposta conspiração para prática de abortos. A investigação que desencadeou a prisão foi conduzida pelo detetive Ray Humphreys, o qual obteve informações anônimas de mulheres que teriam ou pretendiam realizar abortos com Dr. Wolf. Ocorre que estas evidências basearam a entrada do detetive no consultório particular do médico, local onde realizou busca e apreensões sem a devida autorização judicial. Desta busca, resultou na apreensão de dois diários profissionais, referentes aos anos de 1943 e 1944, em que constavam os nomes e as datas nas quais o médico teria se encontrado com as pacientes que desejavam realizar abortos clandestinos. Com base nestas evidências, o Dr. Wolf foi preso – sem ordem judicial. Posteriormente, em decorrências desses fatos, ele foi acusado duas vezes por conspirar para a prática de abortos, em dois juris distintos e, em ambos, foi condenado. A principal linha de investigação consistiu em contatar as mulheres listadas no livro e confirmar o contato delas com o médico com o intuito de abortar ou que já teriam abortado. Isto é, o conteúdo do livro foi a principal prova produzida, somada ao testemunho das mulheres, prova que deriva diretamente da anterior. Fatos que permitiriam de pronto a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que uma prova foi imprescindível ao descobrimento da outra. Estas ilegalidades forma alegadas em matéria de defesa e foi requerida a exclusão destas provas nos julgamentos do Dr. Wolf. Entretanto, a tese não prosperou, e, aplicando-se o precedente de *Weeks v. United States*, este fundamento foi rejeitado na Corte Superior do Colorado. Nota-se, em vista disso, que as alegações da defesa foram rejeitadas não pelo mérito da decisão de *Weeks v. United States*, e sim, pelo reconhecimento de que tal precedente não se aplicava ao caso concreto, uma vez que é um crime estadual.

em *Wolf* é mais relevante, e fez com que os juízes debatessem com mais profundidade os efeitos e as razões que impediriam a vinculação das cortes estaduais à doutrina de exclusão das provas ilícitas, atribuindo, assim, novos conceitos e formas à *exclusionary rule*.

A seguinte hipótese foi levantada pela Corte em *Wolf v. Colorado*²⁰:

Uma condenação de Corte Estadual, por um crime estadual, nega o devido *processo legal* requerido pela quarta emenda? Exclusivamente porque se utiliza em julgamento de uma evidência que foi obtida sob circunstâncias que a tornariam inadmissível na persecução penal federal, pela violação de uma lei federal, em uma Corte dos Estados Unidos da América, na qual é considerada uma infração à quarta emenda, nos moldes de *Weeks v. United States*? (Tradução nossa)

Primeiramente, é necessário que se esclareça a proximidade da 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos com o tema do artigo. Pois bem, esta emenda estipula que os estados têm de garantir o *devido processo legal* aos cidadãos. Assim, em tese, a hipótese levantada é se a regra criada em *Weeks* seria indispensável para o conceito de devido processo legal (*due process of law*), porque, caso fosse, teria a Corte que superar o entendimento de que as dez primeiras emendas da Constituição dos Estados Unidos seriam garantias do cidadão em relação ao Estado, enquanto federação.

Isto posto, a tese para a superação de *Weeks*, no que tange à abrangência da decisão, reconheceria que a *exclusionary rule* é uma regra indispensável ao devido processo legal, e, consequentemente, integraria o sentido deste direito fundamental, e como a 14ª emenda é oponível aos estados federados, se preencheria o sentido do direito positivado nesta emenda com a doutrina da *exclusionary rule*, o que, como consequência, a tornaria oponível em relação aos entes da federação. Contudo, não foi nesse sentido o entendimento da Corte.

Pelo contrário, como fundamentação do voto condutor do Juiz Frankfurter, a Suprema Corte afirmou, em discordância de *Weeks v. United States*, que a *exclusionary rule* nem mesmo possuía

²⁰ Does a conviction by a State court for a State offense deny the "due process of law" required by the Fourteenth Amendment, solely because evidence that was admitted at the trial was obtained under circumstances which would have rendered it inadmissible in a prosecution for violation of a federal law in a court of the United States because there deemed to be an infraction of the Fourth Amendment as applied in *Weeks v. United States*? (Texto original)

conteúdo inerente de aplicabilidade à 4ª emenda, sendo, somente, uma doutrina jurisprudencial que poderia ser utilizada como remédio constitucional para eventuais violações de direito (Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25, 1949), conforme pode-se notar de trecho específico do referido juiz²¹:

Em *Weeks v. United States*, supra, esta Corte afirmou que, na persecução federal a 4ª emenda proíbe o uso de evidências obtidas por meio de buscas e apreensões ilegais. Esta regra foi utilizada pela primeira vez em 1914, não foi derivada dos requisitos explícitos da 4ª emenda; também não se baseou nos comandos legislativos do Congresso com intuito de fortalecer a Constituição. A decisão foi uma questão de política judiciária. Deste então, foi frequentemente aplicada e nós aderimos a ela. Entretanto, a questão imediata é se o direito básico à inviolabilidade, em persecução federal, contra buscas arbitrárias logicamente requer o direito à exclusão das provas ilegalmente obtidas, como um direito inerente à 4ª emenda. É uma suposição sobre a qual um homem devoto à proteção de liberdades individuais deve dar respostas diferentes. (Tradução nossa)

Como consequência desta argumentação, reconheceu-se, indiretamente, o potencial de procedimento autônomo da *exclusionary rule*, o que tempos depois seria essencial para que se vislumbrasse a possibilidade de se aplicar essa doutrina para outros tipos de violações ao devido processo legal, ou seja, em relação a outros dispositivos constitucionais (RICHARD, 2014). Contudo, mais adiante, foi, também, imprescindível para concepção da *deterrence of police misconduct*²² como única função da *exclusionary rule*, interpretação que significa grande retrocesso à doutrina, o que será também estudado em tópicos seguintes.

Além desta linha argumentativa, outra observação de suma relevância deste precedente para a doutrina da exclusão das provas ilícitas foi a Corte ter reafirmado entendimento no qual o conteúdo de aplicabilidade do devido processo legal deveria ser dado pela legislação estadual, em outras palavras, os estados federados seriam responsáveis por dar o conteúdo de aplicação da 14ª

²¹ In *Weeks v. United States*, supra, this Court held that, in a federal prosecution the Fourth Amendment barred the use of evidence secured through an illegal search and seizure. This ruling was made for the first time in 1914. It was not derived from the explicit requirements of the Fourth Amendment; it was not based on legislation expressing Congressional policy in the enforcement of the Constitution. The decision was a matter of judicial implication. Since then, it has been frequently applied, and we stoutly adhere to it. But the immediate question is whether the basic right to protection against arbitrary intrusion by the police demands the exclusion of logically relevant evidence obtained by an unreasonable search and seizure because, in a federal prosecution for a federal crime, it would be excluded. As a matter of inherent reason, one would suppose this to be an issue as to which men with complete devotion to the protection of the right of privacy might give different answers. (Texto original)

²² Segundo Estampres, são razões pragmáticas, como destacado por Fidalgo Gallardo (2003, 28), que fundamentam a *exclusionary rule*, uma vez que tem como objetivo evitar condutas ilícitas na obtenção de provas (*deterrence of police misconduct*).

emenda aos respectivos territórios. Para tanto, dever-se-ia utilizar como referencial a Constituição e as emendas que vinculavam cada ente da federação (*Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 1949).

A argumentação em relação à independência dos estados para determinar o conteúdo do que seria o devido processo legal também foi dada no voto condutor do Juiz Frankfurter, o que talvez tenha sido o principal argumento da corte para que *Wolf* não significasse uma grande guinada na doutrina de *Weeks*. Para tanto, o voto condutor teve como base os entendimentos já firmados pela jurisprudência em diversos outros precedentes, especialmente *Palko v. Connecticut*, como pode ser notado do trecho a seguir²³: “Com a finalidade de apurar as restrições que a cláusula do devido processo legal impõe aos estados no esforço de suas leis criminais, nós aderimos aos pontos de vista expressos em *Palko v. Connecticut*, supra (Tradução nossa)”.

A despeito da não superação de *Weeks v. United States*, no que tange ao tema específico do tópico, *Wolf v. Colorado* tem estes pontos a serem ressaltados, principalmente em relação às linhas de argumentação da Corte, que em parte seguem jurisprudência já firmada. Porém, por outro lado, apresentam discordância com o próprio fundamento que cria a *exclusionary rule* em *Weeks* (RICHARD, 2014). E, ainda, se estabeleceu, indiretamente, consequências quanto ao reconhecimento desta doutrina como um procedimento autônomo à 4ª emenda.

Por outro lado, a divergência a respeito do tema ficou demonstrada no voto dissidente deste precedente, uma vez que reiterou a argumentação da necessidade da doutrina da exclusão de provas ilícitas, tendo-se em vista a decisão de *Weeks*, e, ainda, apresentou argumentação mais expansiva em relação à necessidade de se aplicar essa doutrina de forma vinculativa às cortes estaduais. O juiz Clark conduz a dissidência e demonstra em seu voto a imprescindibilidade da *exclusionary rule*, o que já havia sido atacado pelo condutor do precedente, o juiz Frankfurter, trecho da dissidência²⁴:

²³ For purposes of ascertaining the restrictions which the Due Process Clause imposed upon the States in the enforcement of their criminal law, we adhere to the views expressed in *Palko v. Connecticut*, supra. (Texto original).

²⁴ The ignoble shortcut to conviction left open to the State tends to destroy the entire system of constitutional restraints on which the liberties of the people rest. Having once recognized that the right to privacy embodied in the Fourth Amendment is enforceable against the States, and that the right to be secure against rude invasions of privacy by state officers is, therefore, constitutional in origin, we can no longer permit that right to remain an empty promise. Because it is enforceable in the same manner and to like effect as other basic rights secured by the Due Process Clause, we can

O atalho quanto à interpretação deixada na quarta emenda pelo Estado tende a destruir todo o sistema de restrições constitucionais sobre o qual descansa a liberdade do povo, assim, uma vez que se reconheça que o direito à privacidade incorporado por esta emenda é executável contra os estados e, que o direito de ser seguro contra invasões arbitrárias de privacidade por oficiais do Estado é de origem constitucional, não poderemos mais permitir que esse direito permaneça uma promessa vazia. Dessa forma, como a emenda é pela mesma autoridade aplicável, com o mesmo efeito, que outros direitos fundamentais assegurados pela cláusula do *devido processo legal*, não podemos mais permitir que seja revogável por capricho de qualquer policial que, em própria aplicação lei, escolhe suspende-la a seu gosto. (Tradução nossa)

Por fim, é interessante notar nesse precedente que, a despeito de ser uníssono na Corte que o caso concreto ensejaria a exclusão das provas, isso só seria possível se ultrapassadas as questões pragmáticas que foram objeto de discussão neste tópico, uma vez que seriam claramente ilícitas segundo a doutrina de *Weeks*. Assim, a hipótese levantada em *Wolf* foi respondida negativamente, isto é, o conteúdo da *exclusionary rule* segundo *Weeks* não preenchia logicamente a interpretação da garantia ao devido processo legal da 14^a emenda (*Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 1949).

Frisa-se, assim, que a Corte naquele momento não concebeu a doutrina de *Weeks* como elemento indispensável ao devido processo legal, pelo contrário, negou, inclusive o fundamento de criação da doutrina. Positivamente, retira-se do precedente o reconhecimento da potencialidade da *exclusionary rule* autonomamente, isto é, foi assentado o embrião para um posterior reconhecimento da *exclusionary rule* como procedimento autônomo a outras violações a direitos fundamentais, o que ampliou, consideravelmente, seu espectro de utilização como um procedimento processual penal (COMMACK, 2010, p. 632-634).

2.3. O ápice da curva ascendente das garantias processuais: *Mapp v. Ohio* (1961)

Em *Wolf v. Colorado*, como visto, a Corte sustentou que outros remédios poderiam ter os mesmos efeitos que a doutrina de *Weeks* como um dos argumentos que reforçam a ideia de que a *exclusionary rule* não é um dispositivo indispensável ao devido processo legal, requerido extensivamente pela 14^a emenda. Entretanto, os mais dez anos passados entre *Wolf* e *Mapp*

no longer permit it to be revocable at the whim of any police officer who, in the name of law enforcement itself, chooses to suspend its enjoyment.

demonstram que este argumento não era verdadeiro, e isto ficou evidente quando da análise das consequências desse precedente para a 4ª emenda.

O voto condutor do juiz Clark iniciou com uma ressalva de suma importância em relação às consequências de *Wolf* para jurisprudência das cortes estaduais dos Estados Unidos. Antes do julgamento desse precedente, aproximadamente dois terços das cortes estaduais se opunham à doutrina de *Weeks*, em decorrência de jurisprudência própria ou de legislação estadual sobre o tema (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961). Entretanto, este percentual diminuiu à metade após o entendimento firmado pela Suprema Corte em *Wolf v. Colorado*.

O aumento da utilização da regra nas Cortes estaduais se deu, entre outros motivos, pelo exemplo do Estado da Califórnia, que reconheceu o fracasso de outros remédios possíveis a violações dos direitos previstos na 4ª emenda, fato reconhecido pela Suprema Corte em *Mapp* no voto do juiz Clark (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961).

Notou-se, então, que a regra criada jurisprudencialmente pela Suprema Corte com intuito de dar conteúdo prático de aplicabilidade à 4ª emenda teve sua extensão aumentada em virtude de motivos diversos da jurisprudência da Corte (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961). Ou seja, as jurisprudências das Cortes estaduais foram responsáveis por aumentar a aplicabilidade da regra criada sobre este preceito, e isto foi trazido pelo juiz Clark como um dos motivos da necessidade da mudança na jurisprudência da Corte em relação ao uso da regra, uma vez que os estados reconheceram que os outros remédios – citados em *Wolf* – não foram promissores²⁵:

Enquanto, em 1949, antes do caso *Wolf*, quase dois terços dos Estados se opunham ao uso da regra de exclusão, agora, apesar do caso *Wolf*, mais de metade destes mudaram de entendimento, total ou parcialmente, aderindo à regra por meio de decisões judiciais ou

²⁵ While, in 1949, prior to the *Wolf* case, almost two-thirds of the States were opposed to the use of the exclusionary rule, now, despite the *Wolf* case, more than half of those since passing upon it, by their own legislative or judicial decision, have wholly or partly adopted or adhered to the *Weeks* rule. See *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, Appendix, pp. 224-232 (1960). Significantly, among those now following the rule is California, which, according to its highest court, was compelled to reach that conclusion because other remedies have completely failed to secure compliance with the constitutional provisions. (Texto original)

por leis próprias(...). Significativamente, entre os que agora seguem a regra é a Califórnia, que, de acordo com seu mais alto tribunal, foi obrigada a chegar a essa conclusão, porque outros remédios não conseguiram garantir o cumprimento das disposições constitucionais. (Tradução nossa)

Diante desta constatação, os argumentos que se baseavam no fato de que a *exclusionary rule* não era necessária ao devido processo legal, uma vez que teriam outras possibilidades jurídicas de aplicar pragmaticamente a 4ª emenda, não se sustentaram no tempo, segundo o condutor do precedente (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961). Pode-se dizer que os malefícios à doutrina de *Weeks* trazidos em *Wolf* ficaram evidentes quando do julgamento de *Mapp v. Ohio*, o que abriu caminho para a superação daquele precedente, que em grande parte não inovou quanto à argumentação.

A hipótese levantada em *Wolf* foi respondida de forma diversa pela Suprema Corte em *Mapp v. Ohio*²⁶, sendo que neste precedente se reconheceu pela primeira vez que a doutrina de *Weeks* era matéria de direito constitucional, complementando o sentido lógico de devido processo legal e que deveria vincular obrigatoriamente as cortes estaduais. Basicamente, a tese para que se vinculassem os estados em *Mapp* foi a mesma vencida no precedente anterior estudado neste artigo (RICHARD, 2014).

²⁶ Dollre Mapp era funcionária em casa de apostas ilegais. Em 23/03/1957, policiais do distrito de Cleveland, Ohio, receberam uma denúncia anônima de que Virgil Ogletree, que era procurado por ser suspeito de explodir a casa de apostas de um de seus rivais estaria escondido na casa de Dollre Mapp. Além do suspeito, a denúncia afirma ainda que seria possível encontrar matérias relacionados a casa de jogos de apostas ilegais.

Atendendo a denúncia, três policiais do distrito foram à casa de Dollre Mapp e pediram para entrar, mas a proprietária, depois de consultar seu advogado, não franquiou o acesso dos policiais sem um mandado de busca e apreensão. Depois da negativa, dois policiais deixaram o local, e outro permaneceu vigiando a casa do outro lado da rua.

Três horas depois, quatro viaturas com vários policiais chegaram na casa de Dollre Mapp, bateram na porta, e ela não atendeu a porta. Posteriormente, eles arrombaram a porta e forçaram a entrada na casa, diante desta situação, a proprietária pediu para ver o mandado de busca e lhe foi mostrada um papel, o qual ela tomou de um dos policiais e o guardou junto a seu corpo. Os policiais tomaram os papéis à força de Dollre e não permitiram que posteriormente seus advogados tivessem acesso ao referido mandado. Durante a busca no segundo andar da casa, Dollre Mapp foi algemada por se comportar de forma beligerante, posteriormente Ogletree, o suspeito, foi encontrado na casa. Entretanto, Dollre Mapp foi, ainda, presa porque também foram encontrados utensílios para jogos de apostas, uma pistola e livros de pornografia em seus pertences.

Ocorre que o papel mostrado à proprietária da casa não era um mandado e foi só um subterfúgio dos policiais para entrarem na casa de Dollre, o que foi comprovado durante a instrução processual, uma vez que tal documento não foi juntado aos autos. Já na Suprema Corte, o promotor de Cleveland, quando da sentença, enumerou cautelosamente os fatos para confirmar a inexistência do mandado.

A divergência da minoria em *Wolf v. Colorado* foi encabeçada pelo Juiz Clark, e ele foi também o responsável por trazer o caso de Dollre Mapp para julgamento no Suprema Corte. Nota-se que, em ambas as decisões, o juiz reconheceu que o conteúdo dado à 4ª emenda pela *exclusionary rule* era matéria indispensável conceito de devido processo legal, que é requerido abrangentemente pela 14ª emenda da Constituição americana. Outro dado importante é consignar o momento histórico desta decisão: a Suprema Corte Americana estava sob a presidência do juiz Earl Warren, período que historicamente ficou conhecido, especialmente na década de sessenta, pela efetivação de direitos civis²⁷.

Diversos precedentes históricos foram marcados pela *Warren's court*, Corte presidida pelo Juiz Earl Warren. Neste período, a jurisprudência mudou entendimentos também a respeito da *exclusionary rule*, que teve, inclusive, seu âmbito de aplicabilidade ampliado, haja vista que passou a ser aplicada como direito constitucional vinculado a outros dispositivos constitucionais. Neste sentido, também foram julgados *Massiah v. United States* (1964)²⁸ e *Miranda v. Arizona* (1966)²⁹, em que, respectivamente, a doutrina de *Weeks* foi utilizada em relação a 5ª e 6ª emendas da Constituição dos Estados Unidos (COMMACK, 2010, p. 632).

Ora, no tópico anterior foi ressaltado o fato de que, indiretamente, o entendimento da maioria capitaneado pelo juiz Franckfurter ressaltou o potencial da regra da exclusão das provas ilícitas como um procedimento autônomo, o que foi destacado, inclusive, como um dos pontos mais importantes de *Wolf v. Colorado*. Pois bem, este entendimento, que reconhece o potencial da regra de *Weeks*, autonomamente levou a Corte nos referidos precedentes a expandir a aplicabilidade da doutrina, o que reforçou obrigatoriamente o uso desta (COMMACK, 2010, p. 633).

A exclusão das provas ilícitas passa a ser uma medida processual penal definida constitucionalmente pela Suprema Corte aplicável a outros dispositivos da Constituição americana. Nos precedentes *Massiah v. United States* e *Miranda v. Arizona*, a Corte aplicou a exclusão de provas a violações ao direito do cidadão, à presença de advogado durante interrogatório policial e

²⁷ O precedente de *Brown v. Board of Education* (1954), no qual foi reputado inconstitucional a segregação racial entre brancos e negros foi decidido neste período histórico, por exemplo.

²⁸ Estados Unidos. Suprema Corte. *Massiah v. United States*, 1964.

²⁹ Estados Unidos. Suprema Corte. *Miranda v. Arizona*, 1966.

à inadmissibilidade de confissões forçadas pela polícia sem que o cidadão fosse devidamente informado de seus direitos constitucionais (COMMACK, 2010, p. 633).

Nota-se que a abrangência da doutrina de *Weeks* passa a ter durante a *Warren's Court* depende, necessariamente, das conquistas dos cidadãos americanos garantidas em *Mapp v. Ohio*, quando da aplicação do conteúdo da *exclusionary rule*. Outro fato de suma importância é reconhecer que os argumentos apresentados em *Mapp* não são novidade na Corte, mas foi nessa decisão que se garantiu a maioria, isto é, esse precedente é mais importante pelas conquistas posteriores que ele possibilita do que em razão da relevância e da novidade dos fundamentos da decisão.

Os precedentes *Massiah v. United States* (1964) e *Miranda v. Arizona* (1966) sucederam as garantias e evoluções da doutrina de *Weeks* em *Mapp*, julgados pouco tempo depois dele, três e cinco anos, respectivamente. Porém, é importante ressaltar que estes julgamentos fazem parte da criação de uma regra que passou ser utilizada como direito constitucional para diversos tipos de violações a direitos constitucionais defendidos por dispositivos diversos da Constituição.

Frisa-se, antes da conclusão do subtópico, que a maioria da Corte argumentou que a *exclusionary rule* é um componente indispensável à 4^a e à 14^a emenda da Constituição e que, pela mesma autoridade, seriam inadmissíveis em cortes estaduais. Desta forma, com a afirmação de que a doutrina de *Weeks* era necessária à 14^a emenda, a vinculação às cortes era uma consequência lógica, o que pode ser retirado do voto condutor do juiz Clark³⁰:

Uma vez reconhecido que o direito à privacidade consagrado na 4a emenda é oponível em relação aos estados, e que o direito a ser protegido contra invasões arbitrárias de propriedade por oficiais do estado são constitucionais na origem, portanto, não podemos mais permitir que esse direito continue uma promessa vazia. Porque (a regra) é oponível pela mesma autoridade e possui o mesmo efeito de outras garantias do devido processo

³⁰ *Having once recognized that the right to privacy embodied in the Fourth Amendment is enforceable against the States, and that the right to be secure against rude invasions of privacy by state officers is, therefore, constitutional in origin, we can no longer permit that right to remain an empty promise. Because it is enforceable in the same manner and to like effect as other basic rights secured by the Due Process Clause, we can no longer permit it to be revocable at the whim of any police officer who, in the name of law enforcement itself, chooses to suspend its enjoyment.* (Texto original)

legal. Não podemos mais permitir que ele seja revogável ao sabor de qualquer policial que, em nome da aplicação da lei, escolha suspender sua aplicação. (Tradução nossa)

Diante da decisão deste precedente, pode-se afirmar que aquele momento significou na história da doutrina de *Weeks* o seu momento de maior amplitude, uma vez que soma a vinculação das cortes estaduais à doutrina, e, também, por reafirmar, nos moldes de *Weeks v. United States*, que a *exclusionary rule* é, por óbvio, um direito constitucional do cidadão americano oponível em relação ao Estado, além da materialização como dispositivo autônomo. Por estas razões, *Mapp v. Ohio* é um dos principais precedentes na efetivação da *exclusionary rule* como procedimento constitucional indispensável.

Entretanto, os anos seguintes mostrariam que, como afirmado, a doutrina de *Weeks* teria sua maior amplitude de aplicabilidade nos anos que sucederam *Mapp*, haja vista o aparecimento de doutrinas na Suprema Corte com o intuito de reduzir a aplicabilidade conferida à regra, principalmente na década de sessenta. Anos mais tarde, a Corte acolheria a teoria da inibição como pré-requisito para a aplicação da *exclusionary rule*, o que também consiste em objeto de análise deste texto.

2.3. A redução da doutrina de exclusão à uma teoria da inibição, o processo de desconstitucionalização: *Calandra v. United States* (1974)

Em *Calandra v. United States*, as posições firmadas em *Mapp* perderam a maioria na Corte, e, a despeito de toda a evolução que este precedente proporcionou, a jurisprudência regride sobre o fundamento constitucional da *exclusionary rule*. Neste sentido, a Corte afirmou categoricamente que a doutrina de *Weeks* não era um direito constitucional, reconhecendo que a ideia da exclusão não seria inerente à existência da 4ª emenda da Constituição dos Estados Unidos (*Calandra v. United States*, 414 U.S. 338, 1974). A partir deste entendimento é que se pode dizer que no precedente estudado neste subtópico ocorreu a *desconstitucionalização* da *exclusionary rule* (CLANCY, 2012, p. 367).

Este entendimento foi responsável por possibilitar diversos retrocessos na história dos direitos fundamentais garantidos pela Suprema Corte, especialmente no que tange à liberdade dos

cidadãos americanos (CLANCY, 2012, p. 367), operando um efeito diametralmente contrário ao de *Mapp v. Ohio*. Como se pode observar, desde a criação da doutrina da exclusão de provas ilícitas, *Mapp v. Ohio* significou a maior amplitude possível para a regra, uma vez que este precedente possibilitou a vinculação das cortes estaduais e a aplicação da *exclusionary rule* como um procedimento autônomo vinculado a outros dispositivos constitucionais.

Neste momento do debate jurídico americano, a maioria dos juízes da Suprema Corte afirmaram que a única função da doutrina de *Weeks* era inibir exclusivamente a conduta dos agentes de polícia (CLANCY, 2012, p. 368), caracterizando-a como uma teoria de *accountability* dos atos destes. Assim, a regra deixou de ser um direito constitucional que garantia o devido processo legal em procedimentos processuais, garantias stricto sensu, e passou ao papel de uma teoria que inibe que os agentes do estado ajam em desconformidade com a regra, a depender da valoração da necessidade de sua aplicação em cada caso (CLANCY, 2012, p. 368).

Dessa forma, sendo a *exclusionary rule* uma teoria inibitória, a Corte passou a discutir a necessidade da exclusão de provas tendo em vista suposta violação direta à doutrina de *Weeks*, e não mais se teria havido violação aos direitos fundamentais do cidadão, garantidos por diversos dispositivos constitucionais (*Calandra v. United States*, 414 U.S. 338, 1974). Como se pode notar do trecho do voto condutor do juiz Powell, a *exclusionary rule* passa a ser necessária quando a exclusão de evidências for o remédio mais eficiente para inibir que os policiais reiterem determinado comportamento, entendendo ainda que o fruto da violação deveria ser diretamente utilizado na acusação³¹.

³¹ *The application of the rule has been restricted to those areas where its remedial objectives are thought most efficaciously served. The balancing process implicit in this approach is expressed in the contours of the standing requirement. Thus, standing to invoke the exclusionary rule has been confined to situations where the Government seeks to use such evidence to incriminate the victim of the unlawful search. (Text original)*

A aplicação da regra tem se restringido para aquelas situações em que este remédio seja o dispositivo mais eficiente disponível. O teste de eficácia nesta abordagem é expresso nos moldes deste padrão. Assim, a invocação da *exclusionary rule* tem se limitado às situações onde o Governo deseja usar tais evidências (ilícitas) para incriminar vítimas de uma busca ilegal (Tradução nossa).

Com base nestes critérios, que são claramente subjetivos – efetividade e necessidade –, o quando se deveria proceder a exclusão de provas ilícitas se torna uma pergunta extremamente relevante. Para “medir” a eficiência da aplicação desta regra, a Corte criou o *based balancing test*³², que, em tese, leva em consideração dois critérios: a eficácia da inibição e os custos para o Estado da exclusão de provas ilícitas (CLANCY, 2012, p. 370). Diante disso, nota-se o deslocamento do eixo interpretativo da regra, uma vez que se julga a eficiência da exclusão em contraste com violações a direitos fundamentais, ideia conceptiva da regra.

A necessidade da aplicação da regra, a partir de *Calandra v. United States*, é vista da perspectiva de inibir condutas, exclusivamente, de oficiais da polícia, análise que, apesar de fazer parte do escopo de criação da *exclusionary rule* em *Weeks*, é simplista em relação ao histórico de direitos firmados pela Suprema Corte. A partir de então, a doutrina de *Weeks* perde seu caráter de obrigatoriedade, passando a ser, simplesmente, um mandamento de prudência dentro do ordenamento jurídico estadunidense³³.

Vista por outro aspecto, a decisão restringe ainda mais a *exclusionary rule*, já que se estabelece a necessidade de seu uso caso houvesse tentativa de uso direto da evidência para incriminar o cidadão, retirando-se, dessa forma, do rol de ilegalidades as violações indiretas à doutrina. Tem-se, assim, um panorama que reduz subjetivamente e objetivamente a utilização da regra: válida somente para polícias; uso direto da evidência no contexto fático probatório. Diante destes entendimentos, é um precedente que regride em muito com relação ao fundamento constitucional da doutrina de *Weeks*.

³² Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a proporcionalidade ganhou desenvoltura e disciplina na jurisprudência e doutrina alemãs, adaptada ao Direito judicial estadunidense como teoria da proporcionalidade (*balancing test*), funcionando como regra de exclusão a inadmissibilidade das provas ilícitas, quando, sopesando o caso concreto, chegue-se à conclusão que a exclusão da prova ilícita levaria a absoluta perplexidade e evidente injustiça (2015).

³³ “*prudential [rule] rather than constitutionally mandated.*” (Texto original).

O dispositivo deste acórdão manteve decisão, tomada em procedimento de júri, a respeito da possibilidade de se fazer perguntas para testemunha cujo o objeto seria um fato já considerado ilícito, ou seja, derivar prova de fato ilícito (*Calandra v. United States*, 414 U.S. 338, 1974). A Corte autorizou esta derivação, e para que isso fosse possível, reduziu consideravelmente o escopo de aplicação da doutrina de *Weeks*, como vem sendo demonstrado até aqui.

Ao contrário do ocorrido em *Mapp*, que proporcionou inúmeros avanços relativos a esta regra, *Calandra* é um precedente que abre caminho para diversos retrocessos. Além disso, inclui na discussão argumentos metajurídicos à aplicação da *exclusionary rule*, uma vez que se passam a analisar os custos sociais para o processo que a exclusão de evidências poderia trazer, isto é, a doutrina de *Weeks* é atacada com base em argumentos de ordem pública: inibir a conduta policial se tornou mais importante que a garantia, em abstrato, dos direitos fundamentais do cidadão ao *devido processo legal*.

Por fim, como dito, a *exclusionary rule* perde seu status constitucional, e, em decorrência disso, deixa de ser um direito, em regra, oponível ao Estado quando de violações derivadas de buscas ilegais sob o fundamento da 4^a emenda (*Calandra v. United States*, 414 U.S. 338, 1974). Na conclusão do voto condutor do juiz Powell, que foi seguido por cinco de seus pares, a perda do direito constitucional à doutrina de *Weeks* fica muito evidente, uma vez que dos efeitos de uma busca, considerada em juízo ilícita, não surgiu o direito constitucional à exclusão de procedimentos derivados desta:

No contexto habitual de um julgamento criminal, o acusado tem o direito à supressão de provas obtidas através de buscas ilegais, e, também, do uso derivado desta. A proibição do uso da regra deve atingir este uso derivado, uma vez que seu objetivo é deter má conduta policial. No contexto de um grand jury proceeding³⁴, acreditamos que o dano a

³⁴ Um *grand jury* é composto, em regra, por 23 membros reunidos em segredo. Tem a função de, em diversas oportunidades, durante determinado espaço de tempo, apreciar as provas apresentadas apenas pela acusação, sem a presença das partes e decidir se há indícios suficientes de que o suspeito tenha praticado um crime. Se a decisão for afirmativa, ela é expressa por escrito em um instrumento chamado *bill of indictment* ou *true bill*. Como resultado, de suspeito, o indivíduo passa a **réu** e é levado à presença de um **juiz** durante uma audiência denominada *arraignment* para declarar-se culpado ou inocente. Dependendo da resposta, o acusado é levado a *julgamento por júri*. O *julgamento* é realizado por um corpo de jurados menor, – normalmente, por 6 a 12 **jurados**, que compõem o chamado *petit jury* (**júri** ou **pequeno júri**), perante o qual, ao contrário do que ocorre no *grand jury*, comparecem ambas as partes e seus respectivos representantes.

essa instituição a partir da extensão sem precedentes da regra de exclusão instado pelo entrevistado supera o benefício de qualquer possível efeito dissuasor incremental.

As principais consequências negativas de *Calandra* serão estudadas em tópicos posteriores do texto, uma vez que são de extrema relevância para a atual interpretação da regra no contexto jurídico americano. Este cenário atual, conforme será demonstrado, também possui relevância para o sistema jurídico brasileiro, o que será articulado em vias de conclusão.

2.4 Ameaça direta à doutrina da exclusão: *Hudson v. Michigan* (2006) e *Herring v. United States* (2009)

a) Hudson v. Michigan

Calandra v. United States criou toda uma diferenciação na maneira pela qual se deveria utilizar a doutrina de *Weeks*, tendo em vista que a Corte passou a utilizar o teste de eficiência prática da *exclusionary rule* a casos concretos. Como dito, esta mudança de jurisprudência só foi possível porque a doutrina de exclusão de provas ilícitas foi desconstitucionalizada, assim, os retrocessos em relação aos direitos potencialmente protegidos pela doutrina se fizeram visíveis em diversos precedentes.

Um dos julgamentos em que se pode verificar um grande retrocesso na defesa dos direitos estipulados pela *exclusionary rule* é *Hudson v. Michigan*. O voto condutor deste precedente foi elaborado pelo juiz Scalia e, além do teor do mérito da decisão, as declarações pessoais que o magistrado teceu a respeito da necessidade de existência de uma previsão jurisprudencial que estipulasse a exclusão de evidências de um processo judicial foram fortes, e, além disso, atentaram diretamente contra o fundamento de legitimidade conferido à doutrina em *Weeks v. United States*.

As considerações do juiz condutor deste precedente fizeram com que, a partir de então, pairasse na Suprema Corte um debate acerca da necessidade da aplicação da referida doutrina, e é justamente isso que traz tamanha relevância para o estudo desta decisão. Pela primeira vez na história da Suprema Corte, um magistrado se posicionou de forma tão incisiva, atacando diretamente o fundamento de existência da *exclusionary rule*, que, como trabalhado neste artigo, já estava à época desse precedente numa condição de aplicabilidade reduzida.

Em relação à hipótese do caso, *Hudson v. Michigan* questionava a possibilidade de se excluir evidências obtidas durante uma busca e apreensão com mandado judicial válido, mas que os policiais não deram, segundo a defesa, tempo hábil para que o morador abrisse a porta a autoridades policiais (*Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 2006), desrespeitando-se dessa forma a *knock and announce doctrine*³⁵ (CLANCY, 2012, p. 372). Diante do recrudescimento da doutrina de *Weeks* visualizado anteriormente, não era de fato uma surpresa o teor desta decisão (SKLANSKY, 2008, p. 568). Contudo, ressalta-se que mais uma vez houve a desconsideração de um procedimento que a interpretação da Corte já havia afirmado ser requerido pela 4ª emenda da Constituição.

Perante os inúmeros retrocessos possibilitados com o recrudescimento da doutrina de *Weeks*, a hipótese levantada em *Hudson v. Michigan* não seria tão relevante para o paradigma interpretativo da regra, isto é, a relevância do precedente repousa, essencialmente, nas afirmações proferidas pelo juiz condutor do voto. Diante deste cenário, é necessário analisar as considerações feitas pelo juiz Scalia, haja vista que estas podem, de fato, ter gerado mudanças futuras na interpretação da *exclusionary rule* (CLANCY, 2012, p. 372).

A visão do juiz Scalia parte, claramente, do pressuposto de que a doutrina de *Weeks* tem como função a inibição dos atos de agentes de polícia (*Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 2006). Partindo deste ponto, o magistrado passa a questionar a validade da *exclusionary rule* com este feito inibitório, isto é, põe em dúvida a própria existência da regra, mesmo diante da já limitada aplicação dada pela jurisprudência naquele momento. Para tanto, afirmou que os custos para a sociedade com a exclusão de provas de um processo seriam altíssimos, e, devido a isso, dever-se-ia repensar a aplicação desta doutrina (SKLANSKY, 2008, p. 570).

A supressão de provas sempre foi o nosso último recurso, não o nosso primeiro esforço. A exclusionary rule gera custos sociais substanciais, que às vezes inclui deixar um culpado livre. Estamos, portanto, sendo cautelosos quanto a expandi-la (exclusionary rule), e, temos enfatizado repetidamente que a regra traz um custo muito alto na sua aplicabilidade sobre a persecução penal e busca da verdade, para aqueles que pressionam a sua aplicação. Nós rejeitamos a aplicação indiscriminada da aplicação da exclusionary rule, e

³⁵ Impunha, enquanto procedimento processual vinculado à 4ª emenda, à autoridade policial o dever de bater na porta, anunciar sua presença e aguardar um período razoável antes de entrar no domicílio do acusado. Esta doutrina faz parte das decisões da Corte que tentam garantir mais privacidade aos cidadãos.

mantivemos a sua aplicação, somente, nas situações que seu mandamento corretivo seja o método mais eficaz à disposição, isto, é, onde seus benefícios de dissuasão superem o custo social substancial da aplicação. Nem sempre falamos de forma tão cautelosa. Expansivamente como dito em *Mapp*, por exemplo, sugeriu uma ampla margem para a exclusão, mas há muito que se rejeitou tal abordagem. (Tradução nossa).

De acordo com o magistrado, os custos seriam altos porque existiam outros métodos eficazes de fazer o controle dos atos dos policiais, métodos de *accountability* menos custosos para o Estado (SKLANSKY, 2008, p. 568). Como pano de fundo desse argumento, estaria o fato de que a polícia estadunidense já não era a mesma da década de sessenta, uma vez que possuía maior treinamento, era mais profissionalizada, e tinha os atos muito mais controlados direta e indiretamente pela Administração³⁶:

Outro desenvolvimento no último meio século que elimina as violações dos direitos civis é o crescente profissionalismo das forças policiais, incluindo uma nova ênfase na disciplina policial interna. Mesmo em 1980, considerávamos apropriado "assumir" que o comportamento policial ilegal seria "tratado apropriadamente" pelas autoridades, mas agora temos evidências crescentes de que as forças policiais dos Estados Unidos levam a sério os direitos constitucionais dos cidadãos. Houve "amplas reformas na educação, treinamento e supervisão dos policiais. (Tradução nossa)

É importante neste ponto do texto deixar claro que a discussão sobre a desnecessidade da doutrina de *Weeks* repousa justamente no fato de que, a partir de *Calandra v. United States*, esta regra deixou de ser um direito constitucional. Ora, de forma alguma, os juízes daquela Corte argumentariam que um direito constitucional fosse desnecessário, isto é, optariam, politicamente, pela desvinculação a um direito fundamental por qualquer razão que seja, por exemplo: pela ineficácia de tal preceito.

Esta linha de argumentação apresenta as consequências para a doutrina de *Weeks* da decisão tomada em *Calandra v. United States*. Diante de um precedente que afirma que a doutrina serve, exclusivamente, para controlar os atos dos policiais e que era um apenas um dispositivo para de

³⁶ *Another development over the past half-century that deters civil-rights violations is the increasing professionalism of police forces, including a new emphasis on internal police discipline. Even as long ago as 1980 we felt it proper to "assume" that unlawful police behavior would "be dealt with appropriately" by the authorities but we now have increasing evidence that police forces across the United States take the constitutional rights of citizens seriously. There have been "wide-ranging reforms in the education, training, and supervision of police officers.* (Texto original)

inibir atitudes destes contra o ordenamento jurídico, foi questão de tempo para que se afirmasse que a polícia não cometia tantos erros como no passado, sendo, portanto, este um método obsoleto, de eficácia duvidosa e com custos altos para a persecução penal do Estado (SKLANSKY, 2008, p. 569).

Em suma, *Hudson v. Michigan* foi o primeiro precedente em que se vislumbrou a desnecessidade da doutrina de *Weeks*. Os argumentos desta decisão podem ser condensados da seguinte forma: (a) a eficácia desta doutrina não era comprovável; (b) a polícia não era a mesma do passado e, por fim; (c) existiam outros métodos menos custosos à persecução penal.

As considerações do juiz Scalia foram tão anormais que um de seus quatro pares, que concordou com a decisão em *Hudson*, abriu dissidência justamente sobre as considerações do voto condutor. O juiz Kennedy afirmou que “[...] o uso da regra de exclusão de provas ilícitas, como estabelecida e definida por nossos precedentes, não está em dúvida”³⁷. Assim, à época desta decisão, é possível concluir que cinco juízes da Corte não sustentavam que a *exclusionary rule* fosse uma teoria sem razão de existir (SKLANSKY, 2008, p. 569), até então, a maioria.

As referidas considerações, ao fundo, tentaram atingir uma doutrina que compõe a história do direito de defesa dos cidadãos estadunidenses com base numa retórica de outros métodos de controle da polícia, sendo que estes careceriam minimamente de qualquer comprovação de eficácia. Por fim, é de se notar que até este momento na jurisprudência da Suprema Corte não se havia relativizado a doutrina de *Weeks* na medida da necessidade de mandado judicial fundado na causa provável do cometimento de crime. Entretanto, isto viria a ocorrer posteriormente.

b) Herring v. United States

Os fatos acima narrados, articulados neste texto como retrocesso, ocorreram em *Herring v. United States*, decisão em que a Suprema Corte dos Estados Unidos pela primeira vez aplicou a exceção da prova ilícita de boa-fé a um caso em que a polícia não detinha mandado de busca e apreensão válido (HENNING, 2009, p. 5). Nesta decisão, a Corte aumentou o escopo da aplicação

³⁷ *the continued operation of the exclusionary rule, as settled and defined by our precedents, is not in doubt.* (Texto original)

da doutrina de exclusão de prova ilícita de boa-fé, criada em *United States v. Leon*. Entretanto, como dito, foi a primeira vez que tal exceção fora aplicada a casos em que policiais não detinham um mandado de busca e apreensão válido.

Em *United States v. Leon*, foi decidido pela Corte que as evidências, que resultaram de busca em que posteriormente veio a se reconhecer a nulidade do mandado expedido por juízo, não deveriam ser excluídas do processo, uma vez que os policiais teriam agido *sob fundada confiança* (HENNING, 2009, p. 3). Dessa forma, reconheceu-se que quando o erro na expedição do mandado não fosse responsabilidade dos policiais não haveria razão para a exclusão das provas (MACDONALD, 1986, p. 610). Entretanto, é em *Herring v. United States* que a exceção criada neste precedente toma proporções relevantes, uma vez que foi utilizado num contexto de ausência de decisão judicial autorizadora válida.

Antes de adentrar na argumentação que levou a tal entendimento é necessário narrar o caso concreto deste precedente a fim de facilitar a compreensão da decisão tomada pela Suprema Corte neste Caso.

Benne Herring foi em seu veículo à *Coffee County*, estado do Alabama, para verificar informações a respeito de uma camionete. Nesta situação, o investigador, Mark Anderson, tomou informações com o departamento de polícia da cidade, procurando saber se havia mandado em aberto em relação a Herring. A pesquisa foi realizada e o investigador foi informado que havia um mandado de prisão em desfavor de Benne em uma cidade vizinha, Dale County. Mark Anderson executou a prisão. Ocorre que, quinze minutos após a prisão, o funcionário de Dale County retorna o contato e informa que havida cometido um erro, e o mandado que ensejou a prisão do Benne Herring tinha sido revogado há cinco meses.

Tarde demais. Durante a prisão, foram encontradas armas de uso proibidas e metanfetamina na referida camionete.

A Suprema Corte decidiu que a *exclusionary rule* não deveria ter sido aplicada ao caso, revertendo as decisões de primeira e segunda instância de *Herring*. Para tanto, a Corte criou um novo teste para que se autorizasse a aplicação da referida regra, isto é, a conduta dos policiais deveria ser *deliberadamente ilícita e suficientemente culpável* (HENNING, 2009, p. 6) para que se

pudesse acionar o gatilho da regra de exclusão das provas. Inverteu-se, desse modo, objetivamente o referencial de aplicação da doutrina da exclusão de provas ilícitas (HENNING, 2009, p. 6).

Diz-se que houve a inversão na medida em que a Corte afirmou que a ilegalidade ensejaria exclusão de evidências quando “[...] um policial razoavelmente bem treinado, diante de todas as circunstâncias, pudesse ter reconhecido a ilegalidade da busca”³⁸. Ou seja, a conduta só seria passível de fazer com que as provas fossem excluídas se, no caso concreto, o policial potencialmente soubesse da ilicitude da busca (Herring v. United States, 555 U.S. 135, 2009). Mantendo este entendimento, a Corte aparentemente consolida a decisão de *Hudson v. Michigan* a respeito da desconstitucionalização da *exclusionary rule* (HENNING, 2009, p. 6).

Neste sentido, somente condutas altamente reprováveis, e em que fosse clara a culpa do policial, deveriam ser objeto de controle, utilizando-se assim de um referencial de responsabilidade administrativa para o uso da regra. Nota-se, mais uma vez, o deslocamento do debate acerca das razões de aplicabilidade da *exclusionary rule*, que não mais repousa sobre o fundamento do controle do exercício arbitrário da força pelo Estado, para que dessa forma, se protegesse potencialmente direitos constitucionais, individualmente considerados para as diversas aplicações possíveis da doutrina de *Weeks*.

2.5. Considerações acerca da análise proposta no capítulo

O presente capítulo analisou a jurisprudência dos Estados Unidos relativa à 4ª emenda da Constituição, especialmente no que tange à doutrina da exclusão de provas ilícitas. Inicialmente, relacionaram-se garantias processuais stricto sensu, as quais requerem da jurisdição procedimentos que garantam materialmente o direito ao devido processo legal, com o histórico da *exclusionary rule* no sistema judicial do referido país (CLANCY, 2012). Isto é, o texto foca nesta doutrina a fim de que se possa visualizar a sua necessidade enquanto procedimento penal, reconhecendo-se, como pano de fundo, seu caráter constitucional.

³⁸ *whether a reasonably well trained officer would have known that the search was illegal’ in light of ‘all the circumstances* (Texto original)

Neste sentido, a função precípua do processo penal, que é a instrumentalização do direito penal material – na acepção da teoria instrumental do processo (AURY, 2002) –, tem como pressuposto de existência o axioma *nulla culpa sine iudicio*, o fundamento de legitimidade de um qualquer conteúdo decisório está, necessariamente, na submissão do processo à jurisdição (FERRAJOLI, 2002). Isto é, de existir processo a ser legitimamente julgado, garantia basilar de um Estado Democrático de Direito. Entretanto, com base exclusivamente no referido axioma se asseguraria apenas uma exigência estrutural das garantias substanciais do direito penal (FERRAJOLI, 2002), não possibilitando em absoluto a materialização, *per si*, de direitos fundamentais.

Baseando-se nesta premissa é que se estruturou a *exclusionary rule*, que nasce vinculada à 4ª emenda e posteriormente tem sua capacidade procedimental autônoma reconhecida, tornando-se num mandamento constitucional aplicáveis a outros dispositivos constitucionais, tal como ocorrido com a 5ª e 6ª emendas. Para além desta conclusão, que originalmente na Suprema Corte dos Estados Unidos é um requisito de racionalidade lógica do ordenamento (COMMACK, 2010), o texto traz a inclusão deste estudo como uma espécie do gênero de garantias *stricto sensu*, utilizando-se dos conceitos de um dos marcos teóricos da pesquisa.

Mais abrangentemente, tal afirmação se localiza no debate acerca do meio de produção de provas e dos elementos de provas propriamente ditos, no que se refere a sua licitude, como um pressuposto para maximização dos axiomas do processo penal – englobando compulsoriamente o sentido de devido processo legal –, ou seja, o reconhecimento da ilicitude requerida pela própria epistemologia é inerente ao processo penal num Estado Democrático de Direito, mesmo que o ordenamento seja silente em relação a isso, que é o caso dos Estados Unidos, mas não o do Brasil. Este argumento voltará a ser melhor desenvolvido.

Entretanto, o principal movimento jurisprudencial a ser evidenciado neste estudo sobre a jurisprudência estadunidense é visualizar o descolamento do eixo interpretativo da regra ao longo dos anos (RICHARD, 2014). Como se viu, a regra é criada em *Weeks* como remédio constitucional, posteriormente é necessariamente vinculada à 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos com objetivo de tornar a regra obrigatória para os estados (MCDONALDO, 1986).

Em contraponto a esta expansão, a regra veio a ser desconstitucionalizada jurisprudencialmente em Calandra, o que é possível, formalmente, diante das características intrínsecas ao common law.

Assim, a partir da guinada jurisprudencial supracitada, ocorrida em Calandra, é necessária a visualização que não vige no ordenamento americano regra constitucional que vede a utilização de provas ilícitas. Por esta razão, os entendimentos firmados pela Suprema Corte Americana a partir desta quadra histórica partem deste pressuposto, fazendo com que, na grande parte das vezes, a comparação descontextualizada destas decisões com outros ordenamentos jurídicos levem invariavelmente a teratologias jurídicas.

Como dito, a ausência de proibição constitucional ao uso de provas ilícitas é uma diferença muitas das vezes intransponível no âmbito da comparação com ordenamentos que positivaram como norma na Constituição a referida proibição. Assim, no contexto estadunidense, a criação de relativizações à exclusionary rule é consequência de um descolamento do eixo interpretativo da referida regra, qual seja: o mandamento constitucional passou a ser uma teoria de inibição de ações de agentes de polícia, invertendo-se o objeto do debate. Este objeto, em vez de discutir a possibilidade de aplicação da exclusionary rule a determinado caso concreto, passou à análise mediante critérios como fundada confiança do agente, precedido do teste de eficiência prática que o caso proporcionaria. Como se vê, a lógica da jurisprudência americana sai da aplicação da Constituição a casos concretos para análise de elementos subjetivos do infrator da regra e das consequências objetivas da inibição que poderiam trazer.

Assim, como objeto de pesquisa, ao final, pretende que seja respondido se este descolamento interpretativo da regra de exclusão de provas ilícitas nos Estados Unidos é possível de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Faz-se este questionamento de pesquisa uma vez que o projeto de lei n. 4.850/2016, encabeçado publicamente por membros do Ministério Público Federal, faz o trânsito de ideias daquela jurisprudência para o Brasil sem muitos questionamentos a respeito desta possibilidade, partindo inclusive, com se demonstrará de premissas fáticas completamente equivocadas. Ademais, como dito na introdução, a análise do estado da arte a respeito do tema no Brasil é o objeto do próximo tópico.

No mais, no que tange à motivação de pesquisa sobre tema específico de direito estrangeiro, enfatiza-se que relevância do artigo encontra respaldo, para além do interesse científico, como instrumento de pesquisa comparada, uma vez que o tema de debate também é de suma importância para o ordenamento brasileiro, tanto que há regra constitucional específica a respeito. Ademais, recentemente, o Ministério Público Federal, para propor as inovações legislativas, se utilizou, em especial de *Herring v. United States*, para justificar as mudanças propostas analisado. em sendo uma delas a aplicação da exceção de prova ilícita de boa-fé.

Assim, fica clara a relevância política do tema para o Brasil, e por óbvio também para a academia. No tocante à propositura do Ministério Público, são inobservados no referido projeto questões formais constitucionais que impossibilitariam tal proposta, mas o simples fato de que ela tenha existido já faz com que seja necessário um estudo aprofundado do tema para que como objeto de pesquisa comparada seja útil a análise desta importância jurisprudencial, ou melhor, do fluxo de ideias em matéria processual penal daquele país para o Brasil.

CAPÍTULO 3 – Histórico legislativo e jurisprudencial da *vedação* às provas ilícitas no Brasil

O objetivo deste capítulo, a exemplo do que se fez com a *exclusionary rule*, é contextualizar de que forma o ordenamento brasileiro regula a vedação ao uso e produção de provas ilícitas. Para tanto, a Constituição Federal será utilizada como marco histórico, uma vez que serão expostos os argumentos doutrinários e jurisprudenciais anteriores e posteriores a sua promulgação. Tangencialmente, será debatida a natureza jurídica da norma do artigo 5º, LVI da Carta Cidadã.

Isto posto, a primeira afirmação que cremos necessária para o início deste capítulo é consignar que até a promulgação da atual Constituição Federal não existia previsão legislativa de vedação à utilização de provas ilícitas³⁹. Ora, tal afirmação coaduna muito bem com o histórico repressivo da punição no Brasil⁴⁰, por outro lado, demonstra, também, a preocupação do constituinte de 1988, que elencou tal matéria como garantia fundamental, colocando-a no artigo 5º (quinto) da Constituição.

No capítulo anterior, o esforço foi todo dirigido para possibilitar a compreensão da *exclusionary rule* numa linha do tempo, isto é, demonstrar de que forma se deram e se sucederam as decisões da Suprema Corte Americana sobre o tema, para que, ao final, fosse possível a compreensão do significado dessa regra no contexto do ordenamento jurídico dos Estados Unidos. Tudo isso foi feito, como articulado na introdução, com o intuito de se comparar posteriormente as linhas argumentativas sobre a vedação a provas ilícitas em ambos os ordenamentos.

Após desenvolver tal análise, o que, como visto, perpassou por diversos períodos históricos, demonstraram-se diversos *standards* decisórios daquela Suprema Corte. Diante disso, passa-se a análise da situação jurídica brasileira a respeito do tema.

Neste sentido, não só os dispositivos legais presentes atualmente na legislação brasileira serão estudados, na medida em que os acontecimentos político-legislativos, o posicionamento da doutrina em décadas anteriores e a jurisprudência anterior e posterior a Constituição da República

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*, p. 159.

⁴⁰ BARATTA, Alessandro, Introdução. In: BATISTA, Vera Malagutti. *Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 21. Ver também: *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, e *As Prisões da Miséria*, de Loïc Wacquant.

são de fundamental importância para a compreensão da matéria. Apesar da recente inserção desta matéria na Constituição, o estudo do que antecedeu a esta modificação enriquece o debate em várias acepções.

Ao final, o que se pretende é demonstrar o *estado da arte* do ordenamento jurídico pátrio sobre o tema, a fim de que as propostas de eventuais mudanças sobre o regramento das provas ilícitas sejam analisadas com base nele. Neste contexto, evidentemente, está incluída a pergunta de pesquisa do presente trabalho, ou seja, se as propostas trazidas no projeto de lei n. 4.850/2016, no que se referem a provas, podem de fato ser aplicadas no direito processual penal brasileiro, na forma proposta pelas intituladas *10 medidas contra a corrupção*⁴¹.

Pois bem, tal como consignado no início do capítulo, a Constituição Federal tem dispositivo específico que versa sobre vedação às provas ilícitas, conforme se verifica do artigo 5º, LVI, no qual se consignou que “[...] *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Como se pode notar, há sobre a matéria *regra constitucional* expressa no sentido de vedar a utilização de provas ilícitas no Brasil. Ademais, vários autores reputam a existência desta *regra constitucional* a uma importação do direito estadunidense (CECARELLI, 2011).

Desde logo, diz-se que, o *trânsito de ideias*⁴² sobre o tema entre os ordenamentos de fato ocorreu – dos Estados Unidos para o Brasil –, entretanto, isto não significa que os regramentos formais e materiais da Constituição têm de ceder espaço para interpretação mais correta, numa acepção do atual entendimento da Suprema Corte Americana, o que é feito demasiadamente na justificativa do projeto de lei 4.850/2016. Por outro lado, também não significa que as diferenças entre os modelos processuais sejam irrelevantes para a análise, e não o são, conforme será exposto adiante.

⁴¹ O Ministério Público Federal, a partir de alguns procuradores da república lotados em Curitiba, iniciou o debate a respeito de um projeto de lei que visava a reformas legislativas para o combate à corrupção. Estas medidas podem ser encontradas no sítio eletrônico oficial do órgão: <<http://www.dezmedidas.mpf.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁴² Segundo o professor Máximo Sozzo, o início da criminologia na América Latina se deu com as “importación cultural” das pesquisas desenvolvidas pela escola positiva europeia, especialmente na Itália, a este fenômeno podemos chamar de *trânsito de ideias* quando trabalhadas as devidas perspectivas de *tradução, justificação, releitura sobre o tema*, formando assim verdades científicas no campo da criminologia em outros países.

É verdade que a jurisprudência nacional, desde meados dos anos 60 do século passado, já vinha alterando alguns entendimentos a respeito do tema. Isto ocorreu inicialmente no Tribunal de Justiça de São Paulo e, posteriormente, no próprio Supremo Tribunal Federal (CECARELLI, 2011). Assim, mesmo não havendo dispositivos instituindo tal proibição no processo penal pátrio, ela existia no contexto jurídico brasileiro, mesmo que incipientemente.

No mesmo sentido, vários autores se opunham à utilização das provas ilícitas, mesmo num contexto de ausência de dispositivo expresso que vedasse seu uso. (CASTRO, 2008).

Por questões didáticas, os argumentos enumerados nesta introdução serão trabalhados em tópicos, com intuito de facilitar a compreensão do texto. Assim, sendo o debate acerca ilicitude de provas antigo, é necessário fazer o devido aprofundamento justamente porque, por exemplo, nas razões públicas do projeto de lei 4.850/2016, parte do objeto desta pesquisa, os idealizadores alegam a existência de diversas falhas no sistema da prova ilícita no Brasil⁴³.

3.1. Tratamento legislativo e jurisprudencial sobre o tema: pré-constituição de 1988

Num primeiro momento, a jurisprudência dos tribunais pátrios, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, buscava respaldo teórico, para além da ausência de dispositivo legal acerca das provas ilícitas, no *princípio da veracidade da prova*, segundo o qual as provas deveriam ser apreciadas conforme o seu valor probatório (CARVALHO, 1995)⁴⁴.

Ademais, alegava-se a possibilidade de se investigar eventuais ilícitos – na produção da prova – em outras searas, isto é, os tribunais formavam convicção com base em prova obtida por qualquer meio, fazendo com que um fato ilícito gerasse um direito processual.

⁴³ O procurador da república Hélio Telho publicou um artigo intitulado *#DezMedidas: Excludentes da ilicitude da prova*, neste texto o autor diz expressamente que são necessárias reformas no que tange a doutrina sobre provas ilícitas no Brasil em razão das inúmeras falhas do sistema processual.

⁴⁴ CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita em processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 162-200, out./dez. 1995.

O modelo brasileiro à época se assemelhava à ideia do *male captum, bene retentum*, de modo que não importava a origem do elemento de prova, muito menos como fora obtido, a prova produzida era o que, de fato, possuía valor ao ordenamento (CARVALHO, 1995). Esta construção é diametralmente oposta à ideia de que a exclusão das provas deveria se dar no sentido de que se controlasse a atividade policial, uma das razões históricas que levam ao surgimento da *exclusionary rule* nos Estados Unidos.

Complementarmente, também se justificava tal posicionamento com a afirmação de que ao juiz era garantido o livre convencimento sobre as provas, tal como articulado na dissertação de Camila Franchitto:

Ademais, argumentava-se com base no princípio do livre convencimento judicial e da fé pública a admissibilidade de tais provas nos autos do processo. Ou seja, afirmava-se existir a presunção relativa da licitude da prova, posto que obtida por agentes estatais, possuidores de fé pública. Além disso, sustentava-se que, de qualquer forma, quando da valoração probatória o juiz poderia apenas considerar as provas lícitas (FRANCHITTO, 2011, p. 88)

Todavia, esse posicionamento encontrava contraponto. Já na década de 70, a professora Ada Pellegrini defendia a necessidade de superação do paradigma supracitado (CECARELLI, 2011). Entendia que a ilicitude material da prova deviria conduzir necessariamente a sua inadmissibilidade processual, isto porque a violação a normas de direito material e as normas constitucionais deveriam conduzir invariavelmente à ilicitude da prova produzida (CECARELLI, 2011).

A argumentação era adequada ao momento histórico no qual estava inserida, uma vez que, mesmo não havendo disciplina constitucional sobre a vedação às provas ilícitas, a Constituição de 1967/69 elencava diversos outros dispositivos que possibilitavam essa conclusão, conforme se mostrará adiante⁴⁵. No mais, o Código de Processo Penal de 1941, apesar das mais diversas

⁴⁵ A exemplo da proteção ao domicílio (artigo 139, V), o direito à privacidade (artigo 153, §10º) e o sigilo telefônico (artigo 153, §9º) e o devido processo legal (artigo 153, §9º) e o *devido processo legal* (o direito à ampla defesa era garantido naquela Constituição – artigo 153, §15º)

influências autoritárias que o influenciaram⁴⁶, previa rol taxativo de nulidades e procedimentos probatório típicos.

Assim, amparando-se na força normativa das Constituições e nos referidos dispositivos da Constituição de 1967/69, doutrina e jurisprudência começaram a mudar de entendimento, isto é, a superar o paradigma supracitado do *male captum, bene retentum*, de modo a aplicar normas constitucionais a casos concretos, declarando a ilicitude de provas. Esta mudança pode ser demonstrada em algumas decisões ocorridas na década de 80, duas delas tomadas no âmbito do direito de família e a outra em um processo-crime, inaugurando a jurisprudência nacional sobre o tema (CECARELLI, 2011).

A primeira decisão no âmbito processual penal foi de dezembro de 1986⁴⁷, pouco antes da promulgação da atual Constituição. Neste precedente, o principal fundamento para a declaração da nulidade foi a utilização de meio de prova atípico à época, qual seja: gravações obtidas em interceptação telefônica. Em razão da importância deste precedente, e dos outros dois que o antecederam, serão analisados aqui os fundamentos dos referidos acórdãos. Os primeiros dois têm importância pela inaugural aplicação da Constituição a casos concretos, o outro, como dito, por fundamentar-se no controle de legalidade.

3.1.1. Decisões do Supremo Tribunal Federal no contexto da Constituição 1967/69

Como dito, não havia dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais que versassem sobre a ilicitude de provas antes da Constituição Federal de 1988. Entretanto, havia outros elementos constitucionais que permitam balizar a exclusão de provas. Existiam previsões semelhantes às presentes na atual Constituição Federal, tais como a proteção ao domicílio (artigo

⁴⁶ De acordo com Aury Lopes Júnior, os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritivo para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.

⁴⁷ RE 84.439. Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 CPC). Recurso extraordinário conhecido e provido.

150, §10º)⁴⁸, o direito à privacidade (artigo 150, §10º)⁴⁹ e o sigilo telefônico (artigo 150, §9º)⁵⁰, considerados como direitos fundamentais no texto da Constituição de 1967.

Foram exatamente estes os dispositivos constitucionais que serviram de base ao Supremo Tribunal Federal para firmar na jurisprudência da corte o entendimento de que a utilização de provas ilicitamente obtidas violava o *devido processo legal* (o direito à ampla defesa era garantido naquela Constituição – artigo 150, §15º)⁵¹. Isso ocorreu em três precedentes, quais sejam: recurso extraordinário n. 85.439, recurso extraordinário n. 100.094 e recurso ordinário constitucional n. 63.834. Apesar de dois destes casos terem se dado na seara cível, são precedentes às conclusões da Corte no julgamento do RHC 63.834, em material penal, e possibilitam o entendimento de como se deu a aplicação da Constituição vigente à época pelo tribunal.

No primeiro caso⁵², o Supremo Tribunal Federal conheceu de recurso extraordinário que questionava a legitimidade de gravação magnética feita pelo marido da recorrente em litígio de direito de família. Como se pode ver do acórdão, o Tribunal Federal de Recurso considerou a referida gravação como legítima e argumentou que o direito devia acompanhar os avanços tecnológicos da ciência para a resolução de demandas judiciais. Esta argumentação não mereceu acolhida na Suprema Corte.

Em um acórdão de pouco mais de dois parágrafos de argumentação, o Ministro Xavier de Albuquerque utilizou como central do argumento do caráter ilegítimo da prova produzida, de acordo com o artigo 332 do Código de Processo Civil de 1973.

Tenho como patente, por outro lado, à luz do que dispõe a respeito do Código Penal e o Código Brasileiro de Telecomunicações, a ilegalidade do meio probatório de que se valeu, até aqui com a aquiescência das instâncias ordinárias, o recorrido, meio que também não pode ser considerado legítimo, por mais progressista e elásticos que sejam os padrões de modalidade que possa utilizar.

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1967). Texto original de 1967, artigo 150, §10º.

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1967). Texto original de 1967, artigo 150, §10º.

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1967). Texto original de 1967, artigo 150, §9º.

⁵¹ BRASIL. Constituição (1967). Texto original de 1967, artigo 150, §15º.

⁵² RE 84.439. Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 CPC). Recurso extraordinário conhecido e provido.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para, reformando o acórdão recorrido e o despacho saneador, que ele manteve, indeferir a produção da questionada prova, determinando o desentranhamento das fitas gravadas e de tudo quanto com elas se relacionar. (STF, 1984, p. 10)

O referido voto se utilizou do Código Brasileiro de Telecomunicações como fundamento para aferir a ilegitimidade da prova apresentada em juízo. A ressalva que se faz é de que as interceptações telefônicas e telemáticas não haviam sido incluídas num rol de meios de provas típicas, de modo que sua utilização culminaria necessariamente em uma ilegalidade. No mesmo sentido, o recurso extraordinário 100.094 utilizou-se deste fundamento para declarar a nulidade da prova produzida naquele caso.

No segundo caso, o recurso extraordinário 100.094, como se extrai do próprio acórdão, foi conhecido e provido a segurança a fim de determinar o trancamento da prova e o seu imediato desentranhamento da prova. Isto porque, segundo narrado no caso, o litigante juntou aos autos fita cassete em que se gravaram conversas privadas entre advogado e cliente. Neste caso, a prova foi produzida por meio ilegítimo, de acordo com o Código de Processo Civil vigente à época. E, da perspectiva constitucional, violou-se o direito ao recato e à intimidade, em desrespeito ao artigo 153, §9 da Constituição de 1967⁵³.

Ademais, reconheceu-se a violação ao direito individual do litigante, que teve conversa gravada e exposta a risco em audiência pública. O Supremo Tribunal Federal passava a aplicar a Constituição a casos concretos, no intuito de aferir a legalidade dos meios de produção das provas ou, no mínimo, de garantir que essas violações não violassem a intimidade de particulares, direito fundamental na Constituição vigente à época.

⁵³ RE 100.094. Direito ao recato ou a intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, §9 da Constituição. Art. 332 do Código de Processo Civil. Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo e o processo de captação de prova, mediante a interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. Lesivo a direito individual, cabe mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento dos autos, da gravação respectiva. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Sucedeu a inovação do Supremo Tribunal Federal em matéria penal, que se deu no recurso ordinário constitucional 63.834⁵⁴, no qual se reconheceu, pela primeira vez, a ilicitude de prova produzida utilizando-se de meio de prova atípico e ilegal, isto é, o uso de interceptações telefônicas⁵⁵. De acordo com o decidido pelo plenário, a utilização de meio de produção de prova ilícito configura violação aos parágrafos 9º e 15º do artigo 153 da Constituição anterior, os quais garantiam o sigilo telefônico e o direito à ampla defesa, respectivamente. Além dos dispositivos constitucionais invocados na decisão, vige desde 1962 a lei 4.117, a qual institui o Código Brasileiro de Comunicações⁵⁶.

Pelo contrário, o voto do Ministro relator Aldir Passarinho foi no sentido de que

[...] a questão da prova através de gravações clandestinas de conversas telefônicas, bem como a utilização de outros meios ilícitos, já tem merecido vários estudos, deles devendo destacar-se os da Professora Ada Pellegrino Grinover (...)
[...] creio mesmo que, na estrita hipótese dos autos, poderiam ser até dispensadas considerações mais amplas sobre a possibilidade de utilizarem-se tais fitas, dada a sua obtenção ilícita. E que outros aspectos particulares de logo as tornam inservíveis o que, ao final, se demonstrará. (STF, 1986, p. 13)

Como se vê no trecho, a atipicidade do meio de prova, isto é, a ausência de previsão legal deste, somado ao fato de ordenamento tipificar como crime a referida conduta praticada, levou o relator do caso a entender pela ilicitude da prova obtida. A argumentação prosseguiu e, especificamente a respeito dos ditames constitucionais, consignou que:

[...] a Constituição Federal, no seu art. 153, § 9º fixa, entre os direitos e garantias individuais, expressamente, o da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, apenas havendo exceção durante o período do

⁵⁴ RHC 63.834. Habeas Corpus. Processual Penal. Prova ilícita. Constitucional. Garantias dos §§ 9º e 15 do art. 153 da Lei Maior (Inobservância). Trancamento do Inquérito Policial. Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal. As provas produzidas no Inquérito ora em exame — gravações clandestinas — além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (§ 9 art. 153, CF), cerceiam a defesa e inibem o contraditório, em ofensa, igualmente, à garantia do § 15, do art., 153, da Lei Magna. Inexistência, nos autos, de outros elementos que por si, justifiquem a continuidade da investigação criminal. Trancamento do inquérito, o qual poderá ser renovado, fundando-se em novos indícios, na linha de previsão do estatuto processual penal. 5. Voto vencido que concedia a ordem em menor extensão. RHC provido para determinar o trancamento do inquérito policial.

⁵⁵ A lei que permitiu este meio de provas só veio a ser editada na lei 9296/1996.

⁵⁶ Este diploma legal também foi usado no sentido de concluir pela ilicitude da prova produzida, ora, o artigo 56 desta lei prevê crime de violação de telecomunicação a quem “[...] informe ou capte [...] comunicação dirigida a terceiro”⁵⁶. Para que se utilizasse o elemento de prova constituído da interceptação, ter-se-ia que aceitar a tese de que a prova produzida com cometimento de crime seria válida, o que não ocorreu.

estado de sítio, quando, então, é possível a censura das telecomunicações, segundo dispõe o art. 156, § 2º letra f, da Carta Magna. (STF, 1986, p. 15)

No mesmo sentido, votaram os demais ministros, concedendo, por unanimidade, ordem de *habeas corpus* para o trancamento de inquérito policial fundado em prova ilícita. Estas considerações a respeito da inovação do Supremo a respeito da matéria são de fundamental importância para que se possa cumprir o objetivo da presente pesquisa, neste sentido, cremos feito na medida necessária.

Como visto, esta última decisão foi tomada em dezembro de 1986, de modo que foi logo precedida da Constituição de 1988, sendo assim, não é possível aferir os efeitos práticos desta decisão. Ainda assim, o estudo destes relevantes precedentes enriquece a discussão proposta no texto, ajudando a identificar em que quadra histórica esteve o debate em épocas anteriores, principalmente no que concerne ao período pré-Constituição de 1988, isto porque as inovações trazidas por esta, em matéria processual penal, consolidaram o *modelo acusatório* no Brasil (GRINOVER, 1993), como se passa a expor.

3.2. Consolidação do *modelo acusatório* e tratamento legislativo e jurisprudencial sobre ilicitude das provas pós-constituição de 1988. Contexto para a definição da natureza jurídica da norma presente no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal

A Constituição de 1988 trouxe *regra* constitucional específica acerca da vedação ao uso de provas ilícitas em processos⁵⁷, civil e penal, mas não foi este o único movimento que a nova Lei maior trouxe para a sistemática processual. A atual Constituição consagrou definitivamente um sistema acusatório no Brasil, apresentando caráter garantista em diversos de seus dispositivos, assim, a caracterização da ilicitude das provas faz parte deste contexto do movimento político social ocorrido no Brasil (GRINOVER, 1993).

Apesar do recepcionamento do Código de Processo Penal de 1941, a constituinte elaborou um texto amplo de objetivos nos quais o Brasil passaria a estruturar de sistema de justiça criminal a partir daquele momento (GRINOVER, 1993). O atual modelo definiu o papel das partes na

⁵⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Texto original, artigo 5º, LVI.

*relação processual*⁵⁸, com base em diversos dispositivos, fazendo com que acusação e defesa tivessem suas funções reguladas e dirigidas por um processo penal cujo o controle público de legalidade foi muito bem delimitado (GRINOVER, 1993).

Entretanto, restaram no ordenamento resquícios do sistema inquisitório instituído do Código de Processo Penal em vigência, em razão inclusive do momento histórico de sua edição. Por esta razão, doutrinadores discordam a respeito da superação ou não de um modelo inquisitivo no Brasil, a exemplo: os professores Eugênio Pacelli e Aury Lopes Junior mantêm posicionamentos completamente diversos; o primeiro defende que o ordenamento jurídico no Brasil estabeleceu um modelo acusatório, assertiva a qual se opõe Aury Lopes, no sentido de que ainda há um modelo inquisitorial no Brasil⁵⁹. Mesmo diante destas controvérsias, é inegável o objetivo presente na atual Constituição de consagrar um modelo acusatório de processo penal (GRINOVER, 1993).

A Constituição de 1988 se preocupou inicialmente com os princípios éticos que norteariam o sistema constitucional (GRINOVER, 1993), repudiando a tortura, reconhecendo o direito do acusado de identificar os responsáveis pelo seu interrogatório, garantindo o direito à presunção de inocência e de permanecer em silêncio, prevendo a comunicação entre o preso e a família e também com o advogado, a necessidade de autorização judicial para buscas domiciliares, dentre outros. Isto é, o controle de legalidade e os direitos do acusado foram extensamente regulados na constituinte.

Além de delimitar o eixo norteador do sistema processual que passaria a vigor no Brasil, normas de caráter estrutural foram positivadas, e são estas, ou deveriam ser, as grandes definidoras de um modelo acusatório (LOPES JR., 2005). O princípio fundamental do *devido processo legal* não foi incluído na Constituição sem que houvesse normas objetivas que concretizassem o direito subjetivo das partes no processo, e de que forma estes seriam exercidos a partir deste novo marco legislativo, por esta razão, brevemente se exporá acerca de alguns pontos específicos.

Em relação à prisão, o sistema constitucional se moldou e estruturou a garantia da excepcionalidade da prisão processual, regulando as situações fáticas de seu cabimento. A prisão

⁵⁸ Mesmo se tratando de um conceito que versa sobre as partes processuais numa perspectiva estática, o que recebe críticas de Goldschmidt, para o objetivo do texto neste particular, que é demonstrar os papéis que a defesa e acusação receberam na Constituição de 1988, é útil de uma perspectiva didática.

⁵⁹ Colocar trecho de ambos defendendo seus pontos de vista.

processual obrigatória já havia sido abolida na Constituição de 1967/69, e a atual texto é mais abrangente, definindo os critérios rígidos para a manutenção de prisões processuais. As hipóteses de flagrante foram reguladas com intuito de permitir o controle de legalidade pelo juiz em prazo razoável (GRINOVER, 1993).

Neste contexto, foi instituída a publicidade em regra no julgamento criminal, possibilitando-se, dessa forma, o exercício do controle popular sobre a jurisdição penal (LOPES JR., 2002). Ademais, o júri em casos de crimes dolosos contra a vida foi regulado, instituto jurídico presente no Brasil desde 1821, e que possibilita o papel de controle da jurisdição diretamente pelos jurisdicionados leigos (GRINOVER, 1993).

Esta contextualização das mudanças para a sistemática processual penal no Brasil ajuda a entender o porquê o legislador elegeu a vedação a provas ilícitas como garantia fundamental, sendo, portanto, necessária a conclusão de que há *regra* constitucional sobre o tema o ordenamento pátrio. Diz-se isso porque este tema não é pacífico, havendo trabalhos acadêmicos em contrário, os quais afirmam que o inciso LVI, artigo 5º da Constituição positiva, em verdade, um *princípio*⁶⁰.

Em contraponto, é necessário consignar que a jurisprudência, em diversos momentos, nega vigência a estes postulados, seja por meio de jurisprudência defensiva, seja por meio de entendimentos incognoscíveis da perspectiva do sistema de justiça criminal pátrio. Talvez, em razão destas interpretações, seja o porquê existe a presente pergunta de pesquisa

⁶⁰ Segundo Yuji, “[...] É um meio que permite a ponderação diante de uma colisão de princípios. Assim, não concordamos quando Antônio Magalhães Gomes Filho afirma que “não se pode contestar que o critério de proporcionalidade encontra hoje agasalho nos textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, do tráfico de entorpecentes, e de outras expressões mais agudas da criminalidade” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova cit., p. 106). E também Antônio Scarance Fernandes quando afirma que a tendência atual esteja no sentido de vedar a produção de uma prova ilícita, mas não descarta a existência de “forte inclinação para se admitir a aplicação, no caso concreto, e em circunstâncias especiais o princípio da proporcionalidade” (SCARANCE FERNANDES, Antônio. Processo cit., 82).” (p.138). Como se percebe do trecho, vários autores tematizam o debate em questão.

3.2.1. *Vedação à prova ilícita, artigo 5º, LVI, da Constituição: norma ou princípio?*

No intuito de demonstrar o *estado da arte* sobre a vedação à prova ilícita no ordenamento jurídico pátrio, o que é feito com a finalidade de que se possa posteriormente comparar os eixos interpretativos entre o ordenamento jurídico brasileiro e estadunidense sobre o tema, é imprescindível a definição da natureza jurídica da norma em debate. Diversas são as pesquisas com este objeto, mas aqui se utilizará das respostas encontradas nas dissertações de Thiago André Pierobom de Ávila e Fabiano Yuji Takayangi, sendo que ambos apresentam entendimentos opostos. Porém, claramente, ambas se propõem ao debate de maneira franca e adstrita a *teoria dos princípios* de Robert Alexy como marco teórico.

Ávila inicia sua argumentação aduzindo que não pairam dúvidas a respeito da aceitabilidade da prova ilicitamente obtida para o benefício do réu^{61 62}, neste particular, argumenta o autor que “[...] uma situação dessa contraria a política criminal do Estado Democrático de Direito, que se sustenta no valor metajurídico da dignidade da pessoa humana” (p. 109). Em continuação, cita que o Supremo Tribunal Federal, ao menos em uma vez, admitiu a possibilidade de utilizar prova ilícita, num caso envolvendo quebra de sigilo postal de preso, em atividade de práticas ilícitas⁶³. Ora, como visto até aqui, Ávila começou sua argumentação citando o que na sua visão consistira duas *ponderações* corretas, concluindo pela admissibilidade de provas ilícitas nos exemplos.

Esta conclusão é possível a partir do trecho que se extrai:

Ora, se nessas situações é admissível uma exceção ao disposto no art. 5º, LVI, da CF/88, pela necessidade de ponderação de interesses com outro vetor constitucional, não há

⁶¹ Segundo Ávila: “[...] em ao menos uma situação não pairam dúvidas quanto à possibilidade de utilização de uma prova ilícita em juízo: a sua utilização para comprovar a inocência do acusado. Sendo a ampla defesa também um princípio constitucional, no embate entre a eficiência do processo para descobrir a verdade e inocentar um réu injustamente acusado e a garantia fundamental da inadmissibilidade, a absolvição do inocente tem um peso muito maior.” (p. 109)

⁶² Inicialmente, é necessária a visualização do debate da perspectiva de que a prova ilícita em algumas hipóteses pode beneficiar o réu, conforme explorado por ambos os autores. Partindo-se deste ponto, Ávila discorre extensamente como tal situação é basicamente uníssona da doutrina.

⁶³ Segundo Ávila, “[...] em ao menos uma outra vez o Supremo Tribunal Federal admitiu a utilização de provas ilícitas: é válida a interceptação de correspondência de preso realizada pela administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica. Argumentou o STF que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Esse caso constitui situação inequívoca de ponderação de interesses entre segurança penitenciária e o sigilo da correspondência, que acarretou na admissibilidade da prova decorrente desta formal violação do direito.” (p.109)

dúvidas em afirmar que tal dispositivo configura um princípio, segundo a classificação de Alexy: o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícito. (ÁVILA, 2006, p. 109)

Primeiramente, não é porque o Supremo Tribunal Federal já ponderou sobre o dispositivo constitucional do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal que se pode dizer que ele é passível de ponderação. Explicamos: o Supremo, nem qualquer outro tribunal, não define o quadrado como redondo, de modo que a primeira análise que deve ser feita é com base nos critérios de aferição da *teoria dos princípios* de Alexy para a definição da natureza jurídica da referida norma.

Neste sentido, o que se vê no início da referida argumentação é a inversão da argumentação com base em uma *petição de princípio*⁶⁴, isto é, o autor se utiliza do que se pretende como conclusão para justificar a premissa, sendo que, depois desse momento, segue a argumentação como se já houvesse transposto o desafio de definir a natureza jurídica do referido dispositivo constitucional. Após crer demonstrado a natureza de princípio da norma do artigo 5º, LVI, o autor passa a ponderar o que considera como um princípio com outros princípios constitucionais⁶⁵.

A exemplo do explicitado no parágrafo anterior:

Se o princípio admite uma ponderação de interesses ao menos com o direito à prova da defesa, decorrente do princípio da ampla defesa, cumpre definir se é possível a ponderação com outros princípios constitucionais, em especial o direito à prova da acusação, decorrente do direito de ação e requisito essencial para a realização do dever de proteção penal eficiente. (ÁVILA, 2006, p. 110)

Na perspectiva deste trabalho, não é satisfatória a argumentação para que se permita a conclusão de que a vedação às provas ilícitas seja de fato um princípio, podendo-se, por este motivo, sofrer ponderação, mesmo em se tratando de casos que sejam em tese *pro-reo*. Diferentemente, para chegar a tal entendimento, enfrentaremos os requisitos, um a um, propostos pela *teoria dos princípios* de Alexy com base no dispositivo constitucional em questão.

⁶⁴ Técnica de sofisma apresentada pelo autor Arthur Schopenhauer, na qual se tenta por meio de um argumento falacioso justificar a conclusão utilizando-se da própria premissa inicial.

⁶⁵ Segundo Ávila, indaga-se: podem as garantias processuais, que possuem a natureza de regras do jogo, também ser objeto de ponderação de interesses? A resposta é afirmativa.

Para preencher os referidos critérios da *teoria dos princípios*, definiremos, inicialmente, o suporte fático dessa norma. Os professores Maurício Zanoide de Moraes e Afonso Virgílio da Silva apresentam a seguinte quesitação para tanto⁶⁶: “(1) o que é protegido?; (2) contra o quê?; (3) qual a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?” São exatamente estes os critérios que Yuji (2015) se utiliza em sua dissertação para definir a suporte fático do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal.

Para Yuji, o primeiro dos requisitos é respondido com base no direito à prova, que advém dos direitos de defesa, tanto constitucionais como infraconstitucionais, englobando, dessa forma, o contraditório e a ampla defesa no seu espectro de proteção⁶⁷. Neste contexto, o autor consigna que

[...] a garantia da plenitude de defesa com os meios e recursos a ela inerentes traz consigo a necessidade da efetivação na maior amplitude possível dos direitos à informação, à bilateralidade da audiência e à prova legitimamente obtida ou produzida, “todos umbilicalmente ligados. (YUJI, 2015, p. 130)

Ademais, a disposição geográfica do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal evidencia que ele é uma *norma-regra* que cria uma exceção ao previsto no inciso anterior, qual seja: o direito à legítima produção de provas. No mesmo sentido, o artigo 157 do Código de Processo Penal, que “regula” esse dispositivo constitucional, também é colocado neste diploma como uma exceção ao direito à prova previsto no artigo 155 do mesmo Código, de modo que se pode perceber que tanto a norma constitucional como a legal se estruturam como uma exceção ao direito à prova.

Em relação ao segundo dos requisitos, *contra o quê*, o autor defende que o âmbito de proteção da norma integra o direito de todas as partes de buscar as fontes de provas, requerendo-se a sua admissão⁶⁸. Entretanto, como articulado na introdução, nem toda produção pode ser

⁶⁶ O aprimoramento e a consolidação dessa teoria foram realizados por Robert Alexy (ALEXY, Robert. Teoria cit.), tendo no Brasil um de seus difusores em Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras cit.; SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2010), na Espanha um de seus difusores Carlos Bernal Pulido (BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio*, op. cit.).

⁶⁷ Para Yuji, o “[...] “suporte fático amplo” do direito à prova. Entendemos que ele advém dos “direitos de defesa” constitucionais, especificamente do direito de ação e do contraditório e da ampla defesa dispostos no inciso LV, do artigo 5º, da Carta Magna.” (p. 125)

⁶⁸ Segundo Yuji, “[...] a máxima realização do âmbito de proteção não poderia ocorrer em meio a ilegalidades. O

autorizada, sob pena de que se chancelam atos ilícitos cometidos pelo próprio Estado – ou por particulares –, sendo assim, a exceção que a regra cria não restringe o fomento do direito de prova, simplesmente o seu abuso, que não pode prosperar e gerar efeitos jurídicos.

Assim, diante da permissão geral da produção de provas, o legislador escolheu politicamente limitar esta produção, proibindo o seu excesso, vedando, assim a ilicitude na produção⁶⁹. Neste sentido, Yuji argumenta que:

[...] o legislador constitucional criou a norma-regra da inadmissibilidade das provas ilícitas sob forma de exceção à ampla atividade probatória, isto é, podemos nos valer de todos os meios e recursos para obtenção de elementos de prova, desde que não ilícitos e respeitando-se os princípios da legalidade, do contraditórios e da ampla defesa, e do devido processo legal. (YUJI, 2015, p. 132)

O que diz respeito ao terceiro e quarto requisito, que versam a respeito das consequências para o ordenamento, neste caso, especificamente sobre a manutenção de provas ilícitas em processos, temos que a exceção ao direito geral ao meio de produção de prova e à prova não sofreriam limitações, podendo ser exercidos em abuso. Em razão disso, constitui-se o direito à cessação do constrangimento, haja vista a possibilidade de resultados possíveis caso isso não aconteça⁷⁰.

Diante das respostas extraídas, Yuji definiu, com base na questão transcrita, o suporte fático da norma do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal. Posteriormente, conclui que a referida norma constitui uma regra, opinião com a qual concordamos, e passamos a expor o porquê.

As razões apresentadas por Yuji, em relação à *teoria dos princípios*, que concluem que constitui *regra* a norma do referido artigo, também nos indicam a sua forma de aplicação (ALEXY, 2002). Primeiramente, o grau de abstração do texto da referida regra é muito reduzido, isto é, há

princípio do direito à prova está relacionado com os princípios constitucionais da legalidade e do devido processo legal” (p. 132)

⁶⁹ Segundo Yuji, em acordo com o professor Mauricio Zanoide de Moraes. Este, desde 2005, vem lecionando, tanto nas aulas da graduação quanto da pós-graduação, que o inciso LVI do artigo 5º constitucional é uma regra limitadora do princípio insculpido no inciso LV, do artigo, da Constituição Federal.

⁷⁰ Segundo Yuji, “ativação da “consequência jurídica”, por sua vez, ocorre no preenchimento indevido dessa intervenção no âmbito de proteção e pode gerar eventual exigência de sua cessação.” (p. 66)

um evidente *dever ser*, em segundo lugar, como dito, ela cria uma exceção ao direito à obtenção da prova, não é possível que um mandado de otimização se constitua enquanto uma exceção, uma vez que ser um mandamento de caráter amplo é justamente o que lhe faz existir (ALEXY, 2002).

Consequentemente, mandados de otimização apresentam graus de cumprimento, ou seja, podem ser cumpridos em maior ou menor escala (ALEXY, 2002), característica intrínseca aos princípios, entretanto, mais uma vez, é impossível verificar tal característica na redação da em regra em comento: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Como se pode notar, o caráter de intransponibilidade do disposto leva a crer que a aplicação jurídica possível é a subsunção dos casos concretos a essa regra (ALEXY, 2002).

Yuji, concluindo a respeito do tema, consignou que

[...] encontramos claramente um “dever-ser” de proibição na admissão de elementos de prova no processo que não estiverem de acordo com a legalidade. Há previsibilidade e objetividade da conduta a ser obrigatoriamente seguida, permitindo-se maior segurança jurídica, pois não depende do caso concreto para ser analisada. Simplesmente “deve ser aplicada”. (YUJI, 2015, p. 133)

A possibilidade de interpretação dessa redação permite simplesmente a discussão se os casos, tendo em vista suas características próprias, ensejam ou não a aplicação da regra (ALEXY, 2002). Assim, parece-nos muito árdua a demonstração em contrário, no sentido de que esta norma constitucional é verdadeiramente um princípio, uma vez que toda a análise leva à conclusão diversa. Conclui-se, portanto, pelos diversos argumentos e análises diferidas, que o artigo 5º, LVI, disciplina uma *regra* constitucional.

Sendo assim, todo esforço argumentativo de Ávila feito no sentido da possibilidade de ponderar esta regra constitucional é em vão, uma vez que justifica a premissa pela conclusão, ao invés de traçar o caminho interpretativo com base no marco teórico escolhido, apesar de parcialmente respeitá-lo. Consequentemente, com base na mesma teoria, não concordamos com a possibilidade de ponderação de regras (ALEXY, 2002).

No mais, em vias de concluir, também será enfrentada uma forma de analisar a *prova ilícita pro-reo*, uma vez que se afirmou ser praticamente uníssona entre os doutrinadores a possibilidade

de uso desta prova, e, em contraponto, consignou-se que a conclusão apresentada por Ávila sobre o tema estava equivocada. Diante disso, brevemente debateremos o tema para definir a posição do texto também neste particular.

3.2.2. Prova ilícita *pro-reo*

Como demonstrado, Ávila considera que a aceitação do uso de provas ilícitas *pro-reo* se dá em razão da necessidade de se reconhecer que a norma do artigo 5º, LVI, da Constituição é um princípio, e, conseqüentemente, conclui no sentido de que é possível ponderar a norma em questão com outras garantias constitucionais, tais como a ampla defesa e o direito ao contraditório, aduzindo, finalmente, pela desproporcionalidade de se declarar a ilicitude das provas em casos *pro-reo* (ÁVILA, 2006). Pois bem, esta resposta permite que não seja vedado ao réu o direito de ser inocentado com provas, objetivamente, ilícitas, mas não é uma justificativa satisfatória.

Apesar de concordarmos com a conclusão, a premissa parece incorreta e passamos a expor o porquê. Inicialmente, destacamos que a pretensão punitiva do Estado (LOPES JR., 2005), é um poder-dever, nasce justamente do fato ilícito, assim, quando comprovada a inocência do réu, estamos diante de uma situação que pode ter configurado constrangimento ilegal a este. Explica-se, se há prova a demonstrar a inocência do réu, tem-se, naturalmente, que a pretensão do Estado se funda em um erro, não podendo permanecer objetivo público de punir o inocente.

A pretensão estatal de punir tem uma perspectiva diferente da pretensão como trabalhada em processo civil, isto porque o Estado tem o poder-dever de perseguir quando preenchidos os requisitos para tal, não lhe interessando a ação contra o inocente (LOPES JR., 2002). Não existe elemento subjetivo na pretensão em processo penal, somente critério objetivo para sua instauração (LOPES JR., 2005). Assim, sendo possível que o inocente prove esta condição, mesmo que de forma objetivamente ilícita, comprova, também, indiretamente que os requisitos para a persecução penal eram inexistentes.

Em sentido complementar e autônomo, é o entendimento do professor Maurício Zanoide de Moraes, que foi explorado na dissertação de Fabiano Yuji, demonstrando que, em situações, como a citada acima, o réu ou o terceiro em seu benefício, agem em legítima defesa, excludente de

ilicitude, uma vez que produzem prova de que a ação penal a qual respondem existe enquanto um constrangimento ilegal (YUJI, 2015). Ou seja, atos ilícitos em casos *pro-reo* estariam amparados nas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal. Segundo Yuji: “[...] é a injusta incoação de uma persecução penal que não deveria sofrer. Busca-se que não se configure a situação lesiva a um interesse tutelado, juridicamente protegido” (p. 139).

Para chegar a tal conclusão, é necessário que se veja que a ação penal contra inocente é um inegável constrangimento ilegal, que não pode servir aos interesses do Estado. Assim, este constrangimento é atual – ainda se perdura no tempo –, e iminente – a qualquer tempo pode sofrer os efeitos de uma condenação injusta, medidas cautelares – (YUJI, 2015). Dessa forma, não pode haver ilicitude em provas de inocência diante de constrangimento causado pelo próprio Estado, uma vez que a condenação de inocente jamais pode ser o objetivo, e não é, pelo ordenamento, tal como previsto nos artigos 23 e 25 do Código Penal.

Portanto, refutamos a necessidade do uso da proporcionalidade para responder este questionamento pontual, como feito por Ávila, que expôs ponto completamente diverso. Aliás, a pesquisa de mestrado deste autor, cujo título é *Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos* se baseia nesta premissa, qual seja: a possibilidade de ponderar o princípio de vedação à prova ilícita. Neste ponto, o autor inicia falando da prova ilícita *pro-reo*, posteriormente, pondera este princípio com os direitos constitucionais de segunda geração com o objetivo de concluir pela possibilidade de restringir o princípio *pro* direito de acusação.

A característica essencial do trabalho de Ávila é semelhante ao objetivo central dos defensores da *teoria do garantismo penal integral* no sentido de que criticam o garantismo monocular – aquele que só defende os interesses do réu na *situação processual*⁷¹ e defendem a possibilidade de serem ponderados direitos fundamentais de primeira geração com os de primeira, na acepção do processo penal. Bem, estas conclusões, à primeira vista, parecem não corresponder

⁷¹ Aderindo ao conceito de James Goldschmidt a respeito das partes processuais, que são vistas da perspectiva dinâmica, retirado da obra: *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona, Boch, 1935.

com a episteme do processo penal, em desrespeito aos axiomas deste ramo do direito (FERRAJOLI, 2002).

3.2.2. *Regramento infraconstitucional acerca das provas ilícitas.*

Voltando um pouco à definição do *estado da arte* legislativo, após 20 anos da promulgação da Constituição Federal, o legislador pátrio trouxe na minirreforma do Código de Processo Penal de 2008 inovação referente ao regramento legal da regra de exclusão de provas ilícitas. A reforma é interessante da perspectiva que, pela primeira vez, se deu, em dispositivo positivado, o conceito do que seriam provas ilícitas. Pode-se dizer que tal movimentação legislativa criou respostas, mas também algumas dúvidas. Entretanto, tendo em vista que já havia *regra* constitucional expressa sobre o tema, que como visto, cria uma exceção ao direito de produção à prova (YUJI, 2015), a inovação pode em alguma medida ser simplesmente desnecessária.

Neste contexto, o texto do artigo 157 do Código de Processo Penal passou a vigorar da seguinte forma: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”. Inicialmente, a previsão da consequência da declaração da ilicitude passou a vigorar: determinando-se o desentranhamento como regra. Por outro lado, o conceito de prova ilícita foi colocado de forma muito abrangente (“assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”), sendo considerado atécnico por alguns autores, a exemplo de Eugênio Pacelli (2009)⁷².

A despeito desta possível atecnia, pode-se concluir que a inadmissibilidade passou a abarcar a violação a regras infraconstitucionais, de modo a garantir a exclusão instrumental destas do processo. É possível perceber que o legislador elegeu a teoria ampla da prova para todas as violações de Direito, determinando a declaração da ilicitude e, sua respectiva exclusão, independentemente, da hierarquia jurídica desta regra (YUJI, 2015).

⁷² Pacelli conclui que, “[...] provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual”.

Ademais, houve a inserção nos parágrafos do artigo 157 de algumas doutrinas desenvolvidas na Suprema Corte dos Estados Unidos, quais sejam: a inadmissibilidade de provas ilícitas por derivação (fruto da árvore envenenada) as quais tiveram origem no precedente *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920), e a fonte independente de descoberta, com origem em *Murray v. United States* (1988). Posteriormente, no capítulo 4 se discorrerá a respeito da *importação* destes conceitos.

Este artigo do Código de Processo Penal, foi editado, a exemplo do ocorrido com o artigo 5º, LVI da Constituição, de forma a configurar uma exceção ao direito de produzir provas. É possível chegar a esta conclusão quando se analisa que esse artigo está inserido no capítulo específico que regula as provas naquele Código, vindo, geograficamente, posterior ao 155 e 156 – logicamente –, os quais estabelecem o livre convencimento do magistrado a respeito da prova e a quem cabe o ônus da prova, respectivamente.

Mais uma vez, como se pode ver, esta regra, agora de hierarquia infraconstitucional, é colocada como uma exceção ao convencimento do juiz pela prova e até pelo ônus de quem tem o dever de produzi-la. Isto é, o *dever-ser* que se extrai deste dispositivo tem características muito semelhantes à *regra* constitucional da inadmissibilidade, constituindo, claramente uma exceção os dispositivos anteriores, razão que impede teleologicamente que seja um princípio. Reforçando, assim, a tese defendida que impossibilita que seja possível a ponderação, uma vez que não constitui princípio à *regra* constitucional em comento.

3.3. Considerações finais

Pois bem, conforme se viu deste capítulo, a intenção foi apresentar, incluindo uma breve análise histórica sobre vedação às provas ilícitas, o regramento do ordenamento jurídico brasileiro acerca do tema. Para que esta análise fosse possível, foi feito o estudo do paradigma jurídico no qual a maioria dos autores e os tribunais pátrios recorriam sobre o tema, uma vez que, à época, não havia normatização sobre o tema. Neste contexto, foram analisadas três decisões do Supremo Tribunal Federal, justamente a respeito do entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Por outra ponta, foi visto que, muito antes desta guinada da jurisprudência, professores, a exemplo da professora Ada Pellegrini, já defendiam a desnecessidade de norma expressa que vedasse o uso provas ilícitas, a ver pelo caráter lógico desta construção, já que o Estado não pode se aproveitar de ato ilícito próprio ou de particular em benefício da acusação. Para além disso, a Constituição de 1967/69 trazia dispositivos constitucionais semelhantes aos que estão presentes na atual Constituição, que permitiam seu uso em favor da vedação às provas ilícitas, os quais foram utilizados no Supremo, como visto.

A grande inovação demonstrada neste capítulo foi a intenção do projeto do Constituinte em consagrar, por meio de Constituição Federal, um modelo acusatório no Brasil, o que, como articulado, passou necessariamente pela vedação às provas ilícitas, o que fora disciplinado por *regra* constitucional, contida no artigo 5º, LVI da Lei maior. Como trabalhado, esta regra foi incluída no texto constitucional como exceção à *regra* geral do direito de produção de provas estabelecida no inciso anterior do referido artigo, criando-se a exceção às produzidas ilicitamente.

Justamente este caráter de exceção da referida *regra* impede, à primeira vista, que esta norma possa ser considerada um princípio, haja vista que estes têm como característica serem mandados de otimização (ALEXY, 2002), não o podendo ser, por esta razão, um princípio de exceção. Ademais, o nível de abstração da referida norma é extremamente reduzido, como também já se trabalhou. Entretanto, é tamanha a controvérsia jurídica sobre o tema que, em parte específica, foram utilizadas duas dissertações que versavam sobre o tema para se chegar à conclusão que se defende nesta monografia.

Posteriormente, discutiu-se, ainda, a prova ilícita *pro-reo*, concluindo, conforme a visão do professor Maurício Zanoide de Moraes a respeito da existência de excludente de ilicitude nas provas adquiridas desta forma, objetivamente ilícitas. Ademais, a minirreforma do Código de Processo Penal de 2008 foi explorada no que se refere à inovação da redação do artigo 157 deste diploma, demonstrando-se as características, inclusive a de configurar *regra* de hierarquia infraconstitucional.

Como visto, a argumentação foi feita no intuito de demonstrar as influências *continentais*⁷³ que o ordenamento jurídico brasileiro têm em processo penal, haja vista uma constituição prolixa e que disciplinou um *modelo acusatório* no Brasil (GRINOVER, 1993), com características do *inquisitorial system* (GRINOVER, 1999). Assim, os atos processuais em processo penal são típicos e as normas são positivadas em códigos e na Constituição Federal, fatos de extrema relevância para o assunto trabalhado nesta monografia.

Apesar do vanguardismo da evolução da jurisprudência a respeito da vedação às provas ilícitas, o mais importante deste capítulo é visualizar que ordenamento jurídico é trazido no artigo 5º, no capítulo que versa sobre os direitos fundamentais no Brasil, *regra* constitucional de vedação ao uso de provas ilícitas. Ora, como se vê, este é o principal eixo de análise da matéria que aqui se estuda, uma vez que, por influência majoritariamente da Suprema Corte dos Estados Unidos (CECARELLI, 2011), o legislador pátrio elegeu esta vedação como direito fundamental.

É evidente que esta escolha legislativa é de suma importância quando da comparação do ordenamento jurídico brasileiro com outros ordenamentos, a exemplo do estadunidense, que é objeto desta pesquisa. Se não bastasse a existência desta *regra* constitucional, o legislador trouxe *regra* semelhante no Código de Processo Penal, adotando a teoria ampla da ilicitude da prova (ESTAMPRES, 1999), que considera ilícita qualquer prova produzida em desconformidade com o ordenamento, o Direito, em sua completude, reforçando o controle público da legalidade dos atos em processo penal (GRINOVER, 1999).

Assim, é com este enfoque, com base neste *estado da arte* do ordenamento a respeito da vedação às provas ilícitas, que a presente pesquisa irá comparar, na medida do proposto pelo projeto de lei 4.850/2016, as diferenças dos eixos interpretativos – que neste momento do texto já são visíveis – que deve haver entre Brasil e Estados Unidos, e concluir pela possibilidade de ou não da importação dos conceitos trazidos nesse projeto de lei. Ademais, concluindo o capítulo, alertamos que precedentes pós Constituição de 1988 não foram estudados, isto porque a variação da

⁷³ De acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho, o sistema processual brasileiro é amplamente influenciado pelo direito continental, firmando-se a disciplina processual com as características do Código de Instrução Criminal de Napoleão, de 1808. Ademais, o sistema processual eleito privilegia o controle público de legalidade.

jurisprudência sobre o tema é muito grande, impossibilitando a análise do contexto jurisprudencial com base em uma pequena amostra de pesquisa, além de fugir do objetivo da pesquisa.

CAPÍTULO 4 – Delimitação das *10 medidas contra a corrupção*, projeto de lei 4.850/2016, em relação ao objeto da pesquisa.

As *10 medidas contra a corrupção*, que foram encabeçadas principalmente por membros do Ministério Público Federal de Curitiba⁷⁴, trouxeram proposições em vários âmbitos do sistema de justiça criminal brasileiro. Nesta ampla abordagem, houve diversas propostas no que tange a alterações na disciplina processual penal brasileira, mais especificamente, no que importa para o presente trabalho, a proposta 7 – ajuste nas nulidades processuais⁷⁵. Esta proposta englobou, como se demonstrará, mudanças no regramento a respeito da ilicitude de provas no ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão da amplitude do projeto, primeiro serão delimitadas as propostas que interessam a esta pesquisa. Posteriormente, será possível, haja vista a justificativa que foi apresentada no próprio projeto de lei, debater as influências citadas e os marcos teóricos utilizados para justificar o referido projeto. Somente depois destes passos, será possível tentar responder à pergunta desta pesquisa, qual seja: as propostas trazidas nas *10 medidas contra a corrupção*, no tocante a provas, apresentam compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro?

Inicialmente, como se demonstrará adiante, as propostas das *10 medidas contra a corrupção* tinham também como objetivo a reforma quase que total dos incisos do artigo 157 do Código de Processo Penal, justamente porque é este dispositivo que, a partir de 2008, passou a disciplinar, quase como em regulação da Constituição⁷⁶, os efeitos da ilicitude de provas e, pela primeira vez, definiu positivamente o conceito de provas ilícitas. Por esta razão, o projeto de lei 4.850/2016 propôs uma nova redação para este artigo, que passaria a vigor da seguinte forma:

⁷⁴ Esta informação é divulgada publicamente em vários veículos de imprensa, além do apoio institucional que o Ministério Público Federal emprestou à iniciativa. Consta também do texto do projeto 4.850/2016 esta informação: “os membros da Frente Parlamentar Mista de Combate à Corrupção reconhecem a importância do Movimento das 10 Medidas de Combate à Corrupção, por isso, solicitamos o apoio dos ilustres congressistas para que a presente proposta seja aprovada com urgência. São dois milhões de cidadãos que se mobilizaram para o apoio a este Projeto, e nossa a honra de levar à consideração da Câmara dos Deputados esta proposição que é exemplo de participação democrática e fruto de colaboração conjunta de diversos operadores de direito que se dedicam ao combate e prevenção da corrupção em todas as suas formas”.

⁷⁵ As propostas podem ser encontradas no endereço eletrônico do próprio Ministério Público Federal em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

⁷⁶ As referidas normas evidentemente não possuem característica de lei regulamentar, são leis ordinárias, entretanto, os conteúdos normativos são complementares em relação ao texto da Constituição.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

§ 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando:

I – não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas;

II – 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;

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;

IV – 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;

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

VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência;

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;

VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena;

IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público;

X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados.

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

§ 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, e ordenará as providências necessárias para a sua retificação ou renovação, quando possível.

§ 5º O agente público que dolosamente obtiver ou produzir prova ilícita e utilizá-la de má fé em investigação ou processo, fora das hipóteses legais, sujeita-se a responsabilidade administrativa disciplinar, sem prejuízo do que dispuser a lei penal.

Bem, como se pode notar das modificações propostas, o projeto tenta estabelecer quais seriam as *excludentes de ilicitude da prova*, nesta empreitada, e disciplinar em diversos incisos as hipóteses nas quais a prova ilícita, ou potencialmente ilícita, teria valor probatório. Inicialmente, vê-se que as inovações trazidas em muito já tinham aplicabilidade no direito brasileiro, mesmo que somente jurisprudencialmente e, na sua grande maioria, incorporam as teorias tais como aplicadas na Suprema Corte dos Estados Unidos, detalhando os conceitos que vigem na atual redação do artigo 157 do Código de Processo.

Faz-se, aqui, um breve excursus somente no sentido de explicar que a *teoria dos frutos da árvore envenenada* foi criada em *Silverthorne Lumber Co v. United States*, no ano de 1920, isto é, sob a vigência de um paradigma na Suprema Corte Americana que entendia a *exclusionary rule* como um direito constitucional⁷⁷.

Voltando, uma anotação que deve ser feita é o que o conceito apresentado pelo projeto para a prova ilícita, baseado na teoria ampla da ilicitude da prova (ESTAMPRES, 1999), possui diferença mínima em relação à atual redação do Código de Processo Penal, inferindo-se, assim, que ao ver dos proponentes, as exceções à regra geral é que mereciam maior atenção. No mais, a redação foi repetida ou estendida no que tange à excludente da *fonte independente* das provas e a respeito *teoria do fruto da árvore envenenada*. Comparativamente, ambas as redações são próximas e, dessa forma, não inovam muito no ordenamento:

Art. 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.

Dessa forma, o esforço da redação proposta pelo projeto de lei 4.850/2016 é dirigido em grande parte para a regulação do que atualmente seria o parágrafo segundo do artigo 157 do Código de Processo. Este dispositivo é baseado na *teoria dos frutos da árvore envenenada*, que, como dito, tem origem na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e determina que as provas derivadas das ilícitas, por consequência da violação de direito anterior, também seriam nulas (PACELLI, 2009). Diante deste arcabouço, o referido projeto tenta excepcionar a aplicação desse dispositivo.

⁷⁷ Conforme estudado no capítulo 2 deste texto, em 1920 ainda vigia na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos o entendimento de que a *exclusionary rule* era um remédio constitucional, com o devido status constitucional, aplicável a violações da 4ª emenda nas situações que atraíssem a competência da justiça federal americana.

Neste contexto, é possível verificar redundâncias no projeto, a exemplo do inciso I, o qual configuraria como exceção o fato da prova derivada ser obtida em situações que “[...] não [for] evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas”. Ora, esta situação fática é o pressuposto para determinar o que seria a prova derivada (PACELLI, 2009). Mais adiante, no entanto, se encontra a proposição que gerou maior debate entre diversos seguimentos da sociedade, tais como: Ordem dos Advogados do Brasil⁷⁸, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais⁷⁹, a Consultoria Legislativa do Senado⁸⁰ e próprios proponentes, membros do Ministério Público Federal.

O ponto crítico do debate foi a inserção no projeto da previsão de excludente de ilicitude da prova nos casos em que fosse obtida por funcionário público de boa-fé, com a seguinte redação: “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”. Esta proposição é exatamente o que enseja a presente pesquisa, que pretende responder se as propostas deste projeto, do retro citado dispositivo em especial, pode ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, este trabalho vem fazendo uma pesquisa comparada com a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos porque, conforme se demonstrará, os proponentes das *10 medidas* utilizam das referências jurisprudências desta corte, com as respectivas justificativas, e tentam incorporá-las ao direito local.

A inovação da disciplina processual brasileira para abranger tal exceção à prova ilícita fez com que os proponentes justificassem no projeto de lei 4.850/2016 as razões de inserção deste tema, além da ampla defesa feita deste dispositivo publicamente na imprensa⁸¹. Para o que importa

⁷⁸ Conselho Federal da OAB, Proposição n. 49.0000.2015.002558-1/COP, relator conselheiro Federal Eurico Soares Montenegro Neto (RO).

⁷⁹ Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), n. 277, ano 23, dez. 2015.

⁸⁰ A Consultoria Legislativa do Senado também se opôs, alinhavando como único argumento contrário o fato de não ser admissível a aplicação do princípio da proporcionalidade para relativizar a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas (OLIVEIRA, J. M. F. et al. *Como Combater a Corrupção?* uma avaliação de impacto legislativo de proposta em discussão no Congresso Nacional. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Julho/2015 – Texto para Discussão n. 179. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 16 jul. 2015).

⁸¹ Conforme se pode encontrar nos sítios eletrônicos: <<https://www.brasil247.com/pt/247/parana247/252182/Dallagnol-defende-prova-il%C3%ADcita-obtida-de-boaf%C3%A9.htm>>, <<https://www.brasil247.com/pt/247/parana247/252423/Dallagnol-rebate-Gilmar-e-volta-a>>

neste trabalho, as justificativas apresentadas no referido projeto de lei serão analisadas para que, ao final, se conheça a fundamentação deste projeto.

Além do texto de justificação apresentado junto com as propostas, o procurador da república Hélio Telho publicou artigo, disponível no sítio eletrônico do Ministério Público Federal⁸², no qual refuta as críticas a respeito do projeto, especificamente sobre excludentes de ilicitude da prova e também tem como foco esclarecer a comunidade jurídica a respeito das propostas, o que também será usado na presente análise. É possível notar ainda que parte do artigo desse procurador foi utilizado como texto-base para a justificativa do projeto enviado à Câmara dos Deputados.

4.1. Justificativas apresentadas no projeto de lei 4.850/2016 a respeito das mudanças propostas para o artigo 157 do Código de Processo Penal.

Pois bem, a justificativa teórica para as mudanças propostas se inicia na página 32 do referido projeto, sendo que, a parte que versa sobre o objeto desta pesquisa está entre as páginas 66 e 71, exatamente o que se passa a analisar.

Os argumentos apresentados nas páginas que interessam ao objeto desta pesquisa serão apresentados na ordem exposta no projeto, sendo que os principais trechos serão transcritos textualmente em uma tabela. Da mesma forma, a será dada ênfase nas justificativas que tem como objetivo justificar as *importações* do direito estadunidense para o ordenamento jurídico brasileiro.

Os proponentes iniciam a justificativa articulando a relevância da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, uma vez que, segundo eles, a regra de exclusão de provas ilícitas foi importada daquele país e que foi criada no contexto do *common law* americano (CECARELLI, 2011). A aplicação da *exclusionary rule* em relação a 4^a, 5^a e 6^a emendas da Constituição daquele país não é negligenciada, afirmando seu uso recorrente na Suprema Corte.

defender-provas-ilícitas-obtidas-de-boa-fé.htm>, <<https://jornalggn.com.br/noticia/dallagnol-lanca-livro-e-defende-mudar-interpretacoes-da-constituicao>>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁸² Pode ser encontrado neste endereço eletrônico: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/nulidades-helio-telho-excludentes-de-ilicitude-da-prova-3a-ed.pdf>

Por outro lado, consignaram, desde o início, que a abrangência das teorias a respeito de provas ilícitas naquele contexto se dava somente em processos criminais.

Na sequência, foi introduzido argumento de enorme relevância para esta pesquisa, uma vez que se diz que a *exclusionary rule* não é um direito constitucional, o que, como visto no capítulo 2, é fato incontroverso com base na atual jurisprudência americana (COMMACK, 2010). Entretanto, esta ideia é complementada com argumentação no sentido de que não há previsão legal para a *exclusionary rule* e que as decisões judiciais na verdade tentam proteger direitos constitucionais dos cidadãos. Aqui, como se vê, existe um argumento verdadeiro descontextualizado do que o anteveio historicamente.

Isso porque, de fato, para parte da doutrina e das decisões, ela seria uma regra constitucional; a controvérsia a respeito do tema é tão grande que atualmente pelo menos 4 juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos tem este entendimento. Assim, a forma como foi colocado o argumento pelos proponentes pode levar a inferências e interpretações equivocadas.

A referida descontextualização se dá no sentido de que na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos deslocou-se o eixo interpretativo da *exclusionary rule*, de modo que um direito constitucional se tornou, diante da atual jurisprudência, um mecanismo de inibição do cometimento de infrações, aplicável somente aos policiais. Diante disso, a simples menção ao fato de que esta regra não constitui um direito constitucional é na verdade o ponto de partida do debate. Diz-se isso porque a positivação da *regra* constitucional de vedação de provas ilícitas, no Brasil, é posterior à desconstitucionalização da *exclusionary rule* nos Estados Unidos, por exemplo.

Assim, tem-se que a primeira pergunta a ser feita neste debate é se o descolamento ocorrido na jurisprudência daquele país poderia *transitar* para o ordenamento jurídico brasileiro acriticamente. Posteriormente, surge o debate a respeito da constitucionalidade das medidas propostas, o qual, como já articulado, também será enfrentado.

Ao que importa ao objeto deste trabalho, faz-se um quadro de propostas com as suas respectivas justificativas, tal como apresentados no projeto de lei 4.850/2016:

Alteração legislativa

Alteração do conceito apresentado no artigo 157 do Código de Processo Penal para: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, *assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.*

Justificativa teórica

“A primeira delas na própria conceituação do que seja prova ilícita. A lei em vigor conceitua provas ilícitas como sendo “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”⁸³.

“O conceito é por demais amplo e permite a anulação de provas (o sepultamento de grandes operações policiais de combate ao crime ou de complexas ações penais em fases avançadas ou até mesmo já julgadas) por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que isso não implique violação de direito ou garantia do investigado.

Mas não é só. A amplitude do conceito em vigor leva a interpretações subjetivas, que por sua vez conduzem a decisões seletivas, conforme denunciado na tese de mestrado de Diogo Castor de Mattos, intitulada *A seletividade penal na utilização abusiva do “habeas corpus” dos crimes do colarinho-branco.*”⁸⁴

Art. 157, §2, III – o agente público houver “A exceção de boa-fé (*good faith*)

⁸³ Página 67 do anexo I.

⁸⁴ Página 68 do anexo I.

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;

exception): em *Arizona vs. Evans*, 514 U.S.1 (1995), *Davis vs. U.S.* 131 S.Ct. 2419 (2011) e *Herring vs. U.S.*, 555 U.S. 135 (2009), a SCOTUS⁸⁵ decidiu que não se deve excluir a prova quando o policial a tiver obtido 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, como, por exemplo, quando o mandado contiver dados incorretos ou vier a ser posteriormente anulado.

Entendeu-se que, nessas circunstâncias, a exclusão da prova não produziria o efeito dissuasório desejado, de evitar que os policiais, no futuro, voltassem a violar direitos constitucionais dos investigados.”⁸⁶

Art. 157, §2, IV – 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;

“Causa remota, atenuada ou descontaminada (*attenuation doctrine*), quando houver decorrido muito tempo entre a violação da garantia e a obtenção da prova, tornando remota a relação de dependência ou consequência, ou quando fato posterior a houver descontaminado ou

⁸⁵ Abreviação presente no projeto de lei 4.850/2016 para *Supreme Court of United States* (Suprema Corte dos Estados Unidos).

⁸⁶ Página 69 do anexo I.

atenuado essa relação, como, por exemplo, quando o investigado resolver se tornar colaborador.”⁸⁷

Art. 157, §2, 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;

“Contraprova (*evidence admissible for impeachment*): Quando a prova for utilizada pela acusação para 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.”⁸⁸

Como se pode notar da tabela, o projeto tinha o objetivo de mudar minimamente o conceito de prova ilícita presente no artigo 157 do Código de Processo Penal, fazendo com que constasse na nova redação “violação de **direitos e garantias constitucionais** ou legais” em vez do que vige hoje em “violação a **normas constitucionais ou legais**”. Diz-se minimamente porque, na prática, o conceito proposto não teria o condão de alterar a forma de interpretação da matéria, tendo em vista a estrutura de *norma-regra* do artigo 5º, LVII, da Constituição. Esta tentativa de mudança conceitual foi debatida pelo professor Gustavo Badaró e foi alvo de suas críticas⁸⁹.

⁸⁷ Página 69 do anexo I.

⁸⁸ Página 69 do anexo I.

⁸⁹ Segundo Badaró, “não difere muito de tal conceito o que consta do Anteprojeto, no sugerido *caput* do art. 157, que define provas ilícitas como: ‘as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais’. A grande questão é: o que serão consideradas garantias constitucionais ou legais, principalmente as garantias legais de natureza processual? A justificativa da proposta ao criticar o conceito atual: “O conceito é por demais amplo e permite a anulação de provas (o sepultamento de grandes operações policiais de combate ao crime ou de complexas ações penais em fases avançadas ou até mesmo já julgadas) por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que isso não implique violação de direito ou garantia do investigado”. “O que serão “simples formalidades” de “menor importância”? O discurso pró repressão traz o cheiro de mofo de uma defesa social que

Posteriormente, os proponentes iniciam o debate a respeito da *prova ilícita de boa-fé*, articulando a existência de precedentes na Suprema Corte dos Estados Unidos que a adotam a fim de que aproveitar os atos produzidos por servidores públicos em *fundada confiança*⁹⁰. No contexto daquele país, a abrangência da exclusão estaria limitada à ação dos policiais. Mais afrente, apresentou-se argumento de que em algumas situações o efeito dissuasório da *exclusionary rule* não seria efetivo.

Assim, a proposta da inclusão da prova ilícita de boa-fé passaria pelo fato de que meros erros escusáveis não preencheriam os requisitos necessários para a exclusão de provas, uma vez que o efeito dissuasório seria desnecessário em algumas situações. Neste ponto, o professor Gustavo Badaró também criticou o projeto, haja vista o caráter amplo desta justificativa⁹¹. Ora, conforme o narrado e citado até o presente momento, a proposta das *10 medidas contra a corrupção* a respeito da prova ilícita de boa-fé propõe a simples incorporação da jurisprudência da Suprema Corte Americana a respeito do tema.

Ademais, o projeto não apresentou nenhum argumento a defender, por exemplo, que a estrutura desta *regra* no ordenamento jurídico brasileiro apresentaria o mesmo caráter de inibição, dissuasório, da *exclusionary rule*, tal como definido da jurisprudência americana.

As demais justificativas foram inseridas na tabela com o objetivo de demonstrar o método de justificativa dos proponentes das *10 medidas*, qual seja: apresentam dispositivos de acórdãos decisórios da Suprema Corte Americana e, sem maiores debates, defendem a aplicação destes entendimentos, por meio legislativo, no ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, há de fato inúmeras propostas com o intuito de positivar a *ratio decidendi* de diversos entendimentos da

inspirou a Exposição de Motivos do CPP de 1940, em que Francisco Campos proclamava, como hoje fazem os autores do Anteprojeto, sem ruborescer, que “[...] o projeto é infenso ao excessivo rigorismo forma, que dá ensejo, atualmente, à infindável série de nulidades processuais” (BADARÓ, 2016, p. 2).

⁹⁰ Este conceito foi trabalhado no capítulo 2 deste texto, destacando-se inclusive que esta doutrina propõe na prática a análise de uma espécie de elemento subjetivo do agente que comete o ato ilícito para que possa proceder a anulação de provas ilícitas.

⁹¹ Segundo Badaró, “[...] o que serão “simples formalidades” de “menor importância”? O discurso pró repressão traz o cheiro de mofo de uma defesa social que inspirou a Exposição de Motivos do CPP de 1940 (BADARÓ, 2016, p. 2).

Suprema Corte daquele país, mas em nenhum momento é feito o debate acerca da possibilidade deste *trânsito de ideias*, exatamente o que se fará adiante neste capítulo.

Neste sentido, em relação às *excludentes da ilicitude da prova*, os proponentes do projeto de lei 4.850/2016 tentaram inserir pelo menos três doutrinas americanas sobre o tema (BADARÓ, 2016). São elas: prova ilícita de boa-fé (*good faith exception*), causa atenuada de descoberta (*attenuation doctrine*) e contraprova (*evidence admissible for impeachment*), que foram formuladas respectivamente nos seguintes precedentes: *Leon v. United States* 468 U.S. 897 (1984) e *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920) da Suprema Corte Americana. Vê-se, portanto, a repetição do padrão argumentativo dos proponentes.

Mais amplamente, foi perceptível no debate público que os proponentes deste projeto se alinham aos entendimentos teóricos apresentados pela *teoria do garantismo penal integral*, como se pode notar na defesa pública realizada pelo projeto na imprensa, mais uma vez⁹². Este marco teórico tem como ideia central possibilitar que o garantismo não seja um mecanismo *monocular*, isto é, que defenda exclusivamente os interesses dos acusados, passando a ser *hiperbólico*, de modo a garantir a efetividade dos direitos coletivos – direitos fundamentais de segunda geração – na persecução penal⁹³.

⁹² O procurador da república Deltan Dellagnol, em defesa pública no jornal “Folha de S. Paulo”, defendeu as *10 medidas* com base nos conceitos articulados pela teoria do garantismo penal integral, segundo ele: “no Brasil, existe um garantismo que não olha para os direitos das vítimas e da sociedade, apenas os dos réus [...] esse desequilíbrio entre o direito dos réus e o das vítimas leva a que todos os grandes casos de corrupção envolvendo pessoas influentes acabem impunes. [...] Se queremos acabar com a corrupção, precisamos que todas as pessoas de direita, esquerda e centro, pró e contra o impeachment, se unam em torno de uma pauta comum contra um fenômeno que sangra o país” (DALLAGNOL, 2017).

⁹³ Segundo o autor Douglas Fischer, “[...] A questão central do presente e modesto trabalho está exatamente aí: em doutrina e jurisprudência, têm-se difundido os *ideais garantistas* sem que se analise pelo menos de um modo minimamente dogmático o que, efetivamente, significa *garantismo penal*. É a *íntegra* de seus postulados (devidamente concatenados) que pretendemos seja aplicada (porque assim a Constituição determina), e não o que tem havido em muitas situações (valorizando-se *unicamente* direitos *individuais* fundamentais) e que temos denominado de *garantismo hiperbólico monocular*, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli (ao menos na leitura que fizemos de seu *integral* pensamento).

Que fique bem claro: temos a plena consciência de que a compreensão do sistema jurídico e das doutrinas que o circundam (e o *garantismo penal* é uma delas) requer a humildade de se admitir que há antinomias e proposições contrárias ao pensamento que se desenvolve. Repristinando nossas premissas assentadas noutra momento⁹³, pretender uma única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação (inclusive do teor de uma *doutrina*). Se é certo que diferentes intérpretes podem produzir, a partir do mesmo texto, distintas normas jurídicas, não se pode afastar que, a partir de uma mesma *doutrina*, também podem defluir posicionamentos interpretativos pouco diversos.”

O movimento do Ministério Público Federal encontrou tamanha simbiose que o idealizador do referido marco teórico – Douglas Fischer –, que defendeu publicamente a necessidade das *10 medidas contra a corrupção*⁹⁴, não escondeu em momento algum o alinhamento de ideias das propostas do projeto de lei 4.850/2016 com a *teoria do garantismo penal integral*. Por esta razão, o referido “marco teórico” também será debatido no que concerne ao tema do presente trabalho, uma vez que também o compôs, mesmo que indiretamente, como arcabouço justificativo das referidas propostas.

Diante de todo o exposto, a delimitação da pergunta de pesquisa foi devidamente realizada, uma vez que, após apresentar as justificativas e propostas de mudanças legislativas, facultou-se a possibilidade de debater a inclusão destas doutrinas, de forma mais abrangente, no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque as justificativas do projeto de lei 4.850/2016 simplesmente apresentam os entendimentos tal como formulados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Entretanto, este simples padrão argumentativo não é satisfatório para justificar a possibilidade destas *importações*, de modo que não possibilitam um debate mais aprofundado.

A partir de agora, será feita a problematização do presente trabalho, articulando inicialmente o questionamento acerca da *constitucionalidade formal*⁹⁵ e *material*⁹⁶ das *importações* conceituais propostas no projeto de lei 4.850/2016.

⁹⁴ É possível encontrar várias entrevistas na rede mundial de computadores com este teor. No mesmo sentido, o referido procurador aparece em vídeo oficial da Escola Superior Ministério Público União, disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=RIqRmNG-2So>>. Acesso em: 5 de nov. 2017.

⁹⁵ Segundo Paulo Bonavides, “[...] confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado. (2003, p. 297).”

⁹⁶ Segundo o ministro Gilmar Mendes, que apresenta o conceito seguido pelo Supremo Tribunal Federal, “[...] a inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo. É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo. (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1172).

4.2. Análise da constitucionalidade formal das propostas das 10 medidas contra a corrupção a respeito da prova ilícita de boa-fé.

Em continuação, será trabalhada a possibilidade formal de *importação* da prova ilícita de boa-fé como uma excludente de ilicitude, tal como formulado em princípio em *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). Dessa forma, para que esta análise fosse possível, no capítulo 3 deste trabalho foi exposto o *estado da arte* do ordenamento jurídico a respeito de tema, englobando, para além do texto legislativo, o movimento político no qual se inseriu a Constituição de 1988 e dos precedentes anteriores à *regra* constitucional do artigo 5º, LVI em vigência.

Naquele momento de exposição, foi dito que havia necessidade de definir a natureza jurídica da norma do artigo 5º que veda o uso de prova ilícita no ordenamento brasileiro. Para tanto, foram utilizadas como base de auxílio as dissertações de Fabiano Yuji (2015) e Thiago Ávila (2006), que inclusive apresentam conclusões opostas, mas que se utilizavam do mesmo marco teórico de análise, qual seja: *teoria dos princípios* de Alexy. Posteriormente, como se viu nas conclusões do capítulo 3, definiu-se que a referida norma apresenta característica de *regra*, de modo a não ser possível ponderações com o seu conteúdo, refutando-se, assim, as conclusões Thiago Ávila.

Além disso, tem-se ainda que as garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição brasileira possuem característica de *cláusulas pétreas*⁹⁷, uma vez que não são passíveis de abolição do ordenamento, salvo em caso de rompimento da atual ordem constitucional, conforme o artigo 60, §4º, da Constituição Federal. Como se vê, o contexto político que leva a atual Constituição fez com o que o legislador ordinário alçasse ao rol de garantias fundamentais a vedação ao uso de provas ilícitas em processo de qualquer natureza (CECARELLI, 2011). Este movimento político-legislativo é relevante para se fazer a discussão proposta nesta pesquisa.

⁹⁷ Segundo Gilmar Mendes, tais cláusulas de garantia (*Ewigkeitsgarantie*) traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento, ou impliquem profunda mudança de identidade do *telos* constitucional. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma de legalidade. fonte

Recapitulando: a norma presente no artigo 5^a, LVI da Constituição possui característica de *regra* constitucional, o que impossibilita que seja objeto de ponderação. Além disso, é alçada pelo legislador ao status de garantia fundamental, não sendo passível de abolição do ordenamento jurídico. Diante destas constatações, é impossível não concluir que uma proposta de lei infraconstitucional que visava a criar uma exceção direta ao conteúdo de aplicação de *regra* constitucional não seja formalmente inconstitucional.

Em razão desta primeira observação, é que páginas acima se argumentou que a tentativa de mudança do conceito de prova ilícita apresentado no projeto de lei 4.850/2016, conforme trabalhado na tabela I, era mínima. Isto porque esta inovação não teria o condão, conforme o objetivo dos proponentes, de alterar a lógica de aplicação da regra de exclusão no ordenamento brasileiro.

A referida mudança legislativa poderia, no máximo, alterar a definição legal do que seriam as provas ilícitas, que hoje são definidas infraconstitucionalmente no artigo 157 do Código de Processo Penal – o qual adota a teoria da ampla da ilicitude da prova (ESTAMPRES, 1999). Apesar disso, a Constituição facultaria, sem possibilidade de ponderação ou exceção, a exclusão de quaisquer provas ilícitas, material e formalmente analisadas nos casos concretos, tal como era feito antes da minirreforma do Código de Processo de 2008, com a aplicação concreta da *regra* do artigo 5^o, LVI.

Por este ângulo, a mudança do conceito presente no artigo 157 do Código de Processo não teria efeito prático, em razão da assimetria de hierarquia de leis existente à espécie, isto é, a inexistência do conceito mais amplo acerca das provas ilícitas no ordenamento não levaria a aceitação destas em processos judiciais. Como se vê, nesta hipótese, a inovação proposta no projeto de lei em questão se tornaria simplesmente uma mudança desnecessária, ao contrário da proposta da prova ilícita de boa-fé, na qual se concretizaria uma inconstitucionalidade.

Em outras palavras, no que tange à proposta da prova ilícita de boa-fé, tamanha é a evidência da assimetria que não poder-se-ia nem ao menos falar na hipótese de ponderação entre os dispositivos em questão – incabível esta técnica de argumentação diante dos conflitos de normas constitucionais e legais. Assim, estar-se-ia, em verdade, diante de uma clara hipótese de

inconstitucionalidade, uma vez existente divergência direta – sobreposição do conteúdo de normas – entre os dispositivos em análise.

Diz-se isso porque o objetivo de criar a exceção da boa-fé é justamente dar valor probatório à prova objetivamente ilícita, exatamente o oposto da prescrição do conteúdo da garantia constitucional de vedação às provas ilícitas.

Por outra ponta, o procurador Hélio Telho aduziu que a ideia inicial dos proponentes era fazer constar no projeto de lei em questão a possibilidade de se ponderar a proporcionalidade na aplicação da *regra* constitucional do artigo 5º, LVI, a fim de evitar sua aplicação em casos desnecessários⁹⁸. Segundo ele, esta proposta foi retirada do projeto final em razão da resistência da comunidade jurídica em aceitar esta inovação.

Vale lembrar que, no mesmo sentido, era a tese defendida na dissertação do Thiago Ávila (2006), na qual se argumentou que a aplicação desta técnica dar-se-ia entre princípios constitucionais, partindo ele do pressuposto que a referida *regra* era um princípio, como já exposto⁹⁹. Ademais, o autor que defende a possibilidade de reduzir a aplicabilidade da norma constitucional em debate, aplicando-se a ela os critérios de proporcionalidade, utilizados nos moldes das proposições de Alexy – partindo do pressuposto que a proporcionalidade é um princípio constitucional implícito, tal como entendido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰.

Sendo a proporcionalidade um princípio constitucional implícito, o que se defende nas proposições de Ávila é, na prática, a possibilidade de ponderar a norma do artigo 5º, LVI com esse princípio constitucional. Isto é, com base nessa perspectiva, a técnica de ponderação seria aplicada

⁹⁸ Segundo Helio Telho, os ilustres consultores legislativos que elaboraram o estudo se debruçaram sobre uma versão preliminar da proposta (minuta), que sofreu profundas alterações até se chegar à versão final submetida à subscrição popular, que não contemplou a aplicação do princípio da proporcionalidade. Por essa razão, a referida oposição não será considerada neste artigo.

⁹⁹ Segundo Thiago Ávila, “[...] após a análise dessas decisões, pode-se afirmar que sempre que uma pessoa estiver abusando de uma garantia constitucional para, por meio dela, cometer crimes, será possível uma ponderação de interesses entre a necessidade de eficiência na proteção penal mediante o acesso à prova e a garantia utilizada de forma abusiva, para admitir a prova como lícita, em observância ao princípio da proporcionalidade. Como exemplos, citem-se as extorsões ou ameaças gravadas pela vítima ou por terceiro com sua autorização, gravação de conversa com servidor público no exercício da função, a abertura de correspondências contendo substâncias” (p. 215).

¹⁰⁰ O Supremo Tribunal Federal usa correntemente o princípio da proporcionalidade como um princípio implícito constitucional, a exemplo do RE 583.523 da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

no conflito entre normas-princípios constitucionais. Como se pode notar, nem ao menos este empecilho inicial os proponentes das *10 medidas* conseguiram transpor, tendo em vista a apresentação da proposta por projeto de lei ordinária, de modo que a exceção de boa-fé nada mais seria do que uma futura norma claramente inconstitucional por esta razão.

Estas conclusões iniciais são possíveis mesmo que não se discuta se o deslocamento do eixo interpretativo da *exclusionary rule* no contexto estadunidense vai ao encontro com a axiologia do processo penal tomando-se como base a obra *Direito e Razão* como paradigma. Pelo contrário, aqui se questionou somente se a técnica legislativa usada no projeto de lei 4.850/2016 era viável para alterar o ordenamento acerca do tema, e a resposta para este primeiro questionamento foi negativa. Assim, consigna-se desde logo que o texto proposto para a exceção da prova ilícita de boa-fé viria a ser formalmente inconstitucional, em razão da assimetria de hierarquia de normas aplicáveis ao debate.

Diante desta conclusão, admitiríamos indiretamente que caso a proposta de inserção da exceção de boa-fé tivesse sido feita por meio de Proposta de Emenda à Constituição (PEC), se satisfariam os requisitos formais articulados nesta argumentação. Aparentemente, caso a proposta superasse os referidos requisitos ter-se-ia que se aprofundar a discussão para a viabilidade material da inserção da cláusula de exceção da boa-fé, exercício argumentativo que será feito adiante.

Superando-se esta questão procedimental para fins de argumentação, restaria a divergência entre as prescrições do artigo 5º, LVI e a redação proposta para criação da exceção *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*, que seria tão evidente a ponto de criar uma sobreposição de normas cujo o resultado final afrontaria o núcleo essencial da referida garantia constitucional. Este fato, por si só, poderia ter impedido a tramitação no Congresso Nacional do referido projeto, pelo menos, em relação à criação da exceção da prova ilícita de boa-fé.

A tramitação no Congresso seria inviável, em caso de propositura de Proposta de Emenda à Constituição, em razão da afronta ao artigo 60, 4§, da Constituição, na medida em que a divergência entre a proposta e a *regra* constitucional aplicável levaria naturalmente à redução do

núcleo essencial da *garantia constitucional* do inciso LVI da Lei maior, que é o núcleo mínimo não passível de abolição. Diante disso, a tentativa de sanear o problema de iniciativa legislativa conduziria os proponentes a uma proposta de emenda tendente a abolir garantia fundamental do artigo 5º.

No sentido teleológico, como articulado no capítulo 2, as proposições do projeto de lei em questão tentam incorporar entendimentos da Suprema Corte dos Estados Unidos anteriores à promulgação da Constituição como se novidade fossem. Entretanto, de uma perspectiva histórica, e com base nas análises realizados no capítulo 2, é importante consignar que a Constituição de 1988 é ulterior ao precedente de *Calandra v. United States* (1974), podendo-se inferir que já na constituinte, caso fosse de interesse do legislador, a resposta ao problema da ilicitude da prova poderia ter recebido solução diversa, mas não recebeu. No mesmo sentido, e ainda mais relevante para o objeto desta pesquisa, o precedente *Leon v. United States* (1984), em que se cria a exceção da boa-fé, também é anterior historicamente à Constituição. Diante disso, fica evidente que a ideia teleológica do legislador foi, de fato, escolher uma *regra* com status de garantia constitucional à moda brasileira.

Diante disso, vê-se que o deslocamento do eixo interpretativo da regra de exclusão do ordenamento jurídico dos Estados Unidos não só é incompatível formalmente com o ordenamento brasileiro; é incompatível temporalmente também, o que importa para efeitos do debate legislativo. Isto posto, são estas as primeiras afirmativas necessárias neste capítulo cujo o objetivo é responder de fato a pergunta de pesquisa, tal como demonstrado inicialmente. Por esta razão, a proposta de inserção de exceção da prova ilícita de boa-fé por lei ordinária não passa nem ao menos pelo primeiro critério de aferição de constitucionalidade formal apresentado neste tópico.

4.3. Análise da constitucionalidade material das propostas das 10 medidas contra a corrupção a respeito da prova ilícita de boa-fé: a prova e os axiomas do processo penal.

No capítulo anterior, houve a preocupação em situar o debate a respeito das provas no ordenamento brasileiro, de modo a concluir no sentido de que a Constituição de 1988 traz claramente a consolidação de um modelo garantista, calcado fundamentalmente no sistema

acusatório de processo (LOPES JR., 2005). O texto da Lei enumera diversos dispositivos a fim de garantir o *devido processo legal* como princípio fundante da ordem constitucional, não à toa que, justamente no artigo 5º, versando sobre o direito à prova como direito fundamental, o legislador criou exceção absoluta a este direito, isto é, positivou a impossibilidade de provas ilícitas em quaisquer tipos de processo.

É verdade também que o ordenamento ao qual se faz comparação no presente trabalho não tem dispositivo legal neste sentido, apesar também de ser um Estado que se compromete constitucionalmente com o *due process of law* (SCARANCA, 2008), conforme visto. Entretanto, como se vem demonstrando, o direito do acusado de que não constem provas ilícitas com valor probatório em seu desfavor é pressuposto axiológico da existência de processo penal em sociedades democráticas, não podendo subsistir efeito para a comprovação de culpa com base nestes elementos de prova.

Em relação ao ordenamento brasileiro e americanos existem diferenças substanciais entre os sistemas processuais adotados por ambos os países, situação que passa pela escolha política dos legisladores e também pela origem de formação histórica das sociedades (GOMES FILHO, 1997). Neste sentido, a tensão entre *common law* e *civil law* também se faz presente no estudo de processo penal, isso pode ser notado tendo-se em vista a definição dos sistemas processuais de justiça penal eleito em ambas as nações, isto é, as diferenças entre o *inquisitorial system* e o *adversarial system*.

De acordo com esta sistemática, o ordenamento brasileiro possui característica iminentemente do *inquisitorial system*, em razão da origem no direito continental, de modo que o controle de legalidade da persecução penal é feito com base na legalidade estrita, a exemplo da afirmativa: atividade probatória é toda regulada por lei (PELLEGRINI, 2000). Por outro lado, tem-se no ordenamento jurídico estadunidense escolha legislativa oposta, sendo que o constituinte daquele país elegeu um sistema processual com mais liberdade do controle público, se alinhando ao direito processual *das partes* – *adversarial system* (PELLEGRINI, 2000).

Por esta razão, a liberdade de decisão e a própria disponibilidade da ação penal naquele país criam contornos decisórios muito diferentes dos facultados pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que as inúmeras decisões da Suprema Corte dos Estados, mesmo que aparentemente

corretas, possam não ter aplicabilidade no direito local. Esta foi a conclusão inicial a respeito da inconstitucionalidade formal da proposta de criação da exceção de boa-fé por lei ordinária no Brasil. Neste caso específico, a *ratio decidendi* da vedação às provas ilícitas foi criada, constitucionalizada, ampliada, desconstitucionalizada e excepcionada no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, o que não deixa de ser uma característica intrínseca ao *common law*.

Tal amplitude de movimentos jamais seria possível no contexto brasileiro de *civil law*, sob pena de desrespeito ao poder de conformação das construções legislativas, o qual adotou, à moda brasileira, exceção constitucional ao direito à prova nos casos em que estas fossem produzidas ou obtidas por meios ilícitos, inclusive englobando a impossibilidade de alteração legislativa desta exceção. Segue neste mesmo ponto de vista a legislação infraconstitucional, arrematando em definitivo as escolhas do legislador a respeito do tema.

Entretanto, estas diferenças estruturais não podem dar ensejo ao descolamento da disciplina processual daquele país de conceitos básicos do processo penal, uma vez que é necessário fazer o debate acerca do conteúdo do *devido processo legal* e das garantias individuais dos particulares frente ao Estado em ambos os sistemas processuais.

Para tanto, foi analisado o contexto americano extensamente no capítulo 2, na medida em que se discutiu se a desconstitucionalização da *exclusionary rule* ia de encontro, pela própria lógica do direito local estadunidense, com a Constituição Americana e com os critérios dogmáticos da disciplina processual penal, estudados a partir do marco teórico desta pesquisa, qual seja: a *teoria do garantismo penal*.

Diante das diferenças entre os referidos sistemas processuais, é necessário traçar um mínimo epistemológico a respeito das categorias essenciais do direito processual penal úteis ao debate acerca de ilicitude de provas. Para tanto, parte-se do pressuposto de que sociedades civilizadas têm o dever de estruturar o processo penal a partir, no mínimo, do respeito aos axiomas do processo penal, como trazidos por Luigi Ferrajoli¹⁰¹. Este marco teórico é utilizado porque o

¹⁰¹ O referido autor trabalha quatro axiomas essenciais a disciplina processual penal, quais sejam: A7) *Nulla culpa sine iudicio*, A8) *Nulla iudicium sine accusatio*, A9) *Nulla accusatio sine probatione*, A10) *Nulla probatio sine defensione*.

seu idealizador propõe uma teoria com a perspectiva abrangência universal, para além das diferenças entre os mais diversos ordenamentos.

A formação da *verdade processual*¹⁰² que inevitavelmente deve ser formada a partir do direito à prova – o qual está intimamente ligado ao direito de ação e defesa (GOMES FILHO, 1997) – e outros conceitos adjacentes serão a interseção do debate proposto nesta pesquisa em relação ao ordenamento jurídico brasileiro e estadunidense. Isto é, a perspectiva universalizadora de análise de ambos os sistemas jurídicos passa necessariamente pela conceptualização desses institutos.

Diante disso, consigna-se, inicialmente, que a função precípua do processo penal é a instrumentalização do direito penal material, o qual tem como pressuposto de existência o axioma *nulla culpa sine iudicio*; o fundamento de legitimidade de um qualquer conteúdo decisório está, necessariamente, na submissão do processo à jurisdição (FERRAJOLI, 2002). Isto é, de existir processo a ser legitimamente julgado, garantia basilar de um Estado Democrático de Direito. Entretanto, com base exclusivamente no referido axioma, se asseguraria apenas uma exigência estrutural das garantias substanciais do direito penal (FERRAJOLI, 2002), não possibilitando em absoluto a materialização, *per si*, de direitos fundamentais. A mera submissão à jurisdição *lato sensu*, na qual se garante exclusivamente a existência de algum processo – garantia penal substancial –, não permite análise pormenorizada de garantias com características processuais (FERRAJOLI, 2002).

Para exemplificar o quanto afirmado, usa-se aqui de uma estória (sic) contada por Rui Barbosa (1889) no texto *o justo e a justiça política*, o qual argumentava, muito antes da existência da conceituação de Luigi Ferrajoli aqui utilizada, que a quantidade de instâncias judiciais ou de juízes não se justificam sem a preocupação material, de acordo com o ordenamento, de fazer

¹⁰² Segundo Eugênio Pacelli, “[...] Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade é judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente *jurídica*. De fato, embora, utilizando critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza” (p. 339-349).

justiça; o referido autor faz, ainda, alusão a Cristo, o qual passou por seis julgamentos e ninguém lhe ofereceu a justiça da toga.

Vê-se, portanto, que a submissão ao processo tem que ir além, tem que possibilitar a aproximação da verdade circunscrita no processo com os padrões de racionalidade estruturantes de cada quadra histórica, constituída a partir da carta de valores os quais a coletividade possa reconhecê-los e dar-lhes legitimidade. Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, sem a devida circunscrição ao período histórico seria impossível “[...] compreender a diversidade dos sistemas probatórios conhecidos, desde os primitivos, em que a apuração da verdade se faz com recurso a forças sobrenaturais (...) de divindades nos assuntos humanos” (p. 18-19).

É claro que a defesa a respeito do que a coletividade julga digno de legitimidade não é vista a partir de uma perspectiva subjetiva, jusnaturalista, do que é justiça, pelo contrário, é retirada justamente do que os mandados constitucionais constituem como fundante de um ordenamento jurídico, até porque a Constituição é definida justamente pelo que ela constitui (CARVALHO NETO, 2004). Dessa forma, e como extensamente articulado no capítulo 3, a Constituição Federal de 1988 se alinha a um processo penal de instrumentalidade garantista (LOPES JR., 2005), se opondo às velhas tradições do Código de Processo Penal em vigência (PACELLI, 2010).

Um modelo de instrumentalidade garantista imprescinde, primeiramente, que a Lei maior privilegie a posição de proteção da autonomia de escolhas e a liberdade do particular diante do Estado, que deve se autolimitar, o que talvez seja o principal objeto do processo penal, até pela característica epistemológica de ser matéria de direito público, de modo que o ato ilícito do Estado significa que a autolimitação ao qual o Estado se propõe se torna uma inverdade. Dito de outra maneira, o poder-dever de punir se torna instrumento de aplicação de vontades políticas, deixando de ser cada vez mais um dever para assumir o papel exclusivo de poder a ser exercido pelos representantes do Estado.

É necessário se entender que o direito processual penal regula a aplicação de todo o sistema de justiça penal, o qual tem o objetivo de regular a liberdade de todos os jurisdicionáveis, não só daqueles que respondem a processos criminais. Nesta perspectiva, a desregulação do Estado em relação a sua autolimitação perante o particular se opõe ao próprio caráter democrático que os

ordenamentos modernos devem almejar. Nesta acepção, segundo Aury Lopes Júnior “[...] o objeto primordial da tutela não será somente a salvaguarda dos interesses da coletividade, mas também a tutela da liberdade processual do imputado (p. 36)”. Em outras palavras, o particular não é refém do Estado.

Adentrando nesta proposta de análise do conceito de *verdade processual*, a atividade probatória deve ser toda dirigida à tentativa de reconstrução de fatos pretéritos, retrospectivamente, com base em elementos de provas (LOPES JR., 2017). Veja, o que os elementos de prova podem embasar é uma verdade como correspondência, isto é, algo está provado quando há elementos suficientes para afirmar que o evento histórico pretérito ocorreu, o que não significa que a proposição provada seja verdadeira, uma vez que pode, inclusive, provar a sua falsidade (BELTRAN, 2004). Assim, a defesa da exceção da prova ilícita é a tentativa ufanista de aproximação de uma *verdade real*¹⁰³, inatingível (CARVALHO, Salo de., 2004).

No que tange à prova ilícita, mesmo que possa de fato ter o condão de possibilitar a reconstrução de fatos pretéritos, a forma tal como o elemento foi produzido é de suma importância, uma vez que a instrumentalização da aplicação do direito penal pelo processo é a garantia primeira em relação ao poder punitivo do Estado (LOPES JR., 2017). Esta interpretação acerca da necessidade de vedar determinados elementos que poderiam auxiliar na reconstrução de fatos só é possível com a superação do dogma da *verdade real* como elemento central da disciplina processual penal.

A superação de um modelo que busca o conhecimento da *verdade real* a qualquer preço é justamente ao que se opõe o processo penal em países de direito de origem continental – até mesmo em decorrência lógica de aversão à inquisição como o principal exemplo histórico (GOMES FILHO, 1997). Ora, a valorização de procedimentos como a tortura ganham importância no

¹⁰³ Segundo Aury Lopes Junior, “[...] Quando se trata da prova no processo penal, culminamos por discutir também “que verdade” foi buscada no processo. Isso porque, como explicamos anteriormente, o processo penal é um “modo de construção do convencimento do juiz”, fazendo com que as limitações imanentes à prova afetem a construção e os princípios limites desse convencimento. Daí por que cada de nada serve lutar pela efetivação do modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição, quando tudo isso esbarra na atuação substancialista de quem busca uma inalcançável “verdade real”. Manual de Processo Penal, 2014, (p. 385).

referido momento histórico a partir do objetivo de conhecimento de uma *verdade real* dos fatos, o que, indiretamente, leva ao objetivo precípua de fazer o acusado confessar, uma vez que esse é de fato quem teria conhecimento dos fatos ilícitos (GOMES FILHO, 1997).

Por outra ponta, a atividade probatória não pode ser complementemente desvinculada da verdade, situação na qual o Estado estaria legitimando um sistema de arbítrio (FERRAJOLI, 2002). Assim, é evidente a relação entre verdade e o direito à prova, os quais são conceitos que se fundamentam reciprocamente. Apesar disso, deve o ordenamento legitimamente restringir esses direitos, para que não se fundamente o ordenamento em uma premissa falsa e inatingível de verdade.

Nesta acepção, os exemplos históricos são de suma importância, tendo os ordenamentos de origem continental colocado a aversão à inquisição como um paradigma de análise. Além do recurso espúrio da utilização da tortura¹⁰⁴, a inquisição parte da premissa que o acusado é quem melhor conhece os fatos ilícitos, que podem contemplar inclusive a heresia (GOMES, FILHO, 1997). Ora, o problema inicial desta formulação é que a culpa é um pressuposto do processo, de modo que o procedimento se desenvolve com o objetivo precípua de prová-la.

Assim, forçavam-se confissões com base em uma premissa completamente falsa, qual seja: que o acusado é o melhor conhecedor dos fatos aos quais é imputado (GOMES FILHO, 1997). A verdade que se almeja ser encontrada neste tipo de procedimento compromete, de início, o processo, conforme articulado.

Num contexto atual, de negativa da produção de prova por qualquer meio, até em razão da superação do paradigma que elege a *verdade real* como o objeto dos procedimentos criminais, é que surgem nos ordenamentos modernos a necessidade de se desenvolver uma teoria da prova que englobe diversos limites objetivos à atividade probatória. Isto é, a vedação a ilicitude de provas não é a única exceção limitadora do direito constitucional à prova.

¹⁰⁴ De acordo com Fernanda Aguiar, “[...]Segundo o manual dos inquisidores, de 1376, os meios empregados na tortura deveriam ser tais que o acusado saísse saudável para libertado ou executado. Não se torturavam menores de 14 anos, velhos e mulheres grávidas, sendo que as crianças e velhos deveriam ser apenas aterrorizados e chicoteados. A finalidade da tortura não era apenas a apuração da verdade, mas a confissão em delitos não manifestos. O manual chegava ao requinte de enumerar os casos em que a tortura poderia ser empregada, como por exemplo: se o acusado vacilasse nas respostas ou negasse a acusação; só se tivesse uma testemunha contra o suspeito, etc.” (p. 31-32).

Muito pelo contrário, a atividade probatória é regulada infraconstitucionalmente e elege em diversas situações em que elementos de informação podem ou não, autonomamente, embasarem o conhecimento do juiz acerca dos fatos. Isto ocorre em razão da atividade processual imprescindir de tipicidade, em outras palavras, os atos processuais devem ser previstos em lei, sob pena de sua ineficácia ou ilegalidade (MOURA, 2001). A exemplo do quanto afirmado, o meio de prova do interrogatório é limitado a depender do sujeito que presta depoimento judicial, de modo que relações de amizade, parentesco familiar, litigância, possibilidade de autoincriminação, corréus, não prestam compromisso de dizer a verdade em juízo¹⁰⁵.

Estas limitações têm o intuito de impedir, com base em critérios objetivos, que se tragam aos autos, enquanto elemento de prova, narrativas possivelmente falsas, observando-se os interesses pessoais dos depoentes, tanto em defesa do réu, quanto em autodefesa em qualidade de corréu (RANGEL, 2014).

Outro exemplo de restrição ao direito a prova é a limitação do traslado de elementos de informação entre processos criminais sem prévia autorização judicial e, ainda, quando autorizada, impescinde do refazimento dos atos judiciais nos quais não tenha havido contraditório por todas as partes processuais (LOPES JR, 2017)¹⁰⁶.

Estas restrições legítimas ao direito à prova servem como limitadoras racionais dos procedimentos necessários para firmar uma *verdade processual* como uma relação entre elementos de prova e o fato pretérito que se almeja demonstrar que ocorreu (BELTRAN, 2014). Diz-se isso porque a busca pela *verdade real* pode justificar quaisquer procedimentos processuais, caso a persecução penal possa se distanciar dos preceitos constitucionais humanísticos calcados na

¹⁰⁵ Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

¹⁰⁶ Além disso, as cautelares típicas – todas as cautelares devem ser típicas, diante da inexistência de um poder geral de cautela em processo penal¹⁰⁶ – só podem ser produzidas com prévia autorização judicial caso haja o preenchimento dos requisitos impostos a cada tipo de cautelar especificamente. Ainda assim, mesmo depois de produzidas não podem ser trasladadas a outros processos, como dito acima, sem nova autorização judicial (LOPES JR, 2017).

Constituição Federal, aproximando ontologicamente a persecução penal do que é definido como crime no ordenamento brasileiro (HASSEMER, 2008)¹⁰⁷.

Visto pela óptica da criminologia, os movimentos teóricos que defendem a busca de uma *verdade real* como objetivo primeiro do processo penal tendem a ter como fundamento a defesa social feita através da aplicação da lei penal, a exemplo da escola positiva, que muito influenciou o código de processo em vigência (LOPES JR., 2002).

Adere a mesma perspectiva, talvez sem saber, a *teoria do garantismo penal integral*, a qual tenta conceitualizar, em tom negativo, o garantismo monocular – que seria defesa exclusiva dos direitos de primeira geração do acusado.

Complementarmente, defende a necessidade de que se garantam também na *relação processual* os direitos de segunda geração, isto é, a defesa da sociedade também representada no processo¹⁰⁸.

Ao referido marco teórico se alinham os procuradores proponentes do projeto de lei 4.850/2016, o qual, apesar de se chamar *garantismo integral*, apresentam na verdade alinhamento com as características definidoras de escolas criminológicas adeptas do efficientismo penal. Para evidenciar o quanto afirmado, lecionam Evandro Piza e Cristina Zackseski¹⁰⁹:

A Política Criminal identificada com o Paradigma Etiológico, denominada Efficientismo Penal, opera como instância interna ao sistema e preocupa-se em desempenhar a tarefa de “conselheira da sanção penal”. Isso significa que ela se incumbe de ajustes internos no funcionamento do sistema para adaptá-lo a novos problemas com a mesma lógica e/ou dar ao sistema uma nova aparência de funcionamento, sendo exemplos deste tipo de ajuste, no Brasil, a radicalização da resposta repressiva a delitos considerados hediondos – Lei 8072/9013 – ou seja, delitos que são classificados pelas reações repulsivas que provocam – e a instituição dos Juizados Especiais Criminais pela Lei 9909/95, que utiliza um critério eminentemente positivista para classificar condutas como de menor potencial ofensivo – aquelas cuja ameaça de punição in abstracto não seja maior do que um ano. [...] Os resultados destes ajustes acima mencionados são percebidos pelos “operadores do

¹⁰⁷ Segundo Wilfred Hassemer, “[...] não é permitido ao Estado utilizar os meios empregados pelos criminosos, se não quer perder, por razões simbólicas e práticas, a sua superioridade moral” (p. 121).

¹⁰⁸ Estes conceitos e problematizações são retirados do texto de Douglas Fischer, escrito com o intuito de explicar o que seria essa teoria.

¹⁰⁹ O referido trecho foi retirado do artigo intitulado *Garantismo e Efficientismo Penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana* cuja defesa foi realizada no XXI Encontro Nacional do CONPEDI Uberlândia - MG ano de 2012.

sistema” e têm sido observados no plano teórico pela visão político-criminal oposta, denominada Garantismo Penal, no qual a Política Criminal pressupõe um diálogo interdisciplinar e não se destina a operar como instância interna e legitimadora de definições e seleções efetuadas em outras esferas e sistemas, estabelecendo como linha de atuação possível a restrição dos sistemas punitivos, de acordo com princípios constitucionais e humanitários, ou seja, assumindo o papel de “conselheira da sanção não penal”

Dito isto, o *garantismo penal integral* apresenta de fato as características da escola criminológica oposta ao garantismo, isto é, se aproxima das ideias da escola positiva e do efficientismo penal, talvez por esta razão a defesa pública das *10 medidas contra a corrupção* seja tão parecida com a exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, até porque ambos têm o cheiro de mofo da escola positiva impregnado¹¹⁰, a qual não consegue explicar porque o aumento da repressão e da diminuição das garantias não trouxe a resposta contra a violência tão ansiada pela população¹¹¹.

¹¹⁰ A defesa da sociedade é amplamente feita no feita na justificativa do projeto de lei 4.850/2016, conforme se vê do trecho “[...] Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, “um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos”. O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.” Por outra ponta, foi comemorada na exposição de motivos do código de processo penal em 1941, “[...] A sociedade brasileira assiste estarrecida o agravamento de denúncias sobre corrupção e enriquecimento ilícito de agentes públicos, colocando em cheque o próprio sistema de política e administração pública. A população diverge em muitos pontos conforme suas ideologias ou circunstâncias, mas se da movimentação das ruas brota um grito neste março de 2016 é pela defesa do estado democrático de direito e pelo fim da corrupção em todas as suas formas. Este projeto de lei é o resultado do trabalho conjunto entre o Ministério Público Federal e a sociedade civil que, ao longo desses últimos nove meses, se mobilizaram de norte a sul, de leste a oeste, nas 27 Unidades da Federação do País, com objetivo de alcançar o quantitativo mínimo de assinaturas para se apresentar uma proposição de iniciativa popular, conforme estabelecido no § 2o do Art. 61 da Constituição Federal do Brasil.”

¹¹¹ Segundo Evandro Piza e Cristina Zackseski, “[...] O resultado, em termos práticos, da estratégia repressiva, é o crescimento da população prisional por condutas que se poderia classificar como “de menor potencial ofensivo” (p. 28). Por sua vez, as estratégias de qualidade de vida dificilmente persistem em razão da sua precária sustentabilidade, visto que não são estratégias lucrativas como as que movem a já conhecida “indústria do controle do crime”. Para além do diagnóstico das últimas décadas, é preciso retomar os pressupostos que conduziram ao debate sobre políticas de segurança urbana num modelo Garantista. Não é possível pensar numa contenção dos efeitos negativos do sistema penal, em especial da seletividade, ou das demandas punitivas que ameaçam o paradigma do Estado de Direito, sem buscar alternativas para o subsistema de segurança”, texto defendido em 2014 no CONPEDI.

Para além do que ensinam os professores retro citados e, com base na formulação da *lei do mais fraco* de Luigi Ferrajoli¹¹², a persecução penal em primeiro momento tem como objetivo a proteção da eventual vítima de um crime – por ser a mais fraca naquela relação específica –, entretanto, na *relação processual* em que os interesses da vítima são tutelados pelo Estado, e este enfrenta o particular, a relação de assimetria de forças se inverte, passando o acusado a ser o mais fraco na relação. Diante desta constatação, a defesa da aplicação de direitos de segunda geração no escopo de decisões tomadas em processos criminais tem que ser analisada cautelosamente, a exemplo do que se faz aqui acerca da exceção de boa-fé, sob pena de chancela de arbítrios da sociedade, com grande expressão legislativa, contra o acusado.

A defesa de aplicação de direitos constitucionais de segunda geração, em processos criminais, é o pressuposto da tentativa de *importação* do conceito da prova ilícita de boa-fé no projeto de lei em questão. Entretanto, como se demonstrou neste capítulo, provas ilícitas de quaisquer naturezas são vedadas pelo ordenamento brasileiro, sendo que as propostas neste sentido são materialmente inconstitucionais por irem de encontro com as normas constitucionais definidoras do ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o *estado da arte* definido sobre o tema neste trabalho.

Para além desta impossibilidade material, ainda que se se admitisse a possibilidade de *importação* da referida doutrina, isto seria inviável em razão da própria lógica interna de aplicação da exceção da prova ilícita de boa-fé no direito estadunidense.

Já em vias de conclusão, passando-se separadamente à análise doutrina da prova ilícita de boa-fé, objeto central de crítica em relação as *10 medidas contra a corrupção*. Como se viu, o foco da argumentação deste capítulo se deu em grande parte para justificar a impossibilidade constitucional de se conferir valor probatório a provas ilícitas, entretanto, a principal mudança proposta pelo projeto de lei 4.850/2016 trouxe, no que tange a esse assunto, a tentativa de

¹¹² Segundo Ferrajoli, “[...] Estado de direito frente a Estado absoluto ou despótico; formalismo frente ao substancialismo, passo a passo para aquelas através das quais o autor expõe sua orientação na política penalista, direito penal mínimo frente a direito penal máximo, o direito do mais fraco frente ao direito do mais forte; em última instância, certeza frente arbítrio”.

assimilação da doutrina da jurisprudência da Suprema Corte Americana sobre a prova ilícita de boa-fé.

Assim, o descolamento do eixo interpretativo da regra de exclusão de provas ilícitas ocorrido naquela jurisprudência não pode ser aproveitado no Brasil, primeiramente porque, como trabalhado, é formalmente inconstitucional a proposta por meio de lei ordinária. Em segundo lugar, porque a Suprema Corte Americana mudou completamente o eixo de análise da *exclusionary rule*, diz-se isso porque o que inicialmente era considerado um direito constitucional aplicável concretamente a quaisquer casos passou a ser uma teoria inibitória de condutas policiais (SKLANSKY, 2008).

Diante disso, passou-se a analisar nos casos concretos a possibilidade, diante do contexto fático, de excluir evidência se atendo aos elementos subjetivos das condutas dos agentes que transgredirem objetivamente um dispositivo constitucional, a exemplo da 4ª emenda. Neste contexto, são formulados parâmetros de análise como a *fundada confiança* do agente a respeito da legalidade do ato ou a própria análise se a ação seria *suficientemente culpável*, usando-se como parâmetro se um policial bem treinado agiria da mesma forma diante de determinada situação (SKLANSKY, 2008).

Além disso, os custos da exclusão das provas, na perspectiva da persecução, também passaram a ser levados em consideração para que se procedesse à exclusão de provas ilícitas, refutando-se a exclusão de provas como o primeiro impulso diante de ilegalidades (RICHARD. M, 2014). Em razão disso, os critérios criados neste contexto, que já foram analisados, são todos no intuito de preservar a prova o máximo possível mesmo diante de sua ilicitude objetiva, excluindo-se, assim, os elementos somente quando seja clara a abusividade da conduta policial.

É claro que a defesa deste ponto necessariamente passou por argumentos de ordem prática, tais como a polícia ser mais bem treinada e equipada do que nos anos sessenta nos Estados Unidos, de modo a melhor possibilitar a análise dos custos da exclusão de provas (HENNING, 2009). Dessa forma, a transposição da doutrina da prova ilícita de boa-fé é completamente inviável, uma vez que fica claro que todas argumentações intrínsecas a esta doutrina partem de pressupostos legislativos

e jurisprudenciais completamente diversos do *estado da arte* do ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema, pior, negados por este ordenamento.

Não é cabível a análise de elemento subjetivo do agente no caso concreto concluir que a prova é ilícita, em outras palavras, é desnecessária saber se a prova foi obtida com dolo ou culpa grave, uma vez que o Estado responde objetivamente pela conduta de seus agentes¹¹³, de modo que a análise tal como feita no contexto americano não é facultada. Ademais, a supracitada incompatibilidade é constitucional, o conteúdo das normas constitucionais brasileiras aplicáveis não permite o aproveitamento de prova ilícita de qualquer natureza, de modo que a exceção da prova ilícita de boa-fé não pode, de fato, constituir uma exceção à aplicação da *regra* constitucional prevista no artigo 5º, LVI da Carta Cidadã.

Por fim, é importante que fique claro que o elemento subjetivo da violação é absolutamente indiferente para a declaração da nulidade de provas, de boa ou má-fé, até porque esta análise é atípica na disciplina processual brasileira, de modo a não poder gerar nenhuma restrição legítima ao direito do particular.

4.4. Considerações finais

Este capítulo teve como objeto precípuo a problematização *stricto sensu* da presente pesquisa, a qual respondeu se a *importação* da doutrina da prova ilícita de boa-fé era constitucionalmente viável no ordenamento jurídico brasileiro. Para esta pergunta, a resposta foi negativa, tanto da perspectiva da constitucionalidade formal e material, além disso, definiu-se que a referida doutrina tem problema de ordem dogmática quando analisada os princípios fundantes ordenamentos jurídicos democráticos.

Para se chegar a estas conclusões, inicialmente, foi definido o que interessava para esta pesquisa das proposições do projeto de lei 4.850/2016, de modo que a prova ilícita de boa-fé com suas respectivas justificações foi o principal ângulo de análise. Ademais, outras propostas foram

¹¹³ De acordo com o artigo 37, §6, da Constituição Federal, a responsabilidade do Estado pelas condutas dos seus agentes é objetiva.

analisadas com o intuito de demonstrar que havia uma repetição do padrão argumentativo dos proponentes, uma vez que estes simplesmente apresentam dispositivos de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e defendem a positivação destes entendimentos no ordenamento jurídico brasileiro.

Esta acriticidade em relação à *importação* de inúmeras *ratio decidendi* da Suprema Corte Americana faz com que, ao final, se defenda inovações absolutamente inconstitucionais, vistas em primeira análise, tal como demonstrado ao longo deste capítulo. Em razão disso, foram enfrentados argumentos de ordem formal e material concernentes aos temas de debates propostos no referido projeto de lei. Além disso, foram expostos argumentos fundados nos axiomas do processo penal – tal como trazidos por Ferrajoli – a fim de demonstrar que existe um mínimo epistemológico que os mais diversos ordenamentos têm de seguir em relação à administração da justiça criminal.

Nesta acepção, as diferenças entre os sistemas processuais, *inquisitorial system* e *adversarial system* não podem servir de escusa para justificar a admissibilidade de provas ilícitas em um ordenamento jurídico adepto do *common law*, justamente porque se baseou a análise em um marco teórico com perspectiva universalizadora a respeito dos conceitos em processo penal.

Por fim, e talvez o mais importante para o objetivo desta pesquisa, foi a demonstração que o deslocamento do eixo interpretativo que ocorreu na jurisprudência americana é completamente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, talvez, tal como se defendeu, com o próprio ordenamento jurídico estadunidense (HENNING, 2014). Isto é, não é facultado no ordenamento brasileiro a discussão a respeito do elemento subjetivo do agente violador na produção ilícita de prova, tanto representando o Estado quanto na qualidade de particular.

Ademais, e não menos importante, é quase imprescindível concluir que a aplicação da *exclusionary rule* somente a polícias não encontra nenhum respaldo jurídico, diz-se isso por dever de argumentação, uma vez que este projeto de lei 4.850/2016 não trouxe proposta neste sentido.

Conclusão

Nos ordenamentos analisados nesta pesquisa, temos a hipótese concreta de que em ambas as constituições o legislador criou garantias fundamentais que geram efeitos diretos na persecução penal do Estado, a exemplo da vinculação destes ordenamentos ao *devido processo legal* e a *ampla defesa*. Ora, direitos como inviolabilidade do lar, direito à defesa e direito ao silêncio se materializam a partir de uma instrumentalidade garantista no processo penal, sob pena, em caso contrário, de serem normas com eficácia jurídica exclusivamente programática (AFONSO SILVA, 2012).

Neste sentido, o estudo da disciplina processual no que diz respeito aos seus procedimentos tem de verificar de que forma as balizas constitucionais são aplicadas a fim de legitimar estruturalmente garantias materiais de direito penal e processual. Assim, em relação ao tema da pesquisa, o legislador brasileiro foi bem explícito ao criar uma exceção lógica e absoluta ao direito à prova, impossibilitando-se o uso dos elementos ilícitos (PACELLI, 2017).

Nos Estados Unidos, a premissa na qual se estruturou a *exclusionary rule*, que nasce vinculada à 4ª emenda e posteriormente tem sua capacidade procedimental autônoma reconhecida, é o controle da violência do braço executivo do Estado – especialmente da polícia (RICHARD M., 2014). Para além desta asserção, tem-se que a *exclusionary rule* é vista originalmente na Suprema Corte dos Estados Unidos como um requisito de racionalidade lógica interno ao ordenamento. Além desta perspectiva, o texto traz a inclusão da referida análise como uma espécie do gênero de garantias stricto sensu, utilizando-se dos conceitos do marco teórico da pesquisa.

As licitudes dos meios de produção de provas configuram um pressuposto para maximização dos axiomas do processo penal – englobando compulsoriamente o sentido de *devido processo legal* –, ou seja, o reconhecimento da ilicitude é um pressuposto constitucional, em razão de ser função inerente ao processo penal num Estado Democrático de Direito a instrumentalização da defesa de direitos fundamentais. Dessa forma, deve ser a mesma resposta que se dá ao problema da ilicitude mesmo em ordenamentos que sejam silentes em relação ao tema, o que evidentemente não é o caso brasileiro.

É possível se chegar a esta conclusão aproximando-se, em termos de precedentes, os entendimentos que as cortes constitucionais têm a respeito de exclusão de provas ilícitas; resumidamente:

a) A Suprema Corte norte-americana deixou de considerar a regra da exclusão como um direito constitucional para considerá-la uma técnica inibitória, em 1974, em *Calandra v. United States*. O Constituinte brasileiro em 1988, conhecendo isso ou podendo conhecer, adotou a regra da exclusão como um direito fundamental, fazendo a escolha de considerar a exclusão como um direito constitucional e consequência lógica da violação dos demais direitos inseridos no art. 5º, sem perquirir sobre finalidades extrajurídicas, tais como a utilidade, a possibilidade de outras técnicas de garantia, a proporcionalidade da medida em relação à pretensão de acusação etc. A comparação com o sistema processual de onde a regra se origem, reforça a clareza contida na afirmação direta do constituinte: LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

b) A mesma conclusão pode ser extraída da decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da AP 307 (rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13-12-1994, P, *DJ* de 13-10-1995) que reconheceu a aplicabilidade da medida aos casos de interceptação telefônica. No caso concreto, a Corte entendeu pela inadmissibilidade, como prova, de laudos de gravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF). No primeiro caso, tratava-se de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, tendo sido feita a gravação com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, por se tratar de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido gravada em desrespeito à garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF).

c) A Suprema Corte norte-americana, ao ponderar sobre a desnecessidade da regra da exclusão, no caso *Hudson v. Michigan* (2006), tinha um argumento de caráter pragmático importante que, muito embora não tenha sido provado, era passível de ser traduzido em dados estatísticos: a polícia americana estava profissionalizada e havia métodos mais eficazes para o seu controle. De fato, sob a influência de um uso minucioso dos pressupostos de *Weeks*, além da

pressão política imediata, as polícias americanas passaram por um processo profundo de modernização, com maior profissionalização e uso intenso da perícia na determinação da culpabilidade dos acusados. No caso brasileiro, houve tentativa de modernização nos últimos vinte anos, porém, as formas de controle externo e interno têm sido tímidas ou ineficazes (CANO, 2005; CANO, DUARTE, 2013)

d) A Corte Norte-americana, no processo de desconstitucionalização da regra da exclusão, passou a considerar a responsabilidade do Estado, personificado em seus agentes, quando da violação de direitos fundamentais dos cidadãos, como subjetiva. No caso brasileiro, também por expressa disposição constitucional (art. 37, §6º, CF), a regra é da responsabilidade objetiva. Assim, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão, independente de culpa, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Logo, seria necessário desconstitucionalizar dois direitos fundamentais expressos, sendo um deles impassível de abolição por ser garantia fundamental.

Diante da relevância conferida à doutrina americana no projeto de lei 4.850/2016, salta aos olhos o uso deslocado do contexto dos argumentos sobre a relativização da prova ilícita. Esse uso descontextualizado atinge a validade dos argumentos de ordem pragmática apenas referidos, mas principalmente a validade dos argumentos formais que sustentaram a posição conservadora nos EUA.

Entretanto, tais ponderações ocultam outro problema grave que pode ser percebido pela comparação. A “desconstitucionalização” da regra da exclusão encontra no Brasil um cenário no qual a construção dos direitos fundamentais dos cidadãos exsurge como algo pouco consolidado no sistema jurídico constitucional. Uma análise diacrônica colocaria em destaque a aplicação da regra da exclusão no sistema americano nos seguintes termos: sempre esteve presente no pano de fundo das discussões a respeito da exclusão das provas ilícitas que o Poder Judiciário americano tinha o dever de controlar o exercício da força exercido, de modo que era necessário que a polícia encontrasse limites rígidos a sua atuação enquanto braço ostensivo do Estado.

Como trabalhado, a descontextualização foi atacada com a definição do *estado da arte* de ambos os ordenamentos analisados e com a perspectiva teórica processual desenvolvida ao longo do trabalho. No Brasil, o resultado da prática jurídica de outro país foi introduzido na Constituição como direito fundamental (CECARELLI, 2011), mesmo diante de um contexto que finge não precisar ser o contrapeso da violência exercida pelo Estado, seja na forma ostensiva, seja por meio do sistema de justiça no judiciário.

Por sua vez, numa perspectiva sincrônica, observando-se de forma sintética os casos julgados pela Suprema Corte Americana e as decisões em situação semelhante de nossos tribunais, conclui-se que:

a) *Em Weeks v. United States (1914)*, quando a Suprema Corte reconheceu a regra da exclusão, um cidadão teve a casa invadida pela polícia, sem mandado judicial, e lá foram apreendidas evidências que o ligavam a práticas criminosas, que levaram a sua condenação nos dois graus de jurisdição do estado do Missouri. No caso brasileiro, a doutrina e dispositivos infraconstitucionais, anteriores à Constituição de 1988, segundo os quais cabe flagrante delito em crime permanente, têm servido para justificar uma silenciosa relativização de um dos poucos dispositivos explícitos do art. 5º sobre a inviolabilidade de um direito fundamental, estendendo a noção de flagrante para casos em que não há uma situação de risco imediato de lesão a direitos, e em que a solicitação de mandado judicial e o respectivo controle jurisdicional seriam possíveis, sem qualquer prejuízo sequer para a investigação. Em vez disso, os tribunais, seguindo padrões anteriores à Constituição Federal, especialmente em condutas vinculadas à Guerra às Drogas, propõem uma doutrina inconstitucional de validação a posteriori. É o que se decidiu, em repercussão geral no pleno do Supremo Tribunal Federal, no RE 603.616, ocasião em que a tese de validação do ingresso sem mandado se justifica mesmo sem estarem presentes riscos nos casos de crimes permanentes.

b) *Em Wolf v. Colorado (1949) e Mapp v. Ohio (1961)*, quando se debateu o reconhecimento como regra constitucional obrigatória aos estados, havia, no primeiro caso um cidadão que fora condenado por conspiração para realizar abortos criminosos; no segundo, Mapp teve sua casa invadida por policiais sem mandato, por acreditarem que ali estava abrigado um suspeito de bombardeiro.

c) Em *Calandra v. United States* (1974), na decisão que provoca sua desconstitucionalização da prova ilícita, havia um cidadão que fora questionado em procedimento de júri acerca de seus vínculos com a atividade de agiotagem (*loan sharking activities*), a partir de evidências obtidas durante uma busca em seu escritório.

d) Por fim, em *Hudson v. United States* (2006) e *Herring v. United States* (2009), em precedentes que situam de forma preocupante o atual contexto de aplicação da regra, havia, no primeiro caso um cidadão em cuja residência os policiais entraram, embora com mandado judicial, sem dar tempo hábil para que o morador abrisse a porta. No segundo, por sua vez, a polícia encontrou evidências da prática de crime, muito embora não possuísse mandado de busca e apreensão válido.

De fato, aqui nos encontramos com o problema central desta pesquisa, isto é, o problema que a comparação pode trazer, uma vez que o Ministério Público Federal – utilizando-se destes precedentes, em especial de *Herring v. United States*, analisado extensamente dentro do contexto da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos – propôs, nas intituladas *10 medidas contra a corrupção*, a criação da exceção da prova ilícita de boa-fé, sem apresentar boas justificativas, sequer racionais.

Em relação à normatividade infraconstitucional, foram satisfatoriamente debatidos os conceitos de *verdade processual* em contraposição à superação do paradigma do *dogma da verdade real*. No decorrer desta análise, vinculou-se, também, este trabalho a um pressuposto de instrumentalidade garantista do ordenamento, atentando-se à possibilidade de restrição legítima do direito à prova.

Esta acriticidade levou invariavelmente à constatação da inconstitucionalidade formal e material das propostas das *10 medidas contra a corrupção*, uma vez que se colocou em xeque toda a teoria da prova ao se propor exceção a garantia fundamental de forma tão abrangente. Exatamente nos termos em que se defendeu nos tópicos 4.2 e 4.3 do capítulo anterior. Outra ideia que foi necessária de ser refutada é a aplicação da proporcionalidade como um princípio constitucional implícito para ponderar o conteúdo da *regra* constitucional do artigo 5º, LVI da Constituição. Tal

argumentação leva em consideração a definição como *regra* da inadmissibilidade de provas ilícitas e a impossibilidade de se ponderar esta natureza de norma.

Ademais, não é de hoje a proposta de relativização da regra da exclusão a partir dos fundamentos da *Teoria do Garantismo Penal Integral*, que defende a necessidade de se olhar para a problemática processual penal não mais de uma perspectiva hiperbólica, haja vista que é necessário valorar o interesse público e os direitos coletivos para que haja garantia de verdade. E vai além, diante da previsão de ambas as naturezas de direito, coletiva e individual, para que se tenha verdadeiramente eficiência e segurança é necessário que se introduzam, dentro da relação processual, os interesses coletivos, como se esses já não fossem a razão da existência do domínio da ação penal pelo Estado.

Apesar de não haver proposições em concreto, fica claro que os autores desta teoria visam a que a restrição de direitos individuais funcione em prol da punição, assim, poderíamos exemplificar a vedação à utilização de provas ilícitas como instituto atingido.

A pergunta que se faz é: por que a necessidade de *importar*?

A apropriação/criação de doutrina estrangeira foi extensamente debatida por Máximo Sozzo ao chamar a atenção para o aspecto intrinsecamente “criativo” e “interpretativo”, envolvido em todo processo de tradução (SOZZO, 2002, p. 379). Daí a tradução como traição (*traduttore traditore*), tanto naquilo que o autor denomina “tradução em sentido estrito”, em que o tradutor surge como um mediador neutro entre o texto original e o traduzido, quanto na “tradução em sentido amplo”, levada adiante por “outro autor” que concebe o “traduzido” como um produto intelectual próprio.

Para chegar a suas conclusões, o autor analisa diversos exemplos históricos, mas tem como principal objeto de análise a introdução da escola positiva no contexto latino-americano, especificamente na Argentina. Nesta análise, evidencia-se que a importação deste referencial, quando traduzido, ganhou novas acepções e conceptualizações até então inexistentes na formulação teórica do movimento, possibilitando-se concluir pelos elementos “interpretativo” e “criativo” da referida tradução.

Este fato fica evidenciado quando o foco da escola positiva latino-americana problematiza questões eminentemente locais, isto é, a referida teoria é utilizada para justificar o problema da violência a partir da perspectiva imigratória e racial, desenvolvendo-se inúmeras pesquisas quantitativas para provar que o imigrante indesejado era o responsável pela violência, sendo mais propício ao crime – *tipo ideal do criminoso*. Em última análise, a imigração do referido tipo ideal de criminoso deveria ser proibida e esta defesa foi feita politicamente no século XX na Argentina (SOZZO, 2002). Veja, a “viagem cultural” dos conceitos da escola positiva fez com que em terras latinas se defendesse o conceito *tipo ideal lombrosiano* como aquele imigrante de origem indesejada.

Se enganam aqueles que acham que estas teorias criminológicas foram impostas pelos teóricos europeus ao continente americano, pelo contrário, a tentativa de estabelecimento desta escola teórica foi fruto de grande esforço local (SOZZO, 2002). Ademais, há na verdade grande saudosismo dos importadores da escola para a América Latina, isto é, não só não há uma imposição, como há, na verdade, uma comemoração local à possibilidade de se pesquisar, em terras latinas, para chegar a conclusões para problemas locais, com base em escola criminológica que se julgava certa naquela quadra histórica (SOZZO, 2002).

A mesma perspectiva de ser saudosista em relação a doutrinas estrangeiras, aparentemente corretas, se encontra na defesa, acrítica, dos proponentes das *10 medidas contra a corrupção*, especialmente no que tange à prova ilícita de boa-fé, uma vez que se faz uma tradução completamente descontextualizada para que possamos em terras latinas, mais uma vez, nos aproximarmos do ideal de correição/acertamento do ordenamento jurídico estrangeiro, neste caso específico, do estadunidense.

Além disso, é perceptível que a *teoria do garantismo penal integral*, ao fim e ao cabo, bebe na mesma fonte teórica do eficientismo penal, qual seja: na escola positiva. Neste sentido, foi brevemente introduzido de que forma esse modelo teórico ingressou no América Latina.

Por fim, para Sozzo, o que interessa é mostrar de que modo os termos criminológicos traduzidos/importados não se mantiveram intocados; ao contrário, fizeram parte de uma “viagem cultural” que os fazia adquirir novas formas, metamorfoseando-os (SOZZO, 2002, p. 382). Nesse

sentido, destacam-se algumas “trajetórias interpretativas” dessas “viagens culturais” que, a nosso ver, configuram casos exemplares de tradução/traição. De forma conclusiva, o que se viu na tentativa de *importar* a exceção da prova ilícita de boa-fé não é nada mais, nada menos do que mais uma “viagem cultural” pró redução de direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Beltrán, Ferrer. *Prova e verità nel diritto*. Tradução de Valentina Carnevale, Bologna: Il Mulino, 2004. p. 39.
- BRASIL. *Constituição (1967)*. Texto original de 1967, artigo 150, §10º.
- BRASIL. *Constituição (1967)*. Texto original de 1967, artigo 150, §15º.
- BRASIL. *Constituição (1967)*. Texto original de 1967. artigo 150, §10º.
- BRASIL. *Constituição (1967)*. Texto original de 1967. artigo 150, §9º.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2014.
- CECARELLI, Camila Franchitto. *Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- CLANCY, Thomas K. The fourth amendment's exclusionary rule as a right. *Ohio State Journal of Criminal law*, v. 10, p. 357-391, 2012.
- COMMACK, Mark E. The rise and the fall of the exclusionary rule in United States. *The American Journal of Comparative Law*, v. 58, p. 631-658, 2010.
- DUARTE, Evandro C. Piza; QUEIROZ, Marcos V. Lustosa; COSTA, Pedro H. Argolo. “A Hipótese Colonial, um diálogo com Michel Foucault: a Modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre Racismo e Sistema Penal”. *Universitas Jus*, v. 27, p. 01-31, 2016.
- DUARTE, Evandro Piza e ZACKSESZKI. Sociologia dos Sistemas Penais: controle social, conceitos fundamentais e características. Brasília: *Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica – Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal, ano IV, n. 17, abril 2012.
- DUARTE, Evandro Piza, GARCIA, Rafael de Deus e QUEIROZ, Marcos V. Lustosa. A Rebelião da Prisão de Attica (Nova Iorque, 1971): Opressão Racial, Encarceramento em Massa e os Deslocamentos da Retórica da Igualdade. *Revista de Estudos Criminais*, ano XV, n. 61, 2016.
- DUARTE, Evandro Piza. A Máquina de Vidro: Sociedade de Informação e Processo Penal. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, v. 4, p. 39-64, 2005.
- DUARTE, Evandro Piza; CARVALHO NETTO, Menelick de. A cidade da guerra e a repressão humanitária: as Fantasia de Katsuhiko Otomo sobre a Cidade Fortaleza. In: ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza (Org.). *Criminologia e cinema: perspectivas sobre o controle social*. 1ed. Brasília: UniCEUB, 2012, p. 67-132.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Massiah v. United States*, 1964.

ESTADOS UNIDOS. *Constituição*. Emenda Constitucional n. 4, 1791.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brown v. Mississippi*, 1936

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Hurtado v. California*, 1884.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Miranda v. Arizona*, 1966.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Palko v. Connecticut*, 1937.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Twining v. New Jersey*, 1908.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Weeks v. United States*, 1914.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Wolf v. Colorado*, 1949.

ESTAMPRES, Manuel Miranda; La prueba ilícita: la regla de exclusion probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat*, n. 22, p. 131-151, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

GARCIA, Rafael de Deus. *O Uso da Tecnologia e a Atualização do Modelo Inquisitorial: Gestão da Prova e Violação de Direitos Fundamentais na Investigação Policial na Política de Drogas*. 2015. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 27. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. In: _____. *A marcha no processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 71-79.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meireles [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

HENNING, Anna C. Rule in fourth amendment cases. *Congressional Research Service*, p. 73-84, 2009.

KANT DE LIMA, Roberto. Direitos civis e Direitos Humanos: uma tradição jurídica pré-republicana? *São Paulo em perspectiva*, São Paulo, v. 8, p. 49-59, jan./mar. 2004.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade garantista). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR., Aury. (Re)Discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 39, p. 103-124, jul. 2002.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

MALAGUTI, Vera Batista. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos Editora, 1998.

MCDONALD, Marc. W. The good faith exception to the exclusionary rule: United States v. Leon and Massachusetts v. Sheppard. *Boston College Law Review*, v. 27, n. 609, p. 609-640, 1986.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: JMB, 1999.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa na ação penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

NETO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, pag. 370.

OLMO, Rosa de. *América Latina y su criminología*. México: Siglo Veintiuno, 1984

RE, Richard M. The due process exclusionary rule. *Harvard Law Review*, v. 127, n. 7, p. 1887-1966, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003..

SKLANSKY, David Alan. Is the exclusionary rule obsolete?. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 5, n. 567, p. 568, 2008.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e Suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal*. 2017. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ANEXO 1



CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE LEI Nº _____, DE 2016

(Do Sr. Antonio Carlos Mendes Thame e outros)

Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei estabelece medidas preventivas e de combate à corrupção e demais atos lesivos ao patrimônio público.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 312-A:

“Enriquecimento ilícito

Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito:

Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito anos), e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive



CÂMARA DOS DEPUTADOS

por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.”

Art. 3º. Os arts. 312, 313-A, 316 e § 2º, 317 e 333 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Peculato

Art. 312. (...)

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.” (NR)

“Inserção de dados falsos em sistema de informações

Art. 313-A. (...)

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.” (NR)

“Concussão

Art. 316. (...)

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.” (NR)

“Excesso de exação

(...)

§ 2º (...)

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.” (NR)

“Corrupção passiva

Art. 317. [...]

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.” (NR)

“Corrupção ativa

Art. 333. [...]

Pena – reclusão, de quatro a doze anos, e multa.” (NR)

Art. 4º. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 91- A e 327-A:

“Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas:

I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº



CÂMARA DOS DEPUTADOS

11.343, de 23 de agosto de 2006;

II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo;

III – tráfico de influência;

IV – corrupção ativa e passiva;

V – previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967;

VI – peculato, em suas modalidades dolosas;

VII – inserção de dados falsos em sistema de informações;

VIII – concussão;

IX – excesso de exação qualificado pela apropriação;

X – facilitação de contrabando ou descaminho;

XI – enriquecimento ilícito;

XII – lavagem de dinheiro;

XIII – associação criminosa;

XIV – organização criminosa;

XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência;

XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado o conjunto de bens, direitos e valores:

I – que, na data da instauração de procedimento de investigação criminal ou civil referente aos fatos que ensejaram a condenação, estejam sob o domínio do condenado, bem como os que, mesmo estando em nome de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, sejam controlados ou usufruídos pelo condenado com poderes similares ao domínio;

II – transferidos pelo condenado a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à data da instauração do procedimento de investigação;

III – recebidos pelo condenado nos cinco anos anteriores à instauração do procedimento de investigação, ainda que não se consiga determinar seu destino.

§ 2º As medidas assecuratórias previstas na legislação processual e a alienação antecipada para preservação de valor



CÂMARA DOS DEPUTADOS

poderão recair sobre bens, direitos ou valores que se destinem a garantir a perda a que se refere este artigo.

§ 3º Após o trânsito em julgado, o cumprimento do capítulo da sentença referente à perda de bens, direitos e valores com base neste artigo será processado no prazo de até dois anos, no juízo criminal que a proferiu, nos termos da legislação processual civil, mediante requerimento fundamentado do Ministério Público que demonstre que o condenado detém, nos termos do § 1º, patrimônio de valor incompatível com seus rendimentos lícitos ou cuja fonte legítima não seja conhecida.

§ 4º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade apontada pelo Ministério Público, ou que, embora ela exista, os ativos têm origem lícita.

§ 5º Serão excluídos da perda ou da constrição cautelar os bens, direitos e valores reivindicados por terceiros que comprovem sua propriedade e origem lícita.”

“Art. 327-A. As penas dos crimes dos arts. 312 e § 1º, 313-A, 316 e § 2º, 317 e 333 serão de:

I – reclusão, de sete a quinze anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

II – reclusão, de dez a dezoito anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

III – reclusão, de doze a vinte e cinco anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a dez mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato.

§ 1º O disposto no parágrafo anterior não obsta a aplicação de causas de aumento ou de diminuição da pena, previstas na Parte Geral ou Especial deste Código.

§ 2º A progressão de regime de cumprimento da pena, a concessão de liberdade condicional e a conversão da pena privativa em restritiva de direitos, quando cabíveis, ficam condicionados à restituição da vantagem indevidamente auferida ou do seu equivalente e ao ressarcimento integral do dano.”

Art. 5º. O art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 171. (...)

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa.

(...)



CÂMARA DOS DEPUTADOS

§ 3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de instituto de economia popular ou beneficência.

§ 4º Se o crime é cometido em detrimento do erário ou de instituto de assistência social, a pena será de:

I – reclusão, de quatro a dez anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

II – reclusão, de seis a doze anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato;

III – reclusão, de oito a quatorze anos, se a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a dez mil salários-mínimos vigentes ao tempo do fato.

§ 5º O disposto no parágrafo anterior não obsta a aplicação de causas de aumento ou de diminuição da pena, previstas na Parte Geral ou Especial deste Código.

§ 6º Nos casos previstos no § 4º, a progressão de regime de cumprimento da pena, o livramento condicional e a conversão da pena privativa em restritiva de direitos, quando cabíveis, ficam condicionados à restituição da vantagem indevidamente auferida ou do seu equivalente e ao ressarcimento integral do dano.” (NR)

Art. 6º. O art. 3º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Dos crimes praticados por funcionários públicos

Art. 3º (...)

I – Extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social.

Pena: reclusão, de três a oito anos, e multa.

II – Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Pena: reclusão, de um a quatro anos, e multa.” (NR)

Art. 7º. O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 1º (...)

IX – peculato (art. 312 e § 1º), inserção de dados falsos em sistemas de informações (art. 313-A), concussão (art. 316), excesso de



CÂMARA DOS DEPUTADOS

exação qualificada pela apropriação (art. 316 § 2º), corrupção passiva (art. 317) e corrupção ativa (art. 333), quando a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes ao tempo do fato (art. 327-A).”

Art. 8º. Acresça-se o art. 580-A e o Art. 578-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

“Art. 580-A. Verificando o tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, que o recurso é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer, determinará que seja certificado o trânsito em julgado da decisão recorrida e o imediato retorno dos autos à origem.

Parágrafo único. Não terá efeito suspensivo o recurso apresentado contra o julgamento previsto no caput.

“Art. 578-A. O membro do tribunal que pedir vistas após os votos do relator e, quando houver, do revisor terá o prazo correspondente a cinco sessões para estudar o caso, findo o qual reapresentará o processo e viabilizará a continuidade do julgamento.”

Art. 9º. A Lei 13.105, de 16 de março de 2015, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos 932-A e :

“Art. 932-A. Verificando o tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, que o recurso é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer, determinará que seja certificado o trânsito em julgado da decisão recorrida e o imediato retorno dos autos à origem.

Parágrafo único. Não terá efeito suspensivo o recurso apresentado contra o julgamento previsto no caput.”

“Art. 940-A. O membro do tribunal que pedir vistas após os votos do relator e, quando houver, do revisor terá o prazo correspondente a cinco sessões para estudar o caso, findo o qual reapresentará o processo e viabilizará a continuidade do julgamento.”

Art. 10. Os arts. 620, 647, 652 e 664 do Código de Processo Penal passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art. 620. (...)

§ 3º A decisão em face da qual já foram opostos embargos de declaração não poderá ser objeto de novos embargos.

§ 4º Quando os embargos de declaração forem manifestamente protelatórios, o Relator ou o Tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar multa de dez a cem salários-mínimos.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

§ 5º Caso sejam opostos novos embargos protelatórios no curso do mesmo processo, a multa será elevada em até dez vezes, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.” (NR)

“Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal que prejudique diretamente sua liberdade atual de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

§ 1º A ordem de habeas corpus não será concedida:

I – de ofício, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente;

II – em caráter liminar, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente e ainda houver sido trasladado o inteiro teor dos autos ou este houver subido por empréstimo;

III – com supressão de instância;

IV – sem prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem da ação penal, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente;

V – para discutir nulidade, trancar investigação ou processo criminal em curso, salvo se o paciente estiver preso ou na iminência de o ser e o reconhecimento da nulidade ou da ilegalidade da decisão que deu causa à instauração de investigação ou de processo criminal tenha efeito direto e imediato no direito de ir e vir.

§ 2º O habeas corpus não poderá ser utilizado como sucedâneo de recurso, previsto ou não na lei processual penal.” (NR)

“Art. 652. Se o habeas corpus for concedido em virtude da decretação da nulidade de ato processual, renovar-se-ão apenas o ato anulado e os que diretamente dele dependam, aproveitando-se os demais.

Parágrafo único. No caso previsto no caput:

I – facultar-se-á às partes ratificar ou aditar suas manifestações posteriores ao ato cuja nulidade tenha sido decretada;

II – o juiz ou tribunal que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou consequência e ordenando as providências necessárias para sua retificação ou renovação.” (NR)

“Art. 664. Recebidas as informações, ou dispensadas, o habeas



CÂMARA DOS DEPUTADOS

corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.

§ 1º O Ministério Público e o impetrante serão previamente intimados, por meio idôneo, sobre a data de julgamento do habeas corpus.

§ 2º A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.” (NR)

Art. 11. São acrescentados ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, os arts. 638-A e 667-A.

“Art. 638-A. Os recursos especial e extraordinário interpostos serão processados e julgados paralelamente, de modo que a pendência de um não suspenderá ou obstará o exame do outro.

§ 1º Incumbe à parte recorrente, sob pena de deserção, adotar as medidas necessárias para a formação de traslado integral dos autos, a fim de que possam ser enviados autos idênticos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

§ 2º O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal manterão canal eletrônico de comunicação. a fim de que um informe ao outro o resultado do julgamento de recurso quando pende o julgamento de recurso no outro tribunal.

§ 3º Interposto o recurso extraordinário e/ou o recurso especial, o prazo prescricional ficará suspenso até a conclusão do julgamento.”

“Art. 667-A. Da decisão concessiva de habeas corpus em Tribunal caberá agravo para a Seção, o Órgão Especial ou o Tribunal Pleno, conforme disposição prevista em regimento interno.”

Art. 12. Os §§ 7º, 8º, 9º e 10 do art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art.17.....

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a citação do requerido para responder à ação e oferecer contestação, no prazo de quinze dias.

§ 8º Juntada a contestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

§ 9º Da decisão que determinar o prosseguimento da ação,



CÂMARA DOS DEPUTADOS

caberá agravo retido.

§ 10. Presumem-se válidas as intimações e notificações dirigidas ao endereço no qual se deu a citação do réu, cumprindo à parte atualizá-lo sempre que houver sua modificação temporária ou definitiva.” (NR)

Art. 13. Acresça-se o art. 17-A à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, nos seguintes termos:

“Art. 17-A. O Ministério Público poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo judicial, desde que dessa colaboração resulte, cumulativamente:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber;

II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – esteja assegurada a reparação total do dano, quando verificada essa circunstância;

II – o interessado aceite ser submetido a, pelo menos, uma das sanções previstas no art. 12 desta Lei, conforme a espécie do ato de improbidade administrativa praticado;

III – o interessado cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da celebração do acordo;

IV – o interessado coopere plena e permanentemente com as investigações e com o processo judicial, inclusive compareça, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até seu encerramento;

V – as características pessoais do interessado e as circunstâncias do ato ímprobo indiquem que a solução adotada é suficiente para a prevenção e para a repressão da improbidade administrativa;

VI – o interessado não haja descumprido acordo anterior nos últimos cinco anos.

§ 2º O acordo de leniência não exime a pessoa física ou jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 3º A reparação parcial e espontânea do dano ao erário não impede que o Estado adote medidas ressarcitórias para reaver a sua



CÂMARA DOS DEPUTADOS

integralidade.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput e do § 1º, o Ministério Público poderá deixar de ajuizar a ação de improbidade administrativa, ou poderá requerer o perdão judicial, se o colaborador prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional, o qual somente voltará a correr em caso de descumprimento da avença.

§ 6º O descumprimento do acordo a que alude o caput importará no ajuizamento da ação de improbidade administrativa para a aplicação das sanções previstas no art. 12 desta Lei, sem prejuízo da imediata execução do valor referente à reparação do dano causado ao patrimônio público e das demais cominações pecuniárias decorrentes de ordem judicial em razão do descumprimento da avença.

§ 7º O acordo de leniência estipulará, por escrito, as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, devendo ser homologado judicialmente.

§ 8º As negociações e a celebração do acordo correrão em sigilo, o qual será levantado em caso de recebimento da ação cível de improbidade administrativa ou por anuência do colaborador, devidamente assistido por seu advogado.

§ 9º Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador.

§ 10. Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.”

Art. 14. Os §§ 110, 112, I, 116 e 117 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, acrescidos de 1/3.

§ 1º A prescrição, a partir da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, e antes do trânsito em julgado definitivo do feito, regula-se pela pena aplicada, sendo vedada a retroação de prazo prescricional fixado com base na pena em concreto.” (NR)

“Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível Art. 112. Depois de transitar em julgado a sentença condenatória, a prescrição começa a correr:

I – do dia em que transita em julgado, para todas as partes, a



CÂMARA DOS DEPUTADOS

sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

[...].” (NR)

“Causas impeditivas da prescrição

Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

[...]

II – enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro;

III – desde a interposição dos recursos especial e/ou extraordinário, até a conclusão do julgamento.

Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo, foragido ou evadido.” (NR)

“Causas interruptivas da prescrição

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo oferecimento da denúncia ou da queixa;

[...]

IV – pela sentença ou acórdão condenatórios recorríveis ou por qualquer decisão monocrática ou acórdão que julgar recurso interposto pela parte;

[...]

VII – pelo oferecimento de agravo pedindo prioridade no julgamento do feito, pela parte autora, contra a demora do julgamento de recursos quando o caso chegou à instância recursal há mais de 540 dias, podendo o agravo ser renovado após decorrido igual período.” (NR)

Art. 15. O art. 337-B do Código Penal passa a vigorar com o acréscimo do § 2º a seguir:

“Art. 337-B. [...]

§ 2º O prazo prescricional do crime previsto neste dispositivo computar-se-á em dobro.”

Art. 16. Os arts. 157, 312, 563, 564, 567 e 570 a 573 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do



CÂMARA DOS DEPUTADOS

processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

§ 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando:

I – não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas;

II – 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;

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;

IV – 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;

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

VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência;

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;

VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena;

IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público;

X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados.

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

§ 4º O juiz ou tribunal que declarar a ilicitude da prova indicará



CÂMARA DOS DEPUTADOS

as que dela são derivadas, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou de consequência, e ordenará as providências necessárias para a sua retificação ou renovação, quando possível.

§ 5º O agente público que dolosamente obtiver ou produzir prova ilícita e utilizá-la de má fé em investigação ou processo, fora das hipóteses legais, sujeita-se a responsabilidade administrativa disciplinar, sem prejuízo do que dispuser a lei penal.” (NR)

“Art. 312. (...)

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada:

I – em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º);

II – para permitir a identificação e a localização do produto e proveito do crime, ou seu equivalente, e assegurar sua devolução, ou para evitar que sejam utilizados para financiar a fuga ou a defesa do investigado ou acusado, quando as medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas.” (NR)

“Art. 563. É dever do juiz buscar o máximo aproveitamento dos atos processuais.

Parágrafo único. A decisão que decretar a nulidade deverá ser fundamentada, inclusive no que diz respeito às circunstâncias do caso que impediriam o aproveitamento do ato.” (NR)

“Art. 564. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade.

§ 1º Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

§ 2º O prejuízo não se presume, devendo a parte indicar, precisa e especificadamente, e à luz de circunstâncias concretas, o impacto que o defeito do ato processual teria gerado ao exercício do contraditório ou da ampla defesa.” (NR)

“Art. 567. Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Parágrafo único. A incompetência do juízo cautelar não anulará os atos decisórios proferidos anteriormente ao declínio de competência, salvo se as circunstâncias que levaram ao declínio eram



CÂMARA DOS DEPUTADOS

evidentes e foram negligenciadas de modo injustificado pelas partes.”
(NR)

“Art. 570-A. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, sob pena de preclusão:

I – as da fase investigatória, da denúncia ou referentes à citação, até a decisão que aprecia a resposta à acusação (arts. 397 e 399);

II – as ocorridas no período entre a decisão que aprecia a resposta à acusação e a audiência de instrução, logo após aberta a audiência;

III – as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);

IV – as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do juízo ou tribunal, logo depois de ocorrerem.” (NR)

“Art. 571. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput se a parte provar legítimo impedimento.

§ 2º A parte pode requerer que o juiz, a despeito da preclusão, anule e repita o ato alegadamente defeituoso. Nesse caso, interromper-se-á a prescrição na data da primeira oportunidade em que lhe cabia alegar o vício.” (NR)

“Art. 572. As nulidades considerar-se-ão sanadas:

I – se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II – se a parte, por comissão ou omissão, ainda que tacitamente, tiver demonstrado estar conformada com a prática do ato defeituoso.”
(NR)

“Art. 573. Os atos cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, acarretará a dos atos posteriores que dele diretamente dependam ou dele sejam consequência.

§ 2º A decretação da nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.

§ 3º Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará quais atos são atingidos, que circunstâncias no caso impedem seu aproveitamento, inclusive no tocante ao vínculo concreto de dependência existente entre cada um deles e o ato nulo, e ordenará as providências necessárias, a



CÂMARA DOS DEPUTADOS

fim de que sejam repetidos ou retificados.” (NR)

Art. 17. A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar acrescida, em seu Título III, dos seguintes artigos:

“Art. 49-A. Os partidos políticos serão responsabilizados objetivamente, no âmbito administrativo, civil e eleitoral, pelas condutas descritas na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, praticadas em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, e também por:

I – manter ou movimentar qualquer tipo de recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral;

II – ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, de fontes de recursos vedadas pela legislação eleitoral ou que não tenham sido contabilizados na forma exigida pela legislação;

III – utilizar, para fins eleitorais, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, de fontes de recursos vedadas pela legislação eleitoral ou que não tenham sido contabilizados na forma exigida pela legislação.

§ 1º A responsabilização dos partidos políticos não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes e administradores ou de qualquer pessoa, física ou jurídica, que tenha colaborado para os atos ilícitos, nem impede a responsabilização civil, criminal ou eleitoral em decorrência dos mesmos atos.

§ 2º A responsabilidade, no âmbito dos partidos políticos, será da direção municipal, estadual ou nacional, a depender da circunscrição eleitoral afetada pelas irregularidades.

§ 3º Em caso de fusão ou incorporação dos partidos políticos, o novo partido ou o incorporante permanecerá responsável, podendo prosseguir contra ele o processo e ser aplicada a ele a sanção fixada. A alteração do nome dos partidos políticos ou da composição de seus corpos diretivos não elide a responsabilidade.”

“Art. 49-B. As sanções aplicáveis aos partidos políticos, do âmbito da circunscrição eleitoral onde houve a irregularidade, são as seguintes:

I – multa no valor de 10% a 40% do valor dos repasses do fundo partidário, relativos ao exercício no qual ocorreu a ilicitude, a serem descontados dos novos repasses do ano seguinte ou anos seguintes ao da condenação, sem prejuízo das sanções pela desaprovação das contas;



CÂMARA DOS DEPUTADOS

II – se o ilícito ocorrer ao longo de mais de um exercício, os valores serão somados;

III – o valor da multa não deve ser inferior ao da vantagem auferida.

§ 1º O juiz ou tribunal eleitoral poderá determinar, cautelarmente, a suspensão dos repasses do fundo partidário no valor equivalente ao valor mínimo da multa prevista.

§ 2º Para a dosimetria do valor da multa, o juiz ou tribunal eleitoral considerará, entre outros itens, o prejuízo causado pelo ato ilícito à administração pública, ao sistema representativo, à lisura e legitimidade dos pleitos eleitorais e à igualdade entre candidatos.

§ 3º O pagamento da multa não elide a responsabilidade do partido político em ressarcir integralmente o dano causado à administração pública.

§ 4º Se as irregularidades tiverem grave dimensão, para a qual a multa, embora fixada em valor máximo, for considerada insuficiente, o juiz ou tribunal eleitoral poderá determinar a suspensão do funcionamento do diretório do partido na circunscrição onde foram praticadas as irregularidades, pelo prazo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

§ 5º No caso do parágrafo anterior, o Ministério Público Eleitoral poderá requerer ao TSE o cancelamento do registro da agremiação partidária, se as condutas forem de responsabilidade de seu diretório nacional.”

“Art. 49-C. O processo e o julgamento da responsabilidade dos partidos políticos, nos termos dos arts. 49-A e 49-B, incumbem à Justiça Eleitoral, seguindo o rito do art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

§ 1º Cabe ao Ministério Público Eleitoral a legitimidade para promover, perante a Justiça Eleitoral, a ação de responsabilização dos partidos políticos.

§ 2º O Ministério Público Eleitoral poderá instaurar procedimento apuratório, para os fins do § 1º, que não excederá o prazo de 180 dias, admitida justificadamente a prorrogação, podendo ouvir testemunhas, requisitar documentos e requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação, inclusive as de natureza cautelar, nos termos da legislação processual civil.

§ 3º No âmbito dos tribunais, o processo será instruído pelo juiz ou ministro corregedor.”



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 18. A Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos arts. 32-A e 32-B a seguir:

“Art. 32-A. Manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral.

Pena – Reclusão, de dois a cinco anos.

§ 1º Incorrem nas penas deste artigo os candidatos e os gestores e administradores dos comitês financeiros dos partidos políticos e das coligações.

§ 2º A pena será aumentada de um terço a dois terços, no caso de algum agente público ou político concorrer, de qualquer modo, para a prática criminosa.”

“Art. 32-B. Ocultar ou dissimular, para fins eleitorais, a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, de fontes de recursos vedadas pela legislação eleitoral ou que não tenham sido contabilizados na forma exigida pela legislação.

Pena – Reclusão, de três a dez anos, e multa.

§ 1º Incorrem nas mesmas penas quem utiliza, para fins eleitorais, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, de fontes de recursos vedadas pela legislação eleitoral ou que não tenham sido contabilizados na forma exigida pela legislação.

§ 2º A pena será aumentada de um terço a dois terços, se os crimes definidos neste artigo forem cometidos de forma reiterada.”

Art. 19. O art. 105-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 105-A. [...]

Parágrafo único. Para apuração de condutas ilícitas descritas nesta lei, o Ministério Público Eleitoral poderá instaurar procedimentos preparatórios e prazo máximo inicial de noventa dias, nos termos de regulamentação a ser baixada pelo Procurador-Geral Eleitoral.” (NR)

Art. 20. O art. 17-C da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 17-C. Os encaminhamentos das instituições financeiras e tributárias em resposta às ordens judiciais de quebra ou transferência de sigilo, proferidas com base nesta ou em outra lei, deverão ser,



CÂMARA DOS DEPUTADOS

sempre que determinado, em meio informático, diretamente ao órgão que o juiz indicar, e apresentados em arquivos que possibilitem a migração de informações para os autos do processo sem redigitação.

§ 1º O juiz poderá determinar que as informações sejam prestadas de acordo com formato eletrônico preestabelecido e padronizado que seja utilizado para tratamento das informações por órgão de abrangência nacional.

§ 2º Ressalvados casos urgentes em que o prazo determinado poderá ser inferior, a Instituição Financeira deverá encaminhar as informações, de modo completo, no prazo máximo de 20 dias.

§ 3º As Instituições Financeiras manterão setores especializados em atender ordens judiciais de quebra de sigilo bancário e rastreamento de recursos para fins de investigação e processo criminais, e deverão disponibilizar, em página da internet disponível a membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e à Polícia Judiciária, telefones e nomes das pessoas responsáveis pelo atendimento às ordens previstas no caput, incluindo dados para contato pessoal em finais de semana e em qualquer horário do dia ou da noite.

§ 4º Caso não se observe o prazo deste artigo, sejam encaminhadas as informações de modo incompleto, ou exista embaraço relevante para contato pessoal com os responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, o juiz aplicará multa no valor de mil reais a dez milhões de reais por episódio, graduada de acordo com a relevância do caso, a urgência das informações, a reiteração na falta, a capacidade econômica do sujeito passivo e a pertinência da justificativa apresentada pela instituição financeira, sem prejuízo das penas do crime de desobediência que, neste caso, serão de um a quatro anos de reclusão.

§ 5º No caso de aplicação da multa a que se refere o parágrafo anterior, o juiz comunicará o CNJ, que manterá disponível na internet estatísticas por banco sobre o descumprimento das ordens judiciais a que se refere este artigo.

§ 6º O recurso em face da decisão que aplicar a multa prevista no § 4º possui efeito meramente devolutivo, salvo por erro claro e convincente ou se comprometer mais de vinte por cento do lucro do banco no ano em que for aplicada.” (NR)

Art. 21. Fica estabelecida a perda civil de bens, que consiste na extinção do direito de posse e de propriedade, e de todos os demais direitos, reais ou pessoais, sobre bens de qualquer natureza, ou valores, que sejam produto ou proveito, direto ou indireto, de atividade ilícita, ou com as quais estejam relacionados



CÂMARA DOS DEPUTADOS

na forma desta lei, e na sua transferência em favor da União, dos Estados ou do Distrito Federal, sem direito a indenização.

Parágrafo único. A perda civil de bens abrange a propriedade ou a posse de coisas corpóreas e incorpóreas e outros direitos, reais ou pessoais, e seus frutos.

Art. 22. A perda civil de bens será declarada nas hipóteses em que o bem, direito, valor, patrimônio ou seu incremento:

- I – proceda, direta ou indiretamente, de atividade ilícita;
- II – seja utilizado como meio ou instrumento para a realização de atividade ilícita;
- III – esteja relacionado ou destinado à prática de atividade ilícita;
- IV – seja utilizado para ocultar, encobrir ou dificultar a identificação ou a localização de bens de procedência ilícita;
- V – proceda de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por quaisquer das hipóteses previstas nos incisos anteriores.

§ 1º A ilicitude da atividade apta a configurar o desrespeito à função social da propriedade, para os fins desta lei, refere-se à procedência, à origem, ou à utilização dos bens de qualquer natureza, direitos ou valores, sempre que relacionados, direta ou indiretamente, com as condutas previstas nos seguintes dispositivos:

- a) art. 159 e parágrafos do Código Penal (extorsão mediante sequestro);
- b) art. 231 do Código Penal (tráfico internacional de pessoa com fins de exploração sexual);
- c) art. 231-A do Código Penal (tráfico interno de pessoa com fins de exploração sexual);
- d) art. 312 do Código Penal (peculato);



CÂMARA DOS DEPUTADOS

e) art. 312-A do Código Penal (enriquecimento ilícito);

f) art. 313-A do Código Penal (inserção de dados falsos em sistema de informações);

g) art. 316 do Código Penal (concussão);

h) art. 317 do Código Penal (corrupção passiva);

i) art. 332 do Código Penal (tráfico de influência);

j) art. 333 do Código Penal (corrupção ativa);

k) art. 357 do Código Penal (exploração de prestígio);

l) art. 3º da Lei nº 8.137/1990 (tráfico de influência, corrupção e concussão de funcionários do Fisco);

m) art. 17 da Lei nº 10.826/2003 (comércio ilegal de arma de fogo);

n) art. 18 da Lei nº 10.826/2003 (tráfico internacional de arma de fogo);

o) arts. 33 a 39 da Lei nº 11.343/2006.

§ 2º A transmissão de bens por meio de herança, legado ou doação não obsta a declaração de perda civil de bens, nos termos desta lei.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica ao lesado e ao terceiro interessado que, agindo de boa-fé, pelas circunstâncias ou pela natureza do negócio, por si ou por seu representante, não tinha condições de conhecer a procedência, utilização ou destinação ilícita do bem.

Art. 23. Caberá a perda civil de bens, direitos ou valores situados no Brasil, ainda que a atividade ilícita tenha sido praticada no estrangeiro.

§ 1º Na falta de previsão em tratado, os bens, direitos ou valores objeto da perda civil por solicitação de autoridade estrangeira competente, ou os recursos provenientes da sua alienação, serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

§ 2º Antes da repartição serão deduzidas as despesas efetuadas com a guarda e manutenção dos bens, assim como aquelas decorrentes dos custos necessários à alienação ou devolução.

Art. 24. O Ministério Público e o órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público legitimada poderão instaurar procedimento preparatório ao ajuizamento de ação declaratória de perda civil da propriedade ou posse.

Parágrafo único. O Ministério Público e o órgão de representação judicial da pessoa de direito público legitimada poderão requisitar de qualquer órgão ou entidade pública certidões, informações, exames ou perícias, ou informações de particular, que julgarem necessárias para a instrução dos procedimentos de que trata o *caput*, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Art. 25. O órgão ou entidade pública que verificar indícios de que bens, direitos ou valores se encontram nas hipóteses de perda civil previstas nesta lei deverá comunicar o fato ao Ministério Público e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público a que estiver vinculado.

Parágrafo único. Verificada a existência de interesse de outra pessoa jurídica de direito público, as informações recebidas na forma do *caput* deverão ser compartilhadas com o respectivo Ministério Público e órgão de representação judicial.

Art. 26. A declaração de perda civil independe da aferição de responsabilidade civil ou criminal, bem como do desfecho das respectivas ações civis ou penais, ressalvada a sentença penal absolutória que taxativamente reconheça a inexistência do fato ou não ter sido o agente, quando proprietário do bem, o seu autor, hipótese em que eventual reparação não se submeterá ao regime de precatório.

Art. 27. A ação será proposta:

I – pela União, pelos Estados ou pelo Distrito Federal;

II – pelo Ministério Público Federal, nos casos de competência cível da Justiça Federal;



CÂMARA DOS DEPUTADOS

III – pelo Ministério Público dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, nos demais casos.

§ 1º Nos casos em que não for autor, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público poderá aditar a petição inicial, e, em caso de desistência ou abandono da ação por ente legitimado, assumirá a titularidade ativa.

Art. 28. Figurará no polo passivo da ação o titular ou possuidor dos bens, direitos ou valores.

Parágrafo único. O preposto, gerente ou administrador de pessoa jurídica estrangeira presume-se autorizado a receber citação inicial.

Art. 29. Se não for possível determinar o proprietário ou o possuidor, figurarão no polo passivo da ação réus incertos, que serão citados por edital, do qual constará a descrição dos bens.

§ 1º Apresentando-se qualquer pessoa física ou jurídica como titular dos bens, poderá ingressar no polo passivo da relação processual, recebendo o processo na fase e no estado em que se encontra.

§ 2º Aos réus incertos será nomeado curador especial, mesmo na hipótese do parágrafo anterior.

Art. 30. A ação poderá ser proposta no foro do local do fato ou do dano, e, não sendo conhecidos estes, no foro da situação dos bens ou do domicílio do réu.

Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a competência do juízo para todas as ações de perda civil de bens posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Art. 31. A ação de que trata esta lei comportará, a qualquer tempo, a concessão de quaisquer medidas de urgência que se mostrem necessárias para garantir a eficácia do provimento final, mesmo que ainda não tenha sido identificado o titular dos bens.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

§ 1º As medidas de urgência, concedidas em caráter preparatório, perderão a sua eficácia se a ação de conhecimento não for proposta no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da sua efetivação, prorrogável por igual período, desde que reconhecida necessidade em decisão fundamentada pelo juiz da causa.

§ 2º Sem prejuízo da manutenção da eficácia das medidas de urgência enquanto presentes os seus pressupostos, eventuais pedidos de liberação serão examinados caso a caso, podendo o juiz determinar a prática dos atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 3º Realizada a apreensão do bem, o juiz imediatamente deliberará a respeito da alienação antecipada, ou sobre a nomeação de administrador.

§ 4º Uma vez efetivada a constrição sobre o bem, o processo judicial terá prioridade de tramitação.

Art. 32. O juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, determinará a alienação antecipada a terceiros para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua custódia e manutenção.

§ 1º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, e os autos desse incidente terão tramitação autônoma em relação aos da ação principal.

§ 2º O juiz determinará a avaliação dos bens e intimará:

I – o Ministério Público;

II – a União, o Estado ou o Distrito Federal, conforme o caso, que terá o prazo de 10 (dez) dias para fazer a indicação a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo;

III – o réu, os intervenientes e os interessados conhecidos, com prazo de 10 (dez) dias;



CÂMARA DOS DEPUTADOS

IV – eventuais interessados desconhecidos, por meio de edital.

§ 3º Não serão submetidos à alienação antecipada os bens que a União, o Estado, ou o Distrito Federal indicar para serem colocados sob uso e custódia de órgãos públicos.

§ 4º Não sendo possível a custódia por órgão público, os bens não submetidos à alienação antecipada serão colocados sob uso e custódia de instituição privada que exerça atividades de interesse social ou atividade de natureza pública.

§ 5º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz homologará o valor atribuído aos bens e determinará que sejam alienados em leilão, preferencialmente eletrônico, não sendo admitido preço vil.

§ 6º Realizado o leilão, a quantia apurada será depositada em conta judicial remunerada vinculada ao processo e ao juízo, nos termos da legislação em vigor.

§ 7º Serão deduzidos da quantia apurada no leilão todos os tributos e multas incidentes sobre o bem alienado, sendo tais valores destinados à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, conforme o caso.

Art. 33. O juiz, quando necessário, após ouvir o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas de urgência, mediante termo de compromisso.

Art. 34. A pessoa responsável pela administração dos bens:

I – fará jus a remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita, preferencialmente, com os frutos dos bens objeto da administração;

II – prestará contas da gestão dos bens periodicamente, em prazo a ser fixado pelo juiz, quando for destituído da administração, quando encerrado o processo de conhecimento e sempre que o juiz assim o determinar;

III – realizará todos os atos inerentes à manutenção dos bens, inclusive a contratação de seguro, quando necessária, vedada a prática de qualquer ato de alienação de domínio;



CÂMARA DOS DEPUTADOS

IV – poderá ceder onerosamente a utilização dos bens para terceiros, exigindo-se contratação de seguro por parte do cessionário, se assim determinar o juiz, em razão da natureza do bem ou das circunstâncias relativas ao seu uso.

Art. 35. Julgado procedente o pedido de perda civil de bens, o juiz determinará as medidas necessárias à transferência definitiva dos bens, direitos ou valores.

Parágrafo único. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá propor nova ação com idêntico fundamento, desde que instruída com nova prova.

Art. 36. Nas ações de que trata esta lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação do autor, salvo a hipótese de comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

§ 1º Sendo necessária perícia, será realizada preferencialmente por peritos integrantes dos quadros da Administração Pública direta e indireta.

§ 2º Nos casos de realização de perícia a requerimento do autor ou de ofício, sendo imprescindível a nomeação de perito não integrante da Administração Pública, as despesas para sua efetivação serão adiantadas pela União, pelo Estado ou pelo Distrito Federal interessados na ação prevista nesta lei, conforme o caso.

§ 3º As despesas com a perícia e os honorários do perito não integrante da Administração Pública serão pagos ao final pelo réu, caso vencido, ou pela União, pelo Estado ou pelo Distrito Federal, conforme o caso.

Art. 37. Em caso de procedência definitiva do pedido, os recursos auferidos com a declaração de perda civil de bens e as multas previstas nesta lei serão incorporados ao domínio da União, dos Estados ou do Distrito Federal, conforme o caso.

Parágrafo único. Na hipótese de improcedência, tais valores, corrigidos monetariamente, serão restituídos ao seu titular.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 38. O terceiro que, não sendo réu na ação penal correlata, espontaneamente prestar informações de maneira eficaz ou contribuir para a obtenção de provas para a ação de que trata esta lei, ou, ainda, colaborar para a localização dos bens, fará jus à retribuição de até cinco por cento do produto obtido com a liquidação desses bens.

Parágrafo único. A retribuição de que trata este artigo será fixada na sentença.

Art. 39. O disposto nesta lei não se aplica aos bens, direitos ou valores oriundos do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, apurados em ação penal, que permanecem submetidos à disciplina definida em lei específica.

Art. 40. Aplicam-se a esta lei os dispositivos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública e, subsidiariamente, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

Art. 41. Esta Lei prevê a criação de regras de *accountability* no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e dos Ministérios Públicos respectivos.

Art. 42. Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e os Ministérios Públicos respectivos divulgarão, anualmente, estatísticas globais e para cada um dos Órgãos e Unidades que os compõem, para demonstrar:

I – o número de ações de improbidade administrativa e de ações criminais, por categoria, que ingressaram e foram instaurados durante o exercício, e o número de processos, por categoria, que foram julgados, arquivados ou que, por qualquer modo, tiveram sua saída realizada de forma definitiva, bem como o saldo de processos pendentes, por categoria;

II – o número de ações de improbidade administrativa e de ações criminais, por categoria, que tramitam perante o Órgão ou Unidade, com a indicação do seu respectivo tempo de tramitação e do interstício gasto para receber algum tipo de decisão judicial ou para nele ser proferida manifestação ou promoção de qualquer espécie.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 43. Na hipótese de constatação, por meio da estatística a que se refere o art. 2º, de que as ações de improbidade administrativa e as ações criminais foram julgadas em prazo além do razoável, serão identificados os motivos e, se for o caso, instauradas as medidas administrativas e disciplinares cabíveis.

Art. 44. Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e os Ministérios Públicos respectivos deverão encaminhar ao Conselho Nacional de Justiça ou ao Conselho Nacional do Ministério Público, até o final do mês de fevereiro do exercício subsequente, relatório anual contendo as estatísticas indicadas no artigo 2º, os motivos da morosidade quanto às ações de improbidade administrativa e às criminais, as informações sobre as medidas administrativas e disciplinares adotadas e o detalhamento das providências administrativas tomadas para ser assegurada a razoável duração do processo.

Art. 45. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, com base nos diagnósticos de problemas ou propostas recebidas, envidarão esforços, inclusive com a criação de comissões específicas, no sentido de serem propostas medidas legislativas tendentes a assegurar a razoável duração do processo.

Art. 46. Considera-se, para os fins desta Lei, razoável duração do processo aquela que não exceder 3 (três) anos, na instância originária, e 1 ano, na instância recursal, contados a partir da distribuição dos autos.

Art. 47. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público estabelecerão, em ato normativo próprio, a forma, o conteúdo e a data de divulgação das estatísticas compiladas de diagnóstico de eficiência quanto ao processamento de atos de improbidade administrativa previstas nesta lei.

Art. 48. Fica estabelecido o teste de integridade dos agentes públicos no âmbito da Administração Pública.

Art. 49. A Administração Pública poderá, e os órgãos policiais deverão, submeter os agentes públicos a testes de integridade aleatórios ou dirigidos, cujos resultados poderão ser usados para fins disciplinares, bem como para a instrução de ações cíveis, inclusive a de improbidade administrativa, e criminais.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 50. Os testes de integridade consistirão na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública.

Art. 51. Os testes de integridade serão realizados preferencialmente pela Corregedoria, Controladoria, Ouvidoria ou órgão congênere de fiscalização e controle.

Art. 52. Sempre que possível e útil à realização dos testes de integridade, poderá ser promovida a sua gravação audiovisual.

Art. 53. Os órgãos que forem executar os testes de integridade darão ciência prévia ao Ministério Público, de modo sigiloso e com antecedência mínima de quinze dias, e informarão a abrangência, o modo de execução e os critérios de seleção dos examinados, podendo o Ministério Público recomendar medidas complementares.

Art. 54. Os órgãos de fiscalização e controle divulgarão, anualmente, estatísticas relacionadas à execução dos testes de integridade, bem como manterão, pelo prazo de cinco anos, toda a documentação a eles relacionada, à qual poderá ter acesso o Ministério Público.

Art. 55. A Administração Pública não poderá revelar o resultado da execução dos testes de integridade, nem fazer menção aos agentes públicos testados.

Art. 56. Os testes de integridade também poderão ser realizados pelo Ministério Público ou pelos órgãos policiais, mediante autorização judicial, em investigações criminais ou que digam respeito à prática de atos de improbidade administrativa.

Art. 57. A Administração Pública, durante a realização dos testes de integridade, poderá efetuar gravações audiovisuais ou registrar, por qualquer outro método, o que ocorre nas repartições públicas ou nas viaturas e nos carros oficiais, respeitado o direito à intimidade.

Art. 58. Nas esferas administrativa, cível e criminal, poderá o Ministério Público resguardar o sigilo da fonte de informação que deu causa à



CÂMARA DOS DEPUTADOS

investigação relacionada à prática de ato de corrupção, quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, devidamente esclarecidas no procedimento investigatório respectivo.

Parágrafo único. O Ministério Público poderá arrolar agente público, inclusive policial, para prestar depoimento sobre o caráter e a confiabilidade do informante confidencial, os quais deverão resguardar a identidade deste último, sob pena de responsabilidade.

Art. 59. Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado por informante confidencial.

Art. 60. No caso do conhecimento da identidade do informante confidencial ser essencial ao caso concreto, o juiz ou tribunal, ao longo da instrução ou em grau recursal, poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

Art. 61. Comprovada a falsidade dolosa da imputação feita pelo informante confidencial, será revelada a sua identidade e poderá ele responder pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das ações cíveis cabíveis.

Art. 62 Esta Lei disciplina a aplicação de percentuais mínimos de publicidade para ações e programas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e dos Municípios, bem como estabelece procedimentos e rotinas voltados à prevenção de atos de corrupção.

Art. 63 Durante o prazo mínimo de 15 (quinze) anos, do total dos recursos empregados em publicidade, serão investidos percentuais não inferiores a 15% (quinze por cento) pela União, a 10% (dez por cento) pelos Estados e pelo Distrito Federal e Territórios, e a 5% (cinco por cento) pelos Municípios, para ações e programas de marketing voltados a estabelecer uma cultura de intolerância à corrupção.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

§ 1º As ações e os programas de marketing a que se refere o caput incluirão medidas de conscientização dos danos sociais e individuais causados pela corrupção, o apoio público para medidas contra a corrupção, o incentivo para a apresentação de notícias e denúncias relativas à corrupção e o desestímulo, nas esferas pública e privada, a esse tipo de prática.

§ 2º A proporção estabelecida no caput deverá ser mantida em relação ao tempo de uso do rádio, da televisão e de outras mídias de massa.

§ 3º As ações e os programas de que trata este artigo deverão fomentar a ética e obedecer ao § 1º do art. 37 da Constituição Federal, de modo que não configurem propaganda institucional de governo ou realizações de ordem pessoal de governantes, agentes públicos ou quaisquer Órgãos da Administração Pública.

§ 4º No prazo máximo de 2 (dois) anos da vigência desta lei, serão afixadas placas visíveis em rodovias federais e estaduais, no mínimo a cada 50 (cinquenta) quilômetros e nos dois sentidos da via, as quais indicarão, pelo menos, o número telefônico, o sítio eletrônico e a caixa de mensagens eletrônica por meio dos quais poderá ser reportada corrupção de policiais rodoviários ao Ministério Público.

§ 5º Nas ações e programas de que trata este artigo, é lícito o uso de imagens e de sons que reproduzam atos de corrupção pública ativa ou passiva, ou a execução de testes de integridade realizados pela Administração Pública, nos quais o agente público foi reprovado, sendo desnecessária a identificação do envolvido.

Art. 64 As Corregedorias da Administração Pública e, onde não houver, os Órgãos de fiscalização e controle, ao menos pelos próximos 15 (quinze) anos, farão no mínimo 2 (dois) treinamentos anuais relacionados aos procedimentos e às rotinas que devem ser adotados diante de situações propícias à ocorrência de atos de improbidade administrativa, dentre os quais o oferecimento ou a promessa de vantagens ilícitas.

§ 1º Os procedimentos e as rotinas a que se refere o caput terão o objetivo de conscientizar os agentes públicos acerca de condutas racionalizantes de comportamentos ilegais, de modo que sejam neutralizados.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

§ 2º A Administração Pública assegurará que, a cada 5 anos, todos os agentes públicos sejam treinados ou reciclados quanto aos procedimentos e às rotinas mencionados no caput.

§ 3º A Administração Pública estabelecerá, no prazo de 1 (um) ano da vigência desta lei, um código de conduta que disporá, dentre outros assuntos, sobre as principais tipologias e modos de realização dos atos de corrupção relativos a cada carreira ou especialidade, assim como sobre os comportamentos preventivos recomendados, os casos nos quais haverá possibilidade de gravação audiovisual do contato com cidadãos ou com outros agentes públicos, e quais as medidas a serem adotadas pelo agente público quando se encontrar em situação de iminente prática de ato de improbidade administrativa.

§ 4º Os sítios eletrônicos do Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios ou dos Municípios deverão conter, em link apropriado e especialmente desenvolvido para esta finalidade, todos os códigos de conduta vigentes na Administração Pública respectiva.

§ 5º A Controladoria-Geral da União e os Órgãos congêneres nos Estados, no Distrito Federal e Territórios e nos Municípios poderão alterar os códigos de conduta editados pelas Corregedorias ou pelos Órgãos de fiscalização e controle a que se refere o caput, ou editá-los no caso de não existirem.

§ 6º A Controladoria-Geral da União, as Corregedorias e, quando for o caso, os outros Órgãos de fiscalização e controle farão, no período estabelecido no caput, estudo anual das áreas da Administração Pública nas quais é mais propícia a ocorrência de corrupção, e poderão exigir, sob pena de responsabilidade, a realização de treinamentos frequentes e específicos para agentes públicos que atuam nos setores de maior risco, com a respectiva confecção de relatórios sobre sua quantidade, qualidade e abrangência.

§ 7º O Ministério da Educação, em conjunto com a Controladoria-Geral da União, desenvolverá medidas e programas de incentivo, em escolas e universidades, voltados ao estudo e à pesquisa do fenômeno da corrupção, à conscientização dos danos provocados pela corrupção e à propagação de comportamentos éticos.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

§ 8º Sob pena de responsabilidade do gestor no caso de omissão, a repartição pública em que se faça atendimento a cidadãos deverá conter cartazes ou outros meios de divulgação visíveis, pelos quais sejam informados os serviços cobrados e seu respectivo valor, o número telefônico, o sítio eletrônico e a caixa de mensagens eletrônica das Controladorias, das Corregedorias ou dos Órgãos de fiscalização e controle e do Ministério Público, para os quais possam ser dirigidas reclamações e denúncias.

Art. 65. Aplicam-se as disposições das regras de *accountability*, teste de integridade, sigilo da fonte e publicidade anticorrupção, no que couber, à Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Art. 66. Art. 6º. Revogam-se o inciso I do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, o § 4º do art. 600, o parágrafo único do art. 609 e o inciso I do art. 613 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Art. 67. Esta Lei entra em vigor noventa dias após sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A sociedade brasileira assiste estarrecida o agravamento de denúncias sobre corrupção e enriquecimento ilícito de agentes públicos, colocando em cheque o próprio sistema de política e administração pública.

A população diverge em muitos pontos conforme suas ideologias ou circunstâncias, mas se da movimentação das ruas brota um grito neste março de 2016 é pela defesa do estado democrático de direito e pelo fim da corrupção em todas as suas formas.

Este projeto de lei é o resultado do trabalho conjunto entre o Ministério Público Federal e a sociedade civil que, ao longo desses últimos nove meses, se mobilizaram de norte a sul, de leste a oeste, nas 27 Unidades da Federação do País, com objetivo de alcançar o quantitativo mínimo de assinaturas



CÂMARA DOS DEPUTADOS

para se apresentar uma proposição de iniciativa popular, conforme estabelecido no § 2º do Art. 61 da Constituição Federal do Brasil.

Neste sentido, os membros da Frente Parlamentar Mista de Combate à Corrupção reconhecem a importância do Movimento das 10 Medidas de Combate à Corrupção, por isso, solicitamos o apoio dos ilustres congressistas para que a presente proposta seja aprovada com urgência. São dois milhões de cidadãos que se mobilizaram para o apoio a este Projeto, e nossa a honra de levar à consideração da Câmara dos Deputados esta proposição que é exemplo de participação democrática e fruto de colaboração conjunta de diversos operadores de direito que se dedicam ao combate e prevenção da corrupção em todas as suas formas.

Passamos a comentar as alterações propostas, que abarcam os códigos penal e processual penal, a lei de crimes hediondos, a lei da improbidade administrativa e dão outras providências para criar novas formas de combate aos ilícitos que saqueiam o erário e precisam ser eliminados de nosso país.

A proposta inicia com a tipificação do enriquecimento ilícito de funcionário ou agente público, respeitando a forma que consta no parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal (Relator Senador Pedro Taques). A pena de 3 a 8 anos é a mesma pena desse crime que foi proposta pelo Projeto de Lei 5.586/2005, oferecido pela Controladoria-Geral da União. Nossa redação, porém, buscou aproveitar essas propostas e torna-la mais abrangente, incluindo diversos tipos de condutas que hoje não são crimes, mas são modos usuais – como se viu da operação lava-jato e tantas outras – de agentes públicos corrompidos se locupletarem e se furtarem a sanções.

O enriquecimento ilícito de servidor público decorre comumente da prática de corrupção e crimes conexos. No entanto, como ressaltado no projeto, é muito difícil punir o crime de corrupção, salvo quando uma das partes revela sua existência, o que normalmente não acontece. Por essa razão, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da qual o Brasil é signatário, exorta os Estados Partes a tipificarem em seus ordenamentos jurídicos o crime de enriquecimento ilícito, definido como o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público por ingressos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Por outro lado, o enriquecimento ilícito, além de ser prova indireta da corrupção, é em si mesmo desvalorado, pois revela um agir imoral e ilegal de servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum. Há aqui um desvalor no tocante à discrepância patrimonial, não raro oculta ou disfarçada, de um agente público sujeito a regras de escrutínio, transparência e lisura.

Sobre esse tipo penal, o Relator da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal assim se manifestou:

Não restam dúvidas sobre a necessidade e as vantagens práticas de criminalização dessa gravíssima conduta, intimamente relacionada com delitos cometidos contra a Administração Pública. A fundamentação está muito bem colocada na Exposição de Motivos do Projeto de Código:

“Enriquecimento ilícito. Objeto de tratados internacionais firmados pelo Brasil, a criminalização do enriquecimento ilícito mostra-se como instrumento adequado para a proteção da lisura da administração pública e o patrimônio social. Não cabe ignorar que o amealhamento de patrimônio incompatível com as rendas lícitas obtidas por servidor público é indício de que houve a prática de antecedente crime contra a administração pública. Notadamente a corrupção e o peculato mostram-se caminhos prováveis para este enriquecimento sem causa. A riqueza sem causa aparente mostra-se, portanto, indício que permitirá a instauração de procedimentos formais de investigação, destinados a verificar se não houve aquisição patrimonial lícita. Não há inversão do ônus da prova, incumbindo à acusação a demonstração processual da incompatibilidade dos bens com os vencimentos, haveres, recebimentos ou negociações lícitas do servidor público. Não se pode olvidar que o servidor público transita num ambiente no qual a transparência deve reinar, distinto do que ocorre no mundo dos privados, que não percebem recursos da sociedade. Daí obrigações como a entrega da declaração de bens a exame pelo controle interno institucional e pelo Tribunal de Contas. O crime de enriquecimento ilícito, especificamente diante da corrupção administrativa, na qual corruptor e corrupto guardam interesse recíproco no sigilo dos fatos, sinaliza política criminal hábil, buscando consequências e não primórdios (a exemplo da receptação e da lavagem de dinheiro). É criminalização secundária, perfeitamente admitida em nosso direito. Vocaciona-se para dificultar a imensa e nefasta tradição de corrupção administrativa que, de acordo com índices de percepção social, nunca se deteve”.

[...] Oportuno registrar que, como regra, a conduta de enriquecimento ilícito não gerará a adoção do encarceramento, pois (se preenchidos os requisitos legais) será permitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Ou seja, apenas as situações mais graves ensejariam a imposição de penas de prisão.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

As penas propostas para os graves delitos de prevaricação e advocacia administrativa não alteram o quadro vigente na década de 40 do século passado, quando da edição do CP. Diante da necessidade de haver uma proporcional e devida repressão a esses crimes, que ocorrem com grande frequência, e que normalmente prescrevem em razão das baixíssimas penas, propomos os devidos aumentos.

Mesmo com o aumento de pena proposto aqui, continuarão as penas a serem substituídas nos casos de delitos menos graves.

Reforça-se que não se trata de uma inversão do ônus da prova no tocante ao caráter ilícito da renda, mas sim de acolher a única explicação para a discrepância que é encontrada em dado caso concreto, após investigados os fatos e ouvido o servidor. Essa solução é amparada na moderna teoria explanacionista da prova, que tem por foco encontrar a hipótese que melhor explica a evidência disponível, bem como na tradicional teoria indutiva, que foca em associações entre coisas que estão normalmente vinculadas com base na experiência que todos compartilhamos e é o fundamento de qualquer exame sobre provas.

Em outras palavras, com base na experiência comum por todos compartilhada, se a acusação prova a existência de renda discrepante da fortuna acumulada e, além disso, nem uma investigação cuidadosa nem o investigado apontam a existência provável de fontes lícitas, pode-se concluir que se trata de renda ilícita. Evidentemente, se a investigação ou o acusado forem capazes de suscitar dúvida razoável quanto à ilicitude da renda, será caso de absolvição.

Nosso projeto também propõe a alteração das penas dos crimes mais lesivos contra a Administração Pública previstos no Código Penal

As mudanças propostas objetivam fazer da corrupção - termo usado aqui em sentido amplo, abarcando os diversos tipos penais que o texto menciona- **uma conduta de alto risco.**

A corrupção é hoje um crime de baixo risco, com pena iniciando em dois anos de prisão.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Criminosos de colarinho-branco normalmente são primários, e as penas ficam próximas do mínimo legal. Quando há condenação e não prescrevem, as penas são substituídas, por força de lei, por penas restritivas de direitos, isto é, por penas bem brandas, as quais, em pouco tempo (em regra após cumprido apenas um quarto da pena substitutiva), serão atingidas por indultos ou comutações, reduzindo-se a nada ou quase nada. Considerando que a corrupção é um crime difícil de ser descoberto e provado, o criminoso só será punido em uma pequena parcela dos crimes que cometer, o que faz dela um crime altamente vantajoso.

A elevação da pena mínima dos crimes mais graves contra a Administração Pública para quatro anos significa que mesmo réus primários – e os réus de colarinho-branco normalmente são primários mesmo quando praticaram crimes antes – não terão suas penas substituídas por penas restritivas de direitos e começarão a cumprir a pena, na melhor das hipóteses, em regime semiaberto. Ninguém que praticar corrupção poderá contar com um regime aberto, o qual, em muitos casos, na prática, por falta de casa de albergado e de fiscalização, significa pena nenhuma.

Adicione-se que a pena mínima atual, de dois anos, bastante aplicada nos casos desses crimes em razão do método de fixação da pena do nosso sistema, acarreta a prescrição em apenas quatro anos, o que tende a acontecer como regra em processos de crimes do colarinho branco. Uma pena maior permite também um prazo mais dilatado para a sua investigação e processamento sem que o crime prescreva, o que é necessário, em decorrência de ser normalmente um crime de apuração complexa, praticado às escondidas.

Como o furto e o roubo, a corrupção suprime patrimônio. Diferentemente do furto e roubo, a corrupção endêmica brasileira vitimiza a nação. A corrupção rouba a comida, o remédio e a escola de milhões de pessoas, prejudicando o futuro de todos. Essas circunstâncias acentuam bastante sua gravidade e também justificam a pena mínima proposta como uma reprovação proporcional ao gravame. Cumpre observar, aliás, que há projetos de lei em trâmite que sugerem penas ainda maiores para alguns dos crimes (PL 7.868/2014, por exemplo, estabelece a pena inicial de cinco anos para o peculato e a concussão), enquanto outras estabelecem o patamar idêntico ao proposto (PL 5.900/2013).



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Se queremos um país livre de corrupção, esta deve ser transformada em um crime de alto risco. Como o homicídio, a corrupção mata. Contudo, diferentemente da maior parte dos homicídios, a corrupção é planejada e pensada, ou seja, é uma decisão racional que toma em conta custos e benefícios. A elevação da pena mínima constitui um desincentivo, um custo, da escolha pelo ato corrupto.

Quanto à gradação das penas desses crimes, embora entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, que regulam a individualização da pena, já se encontrem as consequências do crime, o valor do prejuízo ou da vantagem econômica constitui, no contexto normativo atual, apenas mais um dos fatores considerados na dosimetria da pena, que sempre parte do mínimo legal.

Contudo, em crimes contra a Administração Pública, o volume da supressão de recursos do Estado, além de ser a principal circunstância a ser sopesada, pode engendrar consequências gravíssimas. Os milhões, ou bilhões, suprimidos dos cofres públicos inevitavelmente afetam as diversas camadas da população em seus direitos essenciais, como segurança, saúde, educação (isto é, furtam-lhes a possibilidade de um futuro melhor) e, em última análise, a própria vida. Embora seja difícil, em concreto, estabelecer-se o nexo causal entre os desvios de verbas e a morte de pessoas (tendo em vista que a ofensa é difusa), não há dúvidas de que o desvio de verbas públicas em escala acentuada acaba por provocar mortes.

O parâmetro de pena razoável nesses casos deve ser o crime de homicídio, cuja pena, quando simples, é de seis a vinte anos, e, quando qualificado, é de doze a trinta anos. Outro parâmetro razoável, para corrupção de grande magnitude, é o crime de latrocínio, que tem pena de vinte a trinta anos, e o delito de extorsão qualificada pela morte, cuja pena é de vinte a trinta anos.

Por coerência, propôs-se igualmente a gradação da pena quando se tratar de crime de estelionato contra o erário ou contra a previdência social, os quais entram também na categoria dos mais graves crimes praticados contra a população e merecem ser apenados de acordo com o montante do prejuízo.

O aumento da pena proporcionalmente ao dano causado ou à vantagem ilícita auferida é adotada em outros países, inclusive com democracias



CÂMARA DOS DEPUTADOS

mais avançadas e instituições mais amadurecidas e consolidadas, como, por exemplo, os Estados Unidos da América.

Com efeito, o *2014 USSC Guidelines Manual* (Manual de Orientações da Comissão de Penas dos Estados Unidos, vigente a partir de novembro de 2014), que orienta os juízes e tribunais estadunidenses na dosimetria das penas criminais naquele país, determina que, se a vantagem auferida ou o dano ao Erário supera 5 mil dólares, a pena base passa a sofrer acréscimo proporcional, de acordo com a seguinte tabela:

Loss (Apply the Greatest)	Increase in Level
(A) \$5,000 or less	no increase
(B) More than \$5,000	add 2
(C) More than \$10,000	add 4
(D) More than \$30,000	add 6
(E) More than \$70,000	add 8
(F) More than \$120,000	add 10
(G) More than \$200,000	add 12
(H) More than \$400,000	add 14
(I) More than \$1,000,000	add 16
(J) More than \$2,500,000	add 18
(K) More than \$7,000,000	add 20
(L) More than \$20,000,000	add 22
(M) More than \$50,000,000	add 24
(N) More than \$100,000,000	add 26
(O) More than \$200,000,000	add 28
(P) More than \$400,000,000	add 30

Essa tabela impõe um acréscimo à pena-base, que pode variar entre 6 meses (acima de 5 mil dólares de vantagem auferida) até o máximo de 10



CÂMARA DOS DEPUTADOS

anos (acima de 400 milhões de dólares de vantagem auferida) de aprisionamento, para o réu primário.

Com base na proposta, apresenta-se abaixo o quadro de penas, em anos, por ato criminoso, que passariam a vigorar para os principais crimes contra a Administração Pública, com base no salário-mínimo vigente a partir de 1º de janeiro de 2015, ressaltando que a primeira coluna retrata as penas que hoje são cominadas pelo Código Penal:

Crime	Pena atual	Proposta: pena variável pelo prejuízo ou benefício (R\$)			
		0 a 77.999,99	≥ 78.800,00	≥ 788.000,00	≥ 7.880.000,00
Peculato (art. 312 e § 1º)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Concussão (art. 316)	2 a 8	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Excesso de exação qualificada (art. 316, § 2º)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Corrupção passiva (art. 317)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Corrupção ativa (art. 333)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Estelionato (art. 171)	1 a 5	2 a 8	4 a 10	6 a 12	8 a 14

Parece ser instintivo que as condutas que representam dano maior devem ser mais severamente apenadas, não só como retribuição, mas sobretudo pelo seu caráter dissuasório. Por essa razão é que se propõe que a proporcionalidade entre o resultado lesivo e a sanção criminal seja expressamente prevista em relação aos mais graves crimes do colarinho-branco praticado com abuso de função pública ou em prejuízo ao Erário, cujo potencial de danos é tão grande quanto o de crimes de violência. Corrupção mata e deve ser uma conduta de alto risco, risco esse que deve ser proporcional ao gravame que pesará sobre a população.

Por fim, tendo em vista a necessidade de adaptar os princípios da moderna Justiça Restaurativa também aos crimes praticados contra os interesses



CÂMARA DOS DEPUTADOS

difusos, é que se propõe que a obtenção de benefícios e favores legais relacionados ao cumprimento da pena seja condicionada à reparação do dano e à devolução da riqueza indevidamente amealhada.

O projeto também propõe a **supressão da regulação específica do crime de corrupção praticado no contexto tributário**, previsto no art. 3º da Lei 8.137, de 1990, e do crime de peculato praticado por prefeito, do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201, de 1967

A proposta não suprime o crime de corrupção praticado no contexto tributário ou o crime de peculato praticado por prefeito, mas apenas suprime sua *regulação especial* pela Lei 8.137/1990 e pelo Decreto-Lei 201/1967. Com a alteração proposta, a corrupção praticada no contexto tributário e o peculato de prefeito passam a ser previstos e punidos diretamente pelo Código Penal.

Isso evita regulações adicionais e desnecessárias, bem como a necessidade de reproduzir na lei especial a gradação da pena da corrupção segundo o proveito econômico, que foi proposta no âmbito do Código Penal. A previsão especial, aliás, tende a gerar distorções a longo prazo. Projetos em trâmite no Congresso, que tornam hediondos a corrupção e o peculato, por exemplo, sequer mencionam esses tipos penais, o que tornaria hedionda a corrupção e o peculato de forma geral e não a corrupção no contexto tributário e o peculato praticado por prefeito. Isso, por si só, já seria ilógico, mas se torna mais aberrante se percebermos que tradicionalmente esses crimes especiais têm uma pena maior do que o crime de corrupção em geral. Uma vez que não há razão para privilegiar auditores-fiscais ou prefeitos que cometem crime de corrupção, é proposta a supressão nesses artigos.

Importante media desta proposição é a inclusão da corrupção no rol de crimes hediondos do art. 1º da Lei nº 8.072, de 1990.

Esta proposta também está no contexto de fazer da corrupção um crime de alto risco patrimonial e moral, especialmente a corrupção de altos valores, porque esta produz consequências mais sérias. Se queremos um país livre de corrupção, ela deve ser transformada em um crime de alto risco, e esse risco deve corresponder à gravidade da conduta.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

A corrupção rouba a comida, o remédio e a escola de milhões de pessoas, prejudicando o futuro de todos. Como se disse acima, a corrupção afeta a população em *“seus direitos essenciais, como segurança, saúde e, em última análise, vida”*. *“Embora seja difícil, em concreto, estabelecer-se o nexo causal entre os desvios de verbas e a morte de pessoas, não há dúvidas de que o desvio de verbas públicas em escala acentuada acaba por provocar mortes. O parâmetro de pena razoável nesses casos deve ser o crime de homicídio, cuja pena, quando simples, é de seis a vinte anos, e, quando qualificado, é de doze a trinta anos.”*

O Projeto de Lei nº 3.506/2012 – um dos vários no Congresso que buscam estabelecer a corrupção como crime hediondo –, em sua justificativa, menciona uma reportagem da revista *Veja*, de 26 de outubro de 2011, que busca fazer um vínculo concreto entre a corrupção e os danos à sociedade. A matéria ressalta que os R\$ 85 bilhões desviados mediante corrupção no ano de 2010 poderiam ser empregados para: *“1 – Erradicar a miséria; 2 – Custear 17 milhões de sessões de quimioterapia; 3 – Custear 34 milhões de diárias de UTI nos melhores hospitais; 4 – Construir 241 km de metrô; 5 – Construir 36.000 km de rodovias; 6 – Construir 1,5 milhões de casas; 7 – Reduzir 1,2% na taxa de juros; 8 – Dar a cada brasileiro um prêmio de R\$ 443,00 reais; 9 – Custear 2 milhões de bolsas de mestrado; e 10 – Comprar 18 milhões de bolsas de luxo”*.

Em nota técnica de apoio ao Projeto de Lei nº 5.900/2013, a Associação Nacional dos Procuradores da República consigna que, com base em dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, são desviados do Brasil ao menos R\$ 200 bilhões por ano. Isso é quase duas vezes o total do orçamento federal da saúde de 2014, o que significa que a qualidade da saúde no Brasil (no que depende de verbas federais) poderia ser triplicada caso se fechassem as torneiras da corrupção. O valor é aproximadamente duas vezes e meia maior do que o orçamento federal da educação, o que poderia também, pelo menos, triplicar a qualidade da educação, no que depende de verbas federais. Já quanto ao investimento federal em ciência, tecnologia e inovação, poderia ser multiplicado por 30 vezes. Poderia ser duplicado o programa “Minha Casa, Minha Vida”, que entregou aproximadamente 1,7 milhão de casas populares.

Passou da hora de se reconhecer a gravidade concreta desse crime, especialmente quando os valores envolvidos são elevados. A inclusão da



CÂMARA DOS DEPUTADOS

corrupção em sentido amplo entre os crimes hediondos é um reconhecimento de que são crimes que atentam, direta e indiretamente, contra direitos fundamentais da população.

Como são crimes que possuem motivação e consequências econômicas, é natural a inserção de um parâmetro econômico para a configuração de sua hediondez. Pela proposta, crimes como corrupção e peculato passam a ser hediondos quando o valor envolvido supera cem salários mínimos, o que em valores atuais representa R\$ 78.800,00. Quanto maiores os valores econômicos, maior o dano social, até um ponto em que o prejuízo social pode ser equiparado ao de outros crimes extremamente graves, que são delitos hediondos. Crimes como corrupção e peculato, quando envolvem cem vezes o valor que é, não raro, tudo que pessoas têm para passar o mês – um salário mínimo – pode ser, sem dúvidas, caracterizado como hediondo, ainda mais dentro de um contexto de compromisso do Estado em combater a corrupção.

Some-se que, na linha do que figura nesta proposta, a pena desses crimes contra a Administração Pública, com proporção econômica superior a cem salários-mínimos, varia no mínimo entre 7 e 15 anos. Esse patamar de pena é harmônico com outros crimes considerados hediondos pela lei, como estupro, cuja pena varia de 6 a 10 anos em sua forma simples, ou ainda o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, com pena de 4 a 10 anos.

Reflexo do reconhecimento social da hediondez é o fato de que há numerosos projetos de lei propostos no Congresso, desde 1992, que objetivam transformar corrupção em crime hediondo, até mesmo independentemente do valor envolvido.

Como já dito anteriormente, a corrupção é hoje um crime de baixo risco. Quando há condenação e as penas não prescrevem, elas são brandas (não prisionais) e, em pouco tempo, serão atingidas por indultos ou comutações, reduzindo-se a nada ou quase nada. A atribuição da qualidade de crime hediondo às modalidades mais graves de corrupção terá como um dos efeitos positivos impedir a concessão de indulto e comutação de pena aos criminosos. Tal restrição só pode acontecer por iniciativa do Congresso Nacional, aliás, pela inserção de tais crimes na



CÂMARA DOS DEPUTADOS

categoria de crimes hediondos, para os quais a própria Constituição veda os benefícios de indulto e comutação, já que de outro modo a concessão destes está dentro da esfera de prerrogativas do Presidente da República.

Além disso, segundo estudos consagrados sobre corrupção, como os de Rose-Ackerman e Klitgaard, uma das perspectivas do ato corrupto apresenta-o como fruto de uma decisão racional que toma em conta os benefícios e os custos da corrupção e os do comportamento honesto. A ponderação dos custos da corrupção envolve o montante da punição e a probabilidade de tal punição ocorrer. A inserção de tais delitos como hediondos repercute diretamente no montante da punição, sob prisma prático, pesando como fator negativo na escolha racional do agente.

É extremamente raro que autores de crimes de colarinho-branco sejam punidos e, quando punidos, que cumpram pena em regime fechado, mesmo quando os crimes são extremamente graves. A perspectiva de pena mais grave, e de condições mais gravosas de cumprimento de pena, será certamente um fator de desestímulo a tais práticas criminosas. No cenário atual, em que grandes esquemas de corrupção são descobertos, é preciso adotar medidas firmes para mudar a realidade.

A questão relativa ao trânsito em julgado é das mais sensíveis no âmbito da legislação processual, penal ou civil.

De um lado, há o direito constitucional da parte sucumbente de recorrer para que seja definitivamente afastada qualquer injustiça e, de outro, a necessidade de o processo ter uma duração razoável, de modo que a sensação de impunidade não se propague no seio da sociedade.

É por isso que é premente a necessidade de a decisão judicial revestir-se com a qualidade da coisa julgada.

Por outro lado, o sistema recursal brasileiro, seja no âmbito penal, seja no âmbito civil, dificulta sobremaneira o advento do trânsito em julgado e, mais ainda, propicia o uso dos mais variados recursos tendentes a afastar o trânsito em julgado.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Nesse contexto é que são, em larga medida, utilizadas manobras recursais que, longe de configurarem o legítimo exercício do direito de recorrer, são, isto sim, a representação de seu abuso e do descaso com a Justiça. De fato, simples consulta aos sítios eletrônicos de Tribunais de todo o Brasil e, particularmente, das Cortes Superiores, aponta para o uso indiscriminado de recursos com a intenção única de dilatar o termo final do processo.

Por essa razão, a presente iniciativa legislativa pretende estabelecer que, uma vez que o Órgão Julgador (o qual deve ser, necessariamente, um Tribunal), tenha como manifestamente protelatório o recurso ou considere abusivo o direito de recorrer, deverá certificar o trânsito em julgado da decisão contra a qual se recorre e ordenar o imediato regresso dos autos à origem.

Além disso, o eventual recurso ou sucedâneo recursal que seja protocolado contra a decisão do Tribunal não possuirá efeito suspensivo, vale dizer, os efeitos da decisão deverão ser automaticamente levados em consideração.

Outro importante aspecto é que tal decisão acontecerá tanto para o Processo Penal quanto para o Processo Civil.

Cuida-se de iniciativa legislativa que pretende, assim, tornar mais célere o julgamento de processos, sem olvidar a necessidade da existência do duplo grau de jurisdição.

A questão relativa à morosidade dos julgamentos nos Tribunais e nas Cortes Superiores é das mais sensíveis no âmbito da legislação processual, penal ou civil.

De um lado, há o natural desejo de as questões colocadas em julgamento serem apreciadas da forma mais cuidadosa e abrangente possível e, de outro, a necessidade de o processo ter uma duração razoável, de modo que a sensação de impunidade não se propague no seio da sociedade.

Nesse contexto, é imperiosa a regulação dos pedidos de vistas por membros de tribunais, de modo tal que haja previsibilidade quanto ao julgamento dos recursos ou sucedâneos recursais apresentados. De fato, simples consulta aos sítios eletrônicos de Tribunais de todo o Brasil mostram que alguns processos



CÂMARA DOS DEPUTADOS

perduram em demasia (algumas vezes, longos anos) caso haja pedido de vistas, tudo a implicar atraso inaceitável para o processo.

Por essa razão, a presente iniciativa legislativa pretende estabelecer que, se o relator (e, quando for o caso, o revisor) tiver proferido seu voto e ocorrer algum pedido de vistas, necessariamente o processo deverá ser reapresentado para ser julgado no prazo equivalente a cinco sessões.

Ocorrerá, portanto, a conciliação e a ponderação entre a razoável duração do processo e a evidente necessidade de, em alguns casos, o julgador pretender acercar-se de maior cuidado para proferir seu voto.

Outro importante aspecto é que tal decisão acontecerá tanto para o Processo Penal quanto para o Processo Civil.

O principal gargalo para a eficiência da justiça criminal e o enfrentamento à corrupção é o anacrônico sistema recursal brasileiro.

Tal como reconhecido pelo então Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, em entrevista concedida ao jornal *O Estado de S. Paulo* no dia 22 de dezembro de 2010, “o Brasil é o único país do mundo que tem na verdade quatro instâncias recursais”. É certo que esta ampla e quase inesgotável via recursal tem sido utilizada, na maioria das vezes, para protelar a marcha processual e evitar o cumprimento da lei. Daí a importância de que as condutas tendentes a prejudicar a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional sejam neutralizadas, sobretudo nos tribunais, onde o exame da prova já se encontra exaurido.

De fato, estudo da morosidade judicial promovido pelo Banco Mundial, publicado em 2003, destaca como uma das causas da morosidade o emprego de táticas protelatórias que beneficiam quem as emprega. Ressalta ainda o amplo reconhecimento de brechas da legislação processual brasileira, as quais permitem métodos protelatórios, propiciando oportunidades para que o réu escape da justiça. Como uma das soluções propostas para a sobrecarga do sistema judicial brasileiro, está o aumento da efetividade judicial.

Apesar das metas estabelecidas pelo CNJ, a grande possibilidade de manuseio desarrazoado de recursos emperra a efetiva prestação



CÂMARA DOS DEPUTADOS

jurisdicional. Em reportagem de maio de 2014, o jornal *O Globo* noticiou estudo da Fundação Getúlio Vargas em que fora avaliado o tempo de tramitação das ações no Supremo Tribunal Federal, chegando-se à conclusão de que o principal motivo de lentidão é o volume de recursos. Veja-se (<http://oglobo.globo.com/brasil/lentidaosuprema-stf-leva-em-media-cinco-anos-para-julgar-acoes-que-ferem-constituicao-12525704#ixzz3NISSiyDR>):

Entre os motivos para o quadro de lentidão, o grande volume de recursos que tomam o tempo do STF é apontado como o principal. A chamada repercussão geral foi um dos instrumentos criados pela emenda 45 para diminuir esse volume, diz Ayres Britto. Com ele, o STF só aceita recursos extraordinários de temas “que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Mas esse instrumento poderia ser mais usado pela Corte. Até 9 de maio, dos casos com repercussão geral reconhecida, mais da metade (65,7%) estava com julgamento do mérito pendente. E, dos casos com julgamento pendente, só 14,07% foram incluídos em pauta; 83,53% estão conclusos ao relator; e há 2,4% “iniciados”.

Outra tentativa de diminuir o número de recursos foi feita pelo ex-ministro Cezar Peluso, autor da PEC 15/2011, que dizia que decisões de segunda instância seriam definitivas. Mas foi alterada em comissão do Senado em 2013. Agora, aguarda votação.

É evidente o espaço e a tentação que as táticas protelatórias representam no processo penal.

A sobrecarga de processos em tribunais superiores faz com que o simples despacho de uma petição demore muito. Um estudo da FGV de 2014, por exemplo, revelou que o tempo médio para uma decisão, quando os autos vão conclusos, é de 154 dias, sendo de 54 dias em matéria processual penal e de 64 dias em matéria penal. Após a decisão, o tempo médio de publicação de acórdãos é de 167 dias, sendo de 197 dias em casos de direito penal. Somando tempo de decisão e tempo de publicação de acórdão, decorrem em média 261 dias em matéria penal, isto é, mais de meio ano.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Bastam três petições clamando por decisões, como embargos de declaração, para que o feito se arraste por dois anos. O fato de que o decurso do tempo, na seara penal, conduz à prescrição, aliado à demora natural dos feitos, gera um ambiente que estimula o emprego de táticas protelatórias.

Uma das consequências da demora recursal é a impossibilidade de o Brasil repatriar centenas de milhões de reais desviados pela corrupção e que se encontram bloqueados no exterior, pois os demais países só costumam entregar os valores ao país de origem quando há uma decisão definitiva, com trânsito em julgado. É difícil até, no trato diário, que as autoridades estrangeiras compreendam que a decisão final poderá demorar, no Brasil, mais de quinze anos. No Caso Merchants, por exemplo, os Estados Unidos exigiram relatórios trimestrais do andamento dos feitos que embasaram bloqueios efetivados há mais de dez anos.

Passados mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição de 1988, urge sedimentar políticas legislativas que promovam a celeridade processual e coíbam o uso abusivo de recursos, de forma que, preservados os direitos e as garantias individuais, seja também assegurada ao jurisdicionado a garantia de “razoável duração do processo”, na feliz expressão da Emenda Constitucional nº 45/2004. Se, por um lado, não é possível admitir a violação do direito de defesa no processo sumário, tampouco se pode tolerar a morosidade da prestação jurisdicional.

Um exemplo positivo do enxugamento das instâncias recursais decorre da nova sistemática adotada em torno da Lei da Ficha Limpa, que considera inelegíveis os condenados em virtude da prática de crimes graves, por decisão de órgão judicial colegiado, mesmo quando ainda não esgotada a via recursal.

É certo que o duplo grau de jurisdição, entendido como garantia de revisão dos atos jurisdicionais, é um importante princípio do Estado de Direito e, como tal, é recomendável sua integração nos ordenamentos jurídicos democráticos. A garantia individual de ver uma decisão judicial revista por órgão judicial diverso e hierarquicamente superior, porém, não pode ser vista como um direito infinito ao recurso, a serviço da ineficiência do sistema processual penal.

É nesse contexto, pois, que se colocam as modificações legislativas propostas. Elas não maculam, sob nenhum aspecto, as garantias



CÂMARA DOS DEPUTADOS

constitucionais inerentes ao devido processo legal e à ampla defesa, na medida em que se mantém hígido o direito das partes à produção de provas em seu favor, perante um juiz imparcial com competência previamente delimitada; não restringe o direito à assistência por advogado ou à apresentação de razões recursais; nem restringe o direito daquele que, não vendo sua demanda acolhida pelo tribunal, submete a matéria aos tribunais superiores. O procedimento em primeiro grau, aliás, não sofre praticamente nenhuma alteração.

A supressão do § 4º do art. 600 é proposta porque, não raramente, após o protesto pela apresentação de razões em segundo grau, o apelante, intimado para esse fim na instância recursal, deixa de fazê-lo, o que gera a necessidade de nova intimação pessoal do acusado, por vezes via carta de ordem. Embora a medida não pareça acarretar grande atraso, fato é que, em decorrência da grande quantidade de feitos em trâmite nas diversas esferas do Judiciário, pode efetivamente procrastinar o trâmite recursal por meses, enquanto são diligenciadas a localização e a intimação pessoal do acusado na instância de origem.

Assim, a revogação do § 4º do art. 600 do CPP é medida necessária, que traria impactos positivos no trâmite dos recursos e, por outro lado, nenhum prejuízo significativo às partes, já que remanescem os prazos para apresentação das razões na instância recorrida.

Outrossim, segundo o vigente Código de Processo Penal, quando a decisão em segunda instância não for unânime em desfavor do acusado, cabem embargos infringentes e de nulidade.

Entretanto, a amplitude dos embargos infringentes e de nulidade tem causado embaraços à duração razoável do processo. Para evitar uma prodigalização excessiva dos embargos infringentes, em prejuízo da celeridade processual, a proposta reduz o seu cabimento ao âmbito realmente importante, admitindo a sua interposição para conferir ao acusado a oportunidade de fazer prevalecer em seu favor voto vencido pela absolvição. Assim, havendo, no órgão colegiado de segunda instância, voto vencido pela absolvição, o acusado remanesceria com a possibilidade de manejar os embargos infringentes.

Questão também relevante diz respeito aos embargos de declaração, que, não raro, servem a propósitos meramente protelatórios. Veja-se, por



CÂMARA DOS DEPUTADOS

exemplo, o caso dos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 752.247/PR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, un., j. 22/5/2012, *DJe*-112, de 23/5/2012. Na ocasião, o réu condenado pela prática de crime interpôs recurso extraordinário cujo seguimento foi negado pelo Tribunal recorrido. Interpôs agravo de instrumento destinado ao Supremo Tribunal Federal, que houve por bem denegá-lo, depois um agravo regimental e três embargos de declaração sucessivos, até que o Supremo Tribunal determinou que fosse certificado o trânsito em julgado do feito, independentemente da interposição de novos recursos.

A proposta de alteração da disciplina dos embargos de declaração visa coibir sua utilização com intuito protelatório, estabelecendo, à luz do vigente artigo 265 do Código de Processo Civil, a imposição de multa passível de adequação à gravidade do abuso processual.

Para ganhar tempo no trâmite recursal, o novo art. 638-A estabelece a simultaneidade do julgamento dos recursos extraordinário e especial em matéria criminal. Hoje, quando são oferecidos recursos especial e extraordinário após o julgamento da apelação, os autos são remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso especial e, apenas depois do julgamento dele é que os autos seguirão para o Supremo Tribunal Federal. Isso faz com que o tempo de julgamento nos dois tribunais seja cumulativo, quando não há óbice para a apreciação simultânea, já que as matérias submetidas a um e outro tribunal são diferentes. A proposta altera essa rotina, estabelecendo o julgamento em paralelo nas duas instâncias, o que economizará anos no trâmite processual. Em prol da eficiência, a proposta inova ao criar um canal eletrônico de comunicação entre os tribunais para que um comunique ao outro o resultado do julgamento quando pender recurso neste último. Por fim, é inserida a suspensão dos prazos prescricionais, o que é uma cópia da proposição contida no § 3º do art. 505 do Projeto 8.045/2010, de um novo CPP.

Noutro giro, as alterações sugeridas para o *habeas corpus* visam evitar que, em instrumento moldado para proteção da liberdade ambulatorial, sejam adotados, por exemplo, expedientes destinados a anular processos de forma açodada; e, por outro lado, compatibilizar sua regência com os princípios previstos no artigo 157 do Código de Processo Penal.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Por fim, cabe uma ressalva. As causas da morosidade na tramitação das ações e recursos não se resumem à regulamentação do procedimento recursal. Não se ignora que uma série de fatores estruturais, econômicos políticos e sociológicos também têm papel relevante na lentidão dos processos. No entanto, a existência de outros fatores não justifica que não se resolvam os problemas decorrentes de incongruências do procedimento recursal; pelo contrário, deve-se ao máximo implementar os meios necessários para assegurar a viabilização do interesse social na responsabilização dos autores de crimes e o direito constitucional do réu e da sociedade de se valer de procedimento judicial célere para tanto.

As alterações propostas nos aludidos dispositivos do art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, buscam implementar melhorias no rito procedimental relacionado às ações de improbidade administrativa, a fim de superar uma das principais causas responsáveis pela notória morosidade na tramitação dessas ações.

Pretende-se, com efeito, a extinção da esdrúxula fase de notificação preliminar e recebimento da ação de improbidade administrativa.

A Lei da Improbidade Administrativa teve como um de seus objetivos criar um mecanismo judicial célere que permitisse a responsabilização de natureza cível e administrativa com relação a agentes públicos que praticaram ou tentaram praticar atos ímprobos.

No entanto, ultrapassados mais de vinte anos desde a edição da Lei nº 8.429/1992, o que se tem é um excessivo e irrazoável rigor procedimental no processo de sancionamento por atos de improbidade administrativa, ao passo que o processo penal – o qual tutela bem jurídico ainda mais importante para o indivíduo (a liberdade) – tornou-se mais ágil do que o processo civil correspondente (ao menos no que se refere à tramitação das ações penais em primeiro grau de jurisdição).

A morosidade na tramitação das ações de improbidade administrativa é nefasta a ponto de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle externo do Poder Judiciário, estabelecer a meta das Justiças Estadual, Federal e Militar, além do Superior Tribunal de Justiça, para “identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a



CÂMARA DOS DEPUTADOS

crimes contra a administração pública distribuídas até 31/12/2011” (Meta 18, de 2013).

No entanto, as metas estabelecidas pelo CNJ ficaram longe de alcançar o efeito desejado.

Mesmo com os esforços concentrados realizados por juízes, pelo país afora, o Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2009-2013 revelou que *nenhum Tribunal do país logrou alcançar a meta*. Segundo as informações prestadas pelos Tribunais, até 31 de dezembro de 2011, havia, no Poder Judiciário, um estoque de 43.773 ações de improbidade distribuídas e não julgadas. Mesmo com os esforços impostos pela Meta 18, de tais ações somente 10.643 foram julgadas no ano de 2012, e apenas outras 9.864 no ano de 2013.

Vê-se, portanto, que o problema da morosidade na tramitação dessas ações não será resolvido apenas com esforços concentrados e priorização de julgamentos. Para tanto, é necessário identificar os fatores que realmente influenciam na dificuldade de tramitação desses processos, bem como criar meios para destravá-los.

O primeiro obstáculo procedimental à celeridade das ações de improbidade administrativa é, sem dúvida, a fase de notificação preliminar e recebimento da ação, antes mesmo da citação do réu.

Dito procedimento, criado pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, tinha a intenção declarada de possibilitar um contraditório prévio, a fim de evitar a tramitação de ações consideradas temerárias. Assim, pretendia-se conferir ao julgador a oportunidade de, antes mesmo de admitir ou não a tramitação do processo, conhecer os argumentos de defesa do réu e deliberar pelo não recebimento da ação, quando convencido liminarmente da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Ocorre, desafortunadamente, que a MP nº 2.225/2001 acabou por criar a necessidade de uma dupla notificação/citação do réu já que, após a notificação preliminar e a decisão sobre o recebimento da ação, ainda se faz necessária a citação pessoal do réu.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Na prática, isso implica que o réu deverá ser intimado pessoalmente duas vezes: a primeira, para se manifestar sobre os termos da ação, e a segunda, para contestá-la. Não há, entretanto, diferença substancial entre as defesas da primeira notificação e da segunda citação; em regra, há a mera repetição da peça uma vez que o réu pode, já na manifestação preliminar, apresentar toda a matéria de defesa fato e de direito, na tentativa de convencer o julgador a rejeitar liminarmente a ação.

Esse procedimento esdrúxulo constitui verdadeiro obstáculo à celeridade na tramitação das ações de improbidade administrativa porque os dois atos – notificação preliminar e citação – devem ser dirigidos à pessoa do réu, não se podendo sequer fazê-lo pelo advogado constituído. É comum que, após diversas tentativas de localizar o réu para receber a notificação para manifestação preliminar, tais tentativas tenham que ser refeitas após o recebimento da ação, apenas para que o réu possa ser agora citado pessoalmente.

A situação é agravada quando há diversos réus na ação, já que o recebimento da inicial somente poderá ocorrer após a notificação preliminar de todos eles. Muitas vezes, a citação somente vem a ocorrer anos após a primeira notificação, quando o réu já mudou seu endereço.

Ainda deve-se levar em consideração que, no governo federal e nos governos estaduais, é extremamente comum que os detentores de cargos de direção sejam requisitados de outros órgãos ou deslocados de outras lotações para o exercício daquele cargo, de forma que essas pessoas mudam de endereços constantemente. Com a necessidade de dupla notificação/citação, em regra não se logra localizar o réu no mesmo endereço da primeira notificação.

As consequências terríveis desse procedimento para a tramitação das ações de improbidade administrativa ficam ainda mais evidentes diante de casos concretos que demonstram a verdadeira paralisação dos processos em razão dessas dificuldades.

Veja-se a ação de improbidade administrativa relacionada ao caso do Projeto Correio Híbrido Postal, um dos desdobramentos do famigerado esquema de fraudes nas licitações dos Correios, envolvendo, dentre outros, Maurício



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Marinho, que ganhou notoriedade nacional a partir da divulgação de registro de vídeo em que recebia propina.

A ação, com sete réus, foi proposta em 29 de julho de 2010. A fase de notificação preliminar dos réus somente foi concluída em julho de 2013, ou seja, três anos depois da propositura da ação. Em seguida, em 12 de novembro de 2013 foi proferida a decisão de recebimento da petição inicial e ordenada a realização da citação dos réus. Desde então, decorrido bem mais de um ano desde a decisão de recebimento, o processo ainda se encontra na fase de citação.

Ressalta-se que o ato de comunicação processual que está sendo realizado nesta fase – a citação – não é essencialmente diferente do ato de notificação, pois ambos visam dar conhecimento ao réu do teor da acusação formulada e permitir a defesa.

Ou seja, nesta ação foram necessários três anos apenas para que fosse concluída a fase de notificação preliminar dos réus e, na fase seguinte, mais um ano já foi consumido apenas para renovar a comunicação processual, não sendo possível prever quando, finalmente, se iniciará a fase de instrução do processo.

Diga-se, mais ainda, que muito provavelmente os réus terão o trabalho único de renovar as linhas de argumentação já oferecidas por ocasião da defesa preliminar, em um verdadeiro faz de conta procedimental no qual o único perdedor é o Princípio da Razoável Duração do Processo, estabelecido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição.

O caso aludido não é isolado. Uma simples pesquisa da tramitação das ações no Poder Judiciário permite identificar diversos outros processos nos quais a marcha processual das ações de improbidade administrativa foi atrasada em alguns anos, diante da fase de dupla notificação/citação dos réus.

Nessa linha, os mesmos percalços sofreu a ação em face de dirigentes da FUB (Fundação Universidade de Brasília) e do CESPE (Centro de Seleção e Promoção de Eventos da UnB, responsável pela realização de boa parte dos concursos do país), proposta em razão de burla à Lei de Licitações e do desvio de recursos para empresas cujos sócios tinham vínculos com dirigentes do CESPE.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

A ação, com sete réus, foi proposta em 15 de outubro de 2008. A fase preliminar somente foi concluída quatro anos após, com o recebimento da ação em 6 de novembro de 2012. Em seguida, foi necessário aguardar mais um ano e meio para a renovação das citações, e a instrução processual somente foi realmente desencadeada em julho de 2014, com o despacho que determinou às partes a indicação das provas a serem produzidas.

Outros tantos atos de improbidade administrativa acabam por ter a mesma sina: embora a investigação identifique graves atentados ao erário e aos princípios da Administração Pública, a efetiva aplicação de penalidades acaba por ser prejudicada em razão do distanciamento temporal entre o julgamento e a acusação, que no caso é consubstanciada pela propositura da ação.

Para sanar esse problema, pretende-se trazer para a ação de improbidade administrativa um rito de recebimento semelhante ao que foi implementado para o processo penal, pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. A reforma instituída por esse diploma modificou o Código de Processo Penal para criar uma fase de análise preliminar da (in)viabilidade da acusação que é realizada, no entanto, *após a citação* do réu.

Com a instituição de um momento único de citação do réu, seguido de uma análise preliminar sobre a viabilidade da ação, entende-se que se está contemplando tanto a preocupação que deu origem à fase de dupla notificação/citação criada pela MP nº 2.245/2001 (evitar a tramitação de ações temerárias), quanto a necessidade de agilizar a tramitação do processo judicial mediante a extinção da desnecessária duplicidade de notificação pessoal para instauração do processo.

Nessa linha, a jurisprudência tem entendido que o procedimento criado pela Lei nº 11.719/2008, na esfera processual penal, suplantou até mesmo o procedimento de notificação preliminar do funcionário público previsto no art. 514 do Código de Processo Penal, uma vez que é mais democrático e, ao mesmo tempo, respeita o contraditório prévio.

De fato, veja-se o entendimento exposto pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (HC nº 115441/MT):



CÂMARA DOS DEPUTADOS

[...] a reforma processual penal estabelecida por legislação editada em 2008 revelou-se mais consentânea com as novas exigências estabelecidas pelo moderno processo penal de perfil democrático, cuja natureza põe em perspectiva a essencialidade do direito à plenitude de defesa e ao efetivo respeito, pelo Estado, da prerrogativa ineliminável do contraditório.

Bem por isso, a Lei nº 11.719/2008, ao reformular a ordem ritual nos procedimentos penais, instituiu fase preliminar caracterizada pela instauração de contraditório prévio, apto a ensejar, ao acusado, a possibilidade de arguir questões formais, de discutir o próprio fundo da acusação penal e de alegar tudo o que possa interessar à sua defesa, além de oferecer justificações, de produzir documentos, de especificar as provas pretendidas e de arrolar testemunhas, sem prejuízo de outras medidas ou providências que repute imprescindíveis.

Com tais inovações, o Estado observou tendência já consagrada em legislação anterior, como a Lei nº 10.409/2002 (art. 38) e a Lei nº 11.343/2006 (art. 55), cujas prescrições viabilizaram a prática de verdadeiro contraditório prévio no qual o acusado poderia invocar todas as razões de defesa – tanto as de natureza formal quanto as de caráter material.

Tenho por relevante, por isso mesmo, esse aspecto da questão, uma vez que o magistrado federal de primeiro grau, no caso em exame, ordenou a citação do denunciado, ora paciente, para que oferecesse resposta à denúncia do Ministério Público Federal, ensejando, assim, a possibilidade do contraditório prévio a que se referem os arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, o que afasta a alegação de prejuízo para a defesa do acusado.

É que, tal como anteriormente enfatizado, esse novo modelo ritual tornou lícita a formulação, em mencionada resposta prévia, de todas as razões, de fato ou de direito, inclusive aquelas pertinentes ao mérito da causa, reputadas essenciais ao pleno exercício da defesa pelo acusado, como assinala, com absoluta correção, o magistério da doutrina (EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, “Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência”, p. 869/870, 2ª ed., 2011, Lumen Juris; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, “Curso de Processo Penal”, p. 374/375, 4ª ed., 2009, Forense;



CÂMARA DOS DEPUTADOS

ANDREY BORGES DE MENDONÇA, “Nova Reforma do Código de Processo Penal”, p. 260/264, 2ª ed., 2009, Método, v.g.).

Conclui-se que, se o objetivo da fase de notificação preliminar e do recebimento da ação de improbidade administrativa é oportunizar o contraditório prévio e evitar a tramitação de ações temerárias, encontra-se ele integralmente atendido pelo estabelecimento de uma fase de análise preliminar da viabilidade da ação após a citação, tal como previsto na aludida reforma do Código de Processo Penal, daí que se mostra absolutamente desnecessário e prejudicial ao trâmite da ação proceder a duas notificações pessoais, uma antes e outra após a decisão de recebimento.

A modificação ora pretendida, portanto, exclui do rito procedimental da ação de improbidade administrativa o arcaico procedimento de notificação preliminar, de recebimento e de citação pessoal, o qual contribui, em larga escala, para a morosidade do processo judicial de responsabilização e, em última análise, para a impunidade em razão da inefetividade jurídico-social do instituto como meio de combate à corrupção.

Registre-se que a redação proposta procurou manter os termos já utilizados pela legislação atual, ainda que de técnica imprecisa, como forma de evitar que alterações terminológicas suscitem novas dúvidas sobre a aplicação do novo procedimento.

Diga-se, por fim, que o § 10 do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 recebeu novo teor, à semelhança do que já ocorre no art. 238, parágrafo único, do Código de Processo Civil, adequando-se este último dispositivo aos ditames pretendidos pela alteração legislativa ora proposta.

O Brasil dispõe de arsenal legislativo voltado ao combate à corrupção, nas diversas esferas de responsabilidade (criminal, civil, administrativa e política), podendo-se afirmar a existência de um verdadeiro microssistema anticorrupção.

Assim é que um único fato pode deflagrar a instauração de diversas esferas de responsabilidade, possibilitando a aplicação de sanções criminais, cíveis, administrativas e políticas sem que se incorra na vedação do *bis in idem*.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Como todo microssistema – organismo normativo menor, dentro do sistema jurídico maior – hão de ser garantidas a integridade, a coerência e a previsibilidade dos seus institutos, fazendo com que as diversas esferas de responsabilidade conversem entre si e permitam uma aplicação de onde se possa retirar o máximo de efetividade da norma com o maior grau de segurança jurídica possível.

É nesse cenário que se vislumbra a necessidade de regulamentação do acordo de leniência no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, dando maior previsibilidade e segurança ao investigado no campo da dimensão premial do direito sancionador.

Uma das modernas técnicas especiais de investigação (TEI), utilizada no mundo inteiro, consiste nos acordos de colaboração premiada ou de leniência, em que o investigado se dispõe a esclarecer todo o esquema de corrupção e a apontar os demais envolvidos e os elementos de prova dos ilícitos praticados, em troca de benefício (prêmio) para reduzir o impacto de suas sanções ou, mesmo, ficar imune em relação a elas.

Tal técnica de investigação não apenas acelera a resolução do caso, como também evita injustiças, já que ninguém melhor do que um coautor da infração, tendo-a vivenciado, para esclarecer os fatos, a estrutura da organização criminosa, o *modus operandi*, bem como para apontar o caminho das provas.

Nesse sentido, quanto ao risco de colaborações mentirosas para ganho indevido de benefício ou retaliação de outras pessoas, há as regras de segurança do instituto, a saber, a corroboração (confirmação do depoimento do colaborador com outros elementos de prova, não valendo o depoimento em si como meio de prova) e a possibilidade de rescisão do acordo em casos de manipulação da verdade, má-fé ou reincidência na prática infracional.

Não foi por outra razão que em dois dos maiores escândalos noticiados no Brasil e investigados por meio da Operação Lava-Jato e da Operação Ararath, sob o controle e supervisão do Ministério Público Federal, houve o desbaratamento de organizações criminosas com o auxílio da colaboração premiada, cujo resultado se mostrou mais eficaz para a colheita de provas que o antigo método, bastante utilizado nas investigações criminais, da interceptação telefônica.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Isso porque a colaboração premiada não só explica a inteligência das provas já colhidas, mas uma das obrigações do colaborador é a de fornecer meios de prova para a autoridade competente ou, no mínimo, indicar o caminho onde as evidências podem ser recolhidas.

No microssistema brasileiro de combate à corrupção há previsão expressa de acordo de colaboração premiada na esfera criminal (Leis nºs 9.034/1995, 9.613/1998, 9.807/1999 e mais recentemente a Lei nº 12.850/2013), no âmbito das infrações contra a ordem econômica (Lei nº 12.529/2011) e na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Já a esfera de responsabilização da improbidade administrativa, uma das mais importantes no combate à corrupção, não dispõe de um acordo de leniência próprio, explicitado em lei, disposto a entregar benefícios legais ao investigado que se dispõe a colaborar efetivamente com as autoridades competentes.

Dita lacuna acaba por gerar uma incoerência no sistema, pois um mesmo fato pode gerar consequências sancionadoras nas diversas instâncias, o que pode gerar um certo temor ao potencial colaborador de entregar provas em troca de benefício numa instância e se autoincriminar em outra instância em troca de nenhum prêmio.

É claro que, a partir do microssistema anticorrupção, é possível extrair a autorização normativa para se celebrarem acordos de colaboração no âmbito da improbidade administrativa, mas a ausência de norma expressa acaba inibindo o reporte espontâneo do investigado e diminuindo substancialmente o número de acordos celebrados nessa esfera de responsabilidade.

Por essa razão, faz-se necessária a inserção legislativa de acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa, com regras próprias e expressas quanto aos requisitos e benefícios em troca da efetiva colaboração.

O presente texto, inclusive, está em harmonia com a colaboração criminal (regulada detalhadamente pela Lei nº 12.850/2013) e com o acordo de leniência da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), a fim de fechar uma interlocução necessária e sem antinomias entre as diversas esferas de



CÂMARA DOS DEPUTADOS

responsabilidade do nosso direito sancionador, e em observância às garantias constitucionais dos investigados.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à legitimidade para a celebração de tais acordos de colaboração, pois, nesse aspecto, quanto maior o número de legitimados, maior será a insegurança jurídica, a alta exposição do investigado sobre os seus ilícitos, a diminuição da vontade de cooperar e a possibilidade de violação do sigilo.

Por essa razão, a competência para celebração do acordo de leniência na improbidade administrativa deve ficar restrita ao Ministério Público, órgão que tem legitimidade para o ajuizamento da ação por ato de improbidade administrativa e da ação penal pública por ato de corrupção, decorrente do mesmo fato.

Ampliar a competência para celebração de acordo de leniência para a pessoa jurídica lesada, que também tem legitimidade para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, acaba por expor indevidamente o investigado para duas instituições, pois esse ente não tem legitimidade para celebrar acordo de colaboração criminal e inevitavelmente tem o dever de compartilhar essas informações com o Ministério Público.

Há, também, o risco de acordos não condizentes com o interesse público serem firmados entre a pessoa jurídica lesada e o investigado, para o fim de beneficiá-lo, sem a devida adequação jurídica. Imagine-se, aqui, um prefeito, a mais alta autoridade do município, sendo investigado por improbidade. Acaso o acordo fosse realizado pela pessoa jurídica, quem estabeleceria as condições do acordo? O próprio investigado!

Daí a conveniência de o Ministério Público ser o titular exclusivo da proposta de acordo de leniência, na medida em que se coloca como Instituição que desempenha o controle externo da Administração Pública e que possui o distanciamento adequado para realizar acordos com mais isenção e proporcionalidade.

Entendemos, por fim, que a redação do item que trata do acordo de leniência está em harmonia com o microssistema anticorrupção e confere maior



CÂMARA DOS DEPUTADOS

segurança jurídica aos próprios investigados, uma vez que, a partir de sua aprovação, haverá regras claras e garantistas para se exigir o seu fiel cumprimento e a fiscalização judicial dos demais investigados.

No Brasil, o atual modelo de prescrição acaba sendo um dos principais fatores de impunidade nos crimes em geral e com ainda mais gravidade nos casos de crimes ditos “do colarinho-branco”.

A criminalidade do colarinho-branco, abrangida popularmente pelo conceito de corrupção, acontece escondida, submersa em “conchavos”, “negociatas” e outros expedientes ilícitos de ocultação. Ao contrário da criminalidade grave clássica (homicídios, p. ex.), em que há resultado exposto à sociedade (desaparecimentos etc.), na criminalidade grave moderna (desvios de dinheiro público, “achques” etc.), os corruptores e corrompidos praticam o crime às escondidas e mantêm entre si um pacto de silêncio que tem duplo objetivo: garantir os benefícios buscados com o conluio e evitar a punição pelos crimes.

Além de estratégias de ocultação, criminosos de colarinho-branco, em geral, valem-se de esquemas criminosos complexos, envolvendo transações sofisticadas no sistema financeiro, remessas transacionais, lavagem de dinheiro terceirizada e internacional, emprego de documentos falsos etc. Isso tudo torna a investigação e o processamento de crimes de colarinho-branco, usualmente, uma tarefa bastante complexa, estendendo os procedimentos no tempo.

Some-se que criminosos de colarinho-branco, como regra, podem contratar advogados com elevada qualidade técnica, e poderão arcar com os custos envolvidos para que sejam manejados todos os recursos possíveis e imagináveis, não só para obter decisões favoráveis, mas também porque, em nosso sistema, postergar implica, em grande parte dos casos, ganhar. A busca da prescrição e consequente impunidade é uma estratégia de defesa paralela às teses jurídicas, implicando o abuso de expedientes protelatórios.

Mesmo em casos que não são de colarinho-branco, o atual sistema prescricional representa uma tentação para que a defesa “ganhe” a causa mediante sua protelação, o que gera vários ônus econômicos ao sistema de justiça, como renovação de intimações, oitiva de testemunhas desnecessárias, inclusive por precatórias e rogatórias, análise de petições por vista, cópias, juntada de documentos



CÂMARA DOS DEPUTADOS

ou substabelecendo poderes que têm por escopo precípua alongar o caso, oferecimento de recursos repetitivos com abuso do direito de recorrer etc.

Uma consequência do sistema atual é que a parte autora, em causas criminais de colarinho branco, é a única sancionada no processo penal. Ao invés de o criminoso ser punido, é a vítima quem sofre duas vezes, não só com o crime cometido, mas também com os custos econômicos e morais de um processo sem resultado prático. Mais ainda, a maior penalização é aquela que advirá da impunidade, consistente no estímulo à criminalidade e a novas violações dos bens jurídicos, “tutelados” pelas normas penais mas deixados a descoberto por um sistema prescricional condescendente com a criminalidade.

De fato, autores consagrados no estudo da corrupção apontam a impunidade como um fator decisivo na escolha do agente entre praticar ou não a corrupção. De fato, tanto Rose-Ackerman como Klitgaard colocam a probabilidade da punição como um dos fatores decisivos avaliados pelo agente na análise da relação entre custo e benefício da prática da corrupção. Daí a importância de transformar nosso sistema punitivo disfuncional em um sistema de punições justas e efetivas, capaz de detectar, investigar e punir comportamentos desviados.

Mesmo a reforma do sistema recursal e a agilização dos trâmites da Justiça, sem a reforma do sistema prescricional, não mudariam esse cenário, pois crimes de colarinho-branco continuariam a ser complexos para investigar e processar, e continuaria a haver um incentivo ao emprego de estratégias defensivas para que os processos demorem, sobrecarregando a Justiça. A reforma proposta sobre o sistema prescricional entra nesse contexto.

O interesse da sociedade é que os casos sejam solucionados e que a prescrição ocorra tão somente por falhas do Estado e não por estímulo dos delinquentes. Nesses termos, Fabio Guaragni (2008, p. 17) explica que:

As razões pelas quais se apresenta a prescrição penal como verdadeiro fator de impunidade, apartando-se de sua original missão de atuar em níveis razoáveis – em termos de política criminal – como causa extintiva de punibilidade, encontram-se tanto na própria sistemática em que está vazado, no Código Penal brasileiro, o instituto, quanto no excessivo liberalismo que caracteriza a jurisprudência nacional em temas de direito penal.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Recente levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstra que, entre 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e atos de improbidade administrativa. Todos esses atos ilícitos são reconhecidamente graves, por retirarem recursos do Estado que poderiam ser empregados para atender aos anseios da população por melhores serviços públicos, como exigência para uma cidadania mais ampla.

Até o final de 2012, tramitavam 25.799 processos de corrupção, lavagem de dinheiro ou atos de improbidade em todo o Poder Judiciário. Analisando os dados, constata-se que os processos prescritos **somente** em dois anos (2010 e 2011) representam mais de 11% dos feitos em andamento, o que não devia ser tolerado.

Uma das razões dessa pesquisa, era responder aos questionamentos do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), que avaliou negativamente as medidas do Brasil para o combate desses delitos, mormente em decorrência da falta de estatísticas processuais. As estatísticas devem servir para subsidiar o país no processo de avaliação da implantação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Uncac) e para cumprir Estratégia Nacional contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (Enccla), coordenada pelo CNJ.

Vamos à análise das modificações propostas. Em primeiro lugar, a alteração no artigo 110 objetiva extinguir a prescrição retroativa, que é um dos mais maléficos institutos peculiares ao direito penal pátrio, sendo uma das principais responsáveis pelo estímulo a táticas protelatórias.

Nesses termos, Fabio Guaragni ensina (2008, p. 126):

Em síntese, a prescrição retroativa pode ser atacada pela via da inconstitucionalidade, por não respeitar os princípios de certeza e utilidade dos prazos que, sendo corolários do princípio do devido processo legal, ex vi do art. 5º, LIV, se aplicam aos prazos prescricionais. [...] Numa palavra: a prescrição retroativa, importando na negação da existência do processo e da sentença penal condenatória, nega a existência de seus próprios pressupostos. É um contrassenso admitir que a sentença valha para, em última análise, implicar a sua própria inexistência e a condenação, uma vez quantificada, sirva por critério para estabelecer que no caso concreto não poderia haver condenação.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Vale observar que a Associação dos Juízes Federais do Brasil e a Associação dos Procuradores da República, ao menos desde 2007, já se manifestam nesse sentido:

Embora se entenda que o tema demandaria uma solução ainda mais abrangente, que implicaria existir apenas dois tipos de prescrição (prescrição da pretensão punitiva calculada pela pena em abstrato e prescrição da pretensão executória calculada pela pena fixada no caso concreto, cujo prazo somente começaria a fluir a partir do trânsito em julgado para ambas as partes), não se pode deixar de reconhecer que a proposta intermediária contida na PL 1.383/2003 configura uma medida de relevo na redução da impunidade.

Não por outra razão, a prescrição retroativa não existe virtualmente em nenhum outro país do mundo. Além da extinção da prescrição retroativa, os prazos prescricionais da pretensão punitiva e da pretensão executória são unificados para passarem a ser guiados pela pena cominada, e não pela pena aplicada, o que em nada prejudica cumprimento individualizado da pena pelo réu e confere uma uniformidade razoável aos prazos prescricionais. De fato, se fazia sentido um prazo prescricional superior até a pena definitiva, o mesmo prazo continua sendo um prazo razoável para ser aguardado antes de se extinguir a pena na hipótese de o réu fugir para evitar a punição.

Poder-se-ia, ainda, pensar na eliminação da própria prescrição da pretensão punitiva pela pena *in concreto*, denominada “superveniente”, incidente entre a sentença de primeiro grau e o trânsito em julgado definitivo da tutela jurisdicional. Há modelos, como o do Código alemão, em que não corre a prescrição após a sentença de 1º grau e até o trânsito em julgado do feito. Porém, por ora, não se faz esta opção; ao contrário, mantém-se a prescrição superveniente.

Altera-se a tábua de prazos da pretensão executória. Em geral, nos diversos Códigos Penais do mundo, os prazos para a prescrição da pretensão punitiva – ou da ação – são menores que os prazos da prescrição da pretensão executória – ou da execução. É que, no primeiro interregno, a pretensão de punir não ganhou, ainda, o reforço da tutela jurisdicional que, ao contrário, a confirma e fortalece, após a emissão de sentença condenatória com trânsito em julgado. Assim, os sistemas mantêm lapsos menores para a prescrição, enquanto o interesse de punir não foi confirmado pelo Estado-Juiz; e prazos maiores, quando esse interesse já restou cancelado, ganhando reforço. Do contrário, tem-se diminuição de prazos



CÂMARA DOS DEPUTADOS

justamente quando o interesse estatal na punição ganhou estofo. Por essa razão, justifica-se a redação, acima sugerida, de acréscimo em 1/3 nos prazos do art. 109 para estabelecer os períodos de prescrição da pretensão punitiva. Segue-se, aqui, o modelo legislativo do Código Penal uruguaio, art. 129.

A mudança no início da prescrição da pretensão executória, mediante alteração do art. 112 do CP, visa adequar a legislação do Código Penal à recente decisão do STF no HC nº 84.078, que entendeu pela impossibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória. Em outras palavras, a pena só pode ser executada após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Por outro lado, não há sentido em fazer correr o prazo da prescrição da pretensão executória enquanto não é possível dar início à execução!

O problema todo é que a atual interpretação do art. 112, I, dominante nos tribunais – no sentido que a prescrição da pretensão executória começa a correr com o trânsito em julgado para a acusação, ainda que ocorra em primeiro grau e haja sucessivos recursos da defesa –, aliada à possibilidade do início de execução da pena apenas após o trânsito em julgado, faz com que corra o prazo da prescrição executória mesmo sem que seja possível executar a pena do réu. Isso tende a inviabilizar as execuções penais de crimes do colarinho-branco no Brasil e gera a prescrição. A única saída para a acusação, nesse quadro, é recorrer mesmo quando concorda com o teor da decisão, para evitar que o trânsito em julgado para a acusação aconteça antes do trânsito em julgado para a defesa. Isso implica, por sua vez, obrigar o Judiciário a apreciar recursos desnecessários sobre situações em geral complexas, de modo antieconômico e contrário à celeridade do Judiciário.

De resto, não há razoabilidade em começar a contar a prescrição da pretensão executória se não há possibilidade de execução de pena. Como coloca Fabio Guaragni (2008, p. 137): “O que importa, aqui, é a **exequibilidade** da sentença, inexistente até que esteja firmada para ambas as partes. Importa a possibilidade de exercer o *jus executionis*, vedada enquanto não opera o trânsito em julgado”.

O acréscimo de uma causa impeditiva da prescrição ao art. 116, por sua vez, tem por objetivo evitar que os recursos especial e extraordinário, que são interpostos perante as cortes mais atarefadas do país, acabem ensejando a



CÂMARA DOS DEPUTADOS

prescrição pelo decurso do tempo, sem que haja inércia da parte. Além disso, a proposta alinha a redação do Código Penal com o que está previsto no Projeto de Lei nº 8.045/2010, que reforma o Código de Processo Penal. De fato, o § 3º do art. 505 do CPP em trâmite determina a suspensão do prazo prescricional desde a interposição de tais recursos até o trânsito em julgado.

O acréscimo da causa impeditiva ao parágrafo único do art. 116 objetiva obstar que a prescrição flua enquanto o condenado está foragido ou evadido, evitando que ele se beneficie da própria torpeza. Preferiu-se utilizar os termos “foragido” e “evadido” de modo alternativo para evitar possíveis discussões a respeito da abrangência da aplicação do dispositivo às situações de fuga mediante transpasse de obstáculos à liberdade (por exemplo, cavando um túnel na cela) e de simples ausência de retorno quando de saída temporária ou nos regimes aberto e semiaberto.

A alteração do inciso I do art. 117 busca alinhar-se com as demais legislações, demarcando a manifestação do interesse estatal na punição com a oferta da denúncia (e não com seu recebimento pelo Poder Judiciário). Quem embandeira a pretensão punitiva é o titular da ação penal, o Ministério Público (art. 129, I, da CR), bem como – nos casos de lei – o ofendido. Se a prescrição, por definição, é o desinteresse estatal na punição pelo decurso do tempo, o avesso disso – o interesse – arreda a prescrição. Gera o que a dogmática assinala como incompatibilidade entre uma ação penal em movimento e a prescrição. Nesta incompatibilidade radica a *ratio* das causas interruptivas.

Já o inciso IV do artigo 117, imbuída do mesmo espírito que animou a recente alteração desse inciso, ensejará a interrupção da prescrição quando de qualquer decisão expedida durante a vigência do processo, alinhando-se quase integralmente, aliás, com o texto do Projeto de Lei nº 236/2012, que propõe um novo Código Penal.

Veja-se que, mesmo com a atual redação do dispositivo legal prevendo expressamente que a prescrição se interrompe pelo acórdão condenatório, grande parte dos tribunais confere uma interpretação *contra legem* ao referido dispositivo, exigindo que o acórdão condenatório seja de reforma da decisão de primeiro grau.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

A adição do inciso VII ao art. 117 tem por propósito harmonizar o tratamento da prescrição com a necessidade de inércia da parte para sua incidência. O instituto da prescrição objetiva conferir segurança jurídica ao réu quando o autor não adota as providências que lhe são cabíveis (*dormientibus non succurrit jus*). Sancionar o autor com a extinção de seu direito quando age de modo diligente, como ocorre hoje, é um contrassenso.

Por fim, o acréscimo do § 2º ao artigo 337-B do Código Penal vem a atender o disposto no artigo 6 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000, que reza: “Artigo 6 – Regime de Prescrição – Qualquer regime de prescrição aplicável ao delito de corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá permitir um período de tempo adequado para a investigação e abertura de processo sobre o delito.”

A garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas foi importada do direito norte-americano, onde nasceu a partir de construção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (SCOTUS). Consiste em um conjunto de regras não escritas na lei, mas reconhecidas pela jurisprudência (no sistema da *Common Law* boa parte das regras jurídicas é construída pela jurisprudência, através dos chamados precedentes).

Assim, a SCOTUS decidiu que as provas obtidas em violação à Quarta Emenda à Constituição dos EUA (que assegura a inviolabilidade do cidadão contra buscas e apreensões sem autorização baseada em causa provável), à Quinta Emenda (que assegura o devido processo legal e o direito à não auto-incriminação) e à Sexta Emenda (que assegura ao acusado um julgamento público, imparcial, com direito de defesa e a conhecer a acusação que pesa contra si e quem o está acusando) são inadmissíveis no processo criminal (*exclusionary rules*).

Releva observar que, no direito norte-americano (onde a regra nasceu e de onde veio importada para o direito brasileiro), as “*exclusionary rules*” aplicam-se tão somente aos **processos criminais** e se destinam a prevenir que os agentes do estado violem direitos constitucionais para obter provas e delas se utilizem contra o suspeito da prática de crime. Em outras palavras, as regras de inadmissibilidade das provas ilícitas, no direito norte-americano, objetivam dissuadir



CÂMARA DOS DEPUTADOS

os policiais de violar direitos constitucionais e, ao mesmo tempo, fornecem remédios aos réus ou investigados que tiveram seus direitos violados.

Nos Estados Unidos, as *exclusionary rules* não são, elas próprias, um direito constitucional, isto é, não estão previstas nem na Constituição americana, nem em qualquer uma de suas emendas. São elas, como já dito, criações jurisprudenciais, baseadas em precedentes, que se destinam a proteger os direitos constitucionais de investigados e réus.

A sua importação para o Brasil, onde vigora o sistema da *Civil Law*, deu-se mediante positivação da regra no texto constitucional, de modo que a inadmissibilidade das provas ilícitas é, por si só, uma garantia constitucional que, ademais, diferentemente dos Estados Unidos, se aplica tanto ao processo criminal, quanto ao processo não criminal. A inadmissibilidade das provas ilícitas, por aqui, é irrestrita.

Quando da importação para o Brasil, mais precisamente em relação à conceituação do que seja prova ilícita e quais seriam as hipóteses excludentes de ilicitude, o legislador brasileiro, inexplicavelmente, se divorciou das origens e se distanciou dos objetivos que levaram à criação das “*exclusionary rules*” e criou um sistema de regras próprio, que, além de disfuncional, possui caráter extremamente subjetivo, que traduz em insegurança jurídica, conduz a decisões seletivas, transforma o processo em uma autêntica loteria e resulta em impunidade.

Daí as mudanças ora sugeridas.

A primeira delas na própria conceituação do que seja prova ilícita. A lei em vigor conceitua provas ilícitas como sendo “*as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”.

O conceito é por demais amplo e permite a anulação de provas (o sepultamento de grandes operações policiais de combate ao crime ou de complexas ações penais em fases avançadas ou até mesmo já julgadas) por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que isso não implique violação de direito ou garantia do investigado.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Mas não é só. A amplitude do conceito em vigor leva a interpretações subjetivas, que por sua vez conduzem a decisões seletivas, conforme denunciado na tese de mestrado de Diogo Castor de Mattos, intitulada *A seletividade penal na utilização abusiva do “habeas corpus” dos crimes do colarinho-branco*.

O referido pesquisador, após analisar decisões do STJ e comparando julgamentos de crimes do colarinho-branco com julgamentos de outros crimes, cujos réus não eram políticos nem empresários abastados, mas assistidos da Defensoria Pública, acusados de latrocínio, tráfico de drogas e lesão corporal, constatou que os argumentos usados pelos Ministros do STJ para anularem as ações penais em casos de crimes graves praticados por ricos ou poderosos não acudiram acusados menos endinheirados.

Contudo, como se viu, as *exclusionary rules* foram criadas para proteger os direitos constitucionais dos investigado ou do réu e não para tutelar formalidades, muito menos para adicionar variáveis aleatórias, próprias das loterias e dos jogos de azar, ao processo criminal. Assim, sugere-se que sejam consideradas ilícitas as provas obtidas com violação **aos direitos ou garantias** legais ou constitucionais.

Mas não é só. Considerada a finalidade dissuasória das *exclusionary rules*, a praticidade e a objetividade própria da jurisprudência americana identificou e reconheceu várias exceções à regra da inadmissibilidade, que se constituem verdadeiras “excludentes de ilicitude da prova”. De fato, sempre que a regra de exclusão não tiver o condão de dissuadir os agentes do estado ou moldar a sua conduta com vistas ao respeito aos direitos e garantias do investigado ou réu, ela não deve ser utilizada.

A importação para o Brasil das regras de exclusão das provas ilícitas veio acompanhada de duas causas excludentes de ilicitude reconhecidas pela jurisprudência da SCOTUS, ou seja, circunstâncias que, acaso presentes, permitem a utilização da prova. São elas:

a) a não evidência de nexo de causalidade com as provas ilícitas (*independent source doctrine*) e



CÂMARA DOS DEPUTADOS

b) quando as provas 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 (*inevitable discovery*).

Contudo, há diversas outras causas excludentes de ilicitude da prova, já admitidas pela SCOTUS, que ainda não foram positivadas no direito brasileiro, e que o projeto pretende corrigir. São elas:

1) A exceção de boa-fé (*good faith exception*): em *Arizona vs. Evans*, 514 U.S.1 (1995), *Davis vs. U.S.* 131 S.Ct. 2419 (2011) e *Herring vs. U.S.*, 555 U.S. 135 (2009), a SCOTUS decidiu que não se deve excluir a prova quando o policial a tiver obtido 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, como, por exemplo, quando o mandado contiver dados incorretos ou vier a ser posteriormente anulado.

Entendeu-se que, nessas circunstâncias, a exclusão da prova não produziria o efeito dissuasório desejado, de evitar que os policiais, no futuro, voltassem a violar direitos constitucionais dos investigados.

2) Causa remota, atenuada ou descontaminada (*attenuation doctrine*), quando houver decorrido muito tempo entre a violação da garantia e a obtenção da prova, tornando remota a relação de dependência ou consequência, ou quando fato posterior a houver descontaminado ou atenuado essa relação, como, por exemplo, quando o investigado resolver se tornar colaborador.

3) Contraprova (*evidence admissible for impeachment*): Quando a prova for utilizada pela acusação para 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.

Além das excludentes de ilicitude consagradas pelo direito norte-americano, outras causas devem igualmente ser incluídas, tendo em vista a relevância de seus objetivos ou o fato de estarem sob o pálio de circunstância protegida pela lei penal. São elas:



CÂMARA DOS DEPUTADOS

I – Destinadas a provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena (o sacrifício de direito ou garantia individual é justificado pelo objetivo maior, que é o de evitar que um inocente seja condenado ou fique mais tempo preso do que o devido).

II – Obtidas por quem, no exercício de suas atividades regulares, toma conhecimento do crime e o leva ao conhecimento das autoridades (*whistleblower*).

III – Obtidas por quem se encontre amparado por uma das causas que a lei penal classifique como excludente de ilicitude, tais como, a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal.

2) Ampliação das preclusões de alegações de nulidades.

Não se pode tolerar que as partes dolosamente deixem de alegar nulidades, guardando trunfos na manga para, anos, às vezes décadas, depois, alegar os vícios em grau recursal e obter anulações, não raro visando à prescrição dos delitos imputados. Se há nulidade, a parte deve alegá-la na primeira oportunidade que tem para se manifestar, e o juiz deve decidi-la dentro de marcos próprios da evolução do processo.

3) Nas omissões em alegar nulidades, a superação de preclusões deve ser condicionada à interrupção da prescrição a partir do momento em que a parte deveria ter alegado o defeito.

A omissão em alegar deve gerar preclusão. Apesar da sua omissão, e a fim de valorizar a ampla defesa, a parte poderá postular do juízo a superação da preclusão, com a consequente anulação e repetição do ato. Todavia, o retrocesso a fases anteriores do procedimento, por ter sido culposamente causado pela parte, não pode levar à prescrição se a parte sabia ou deveria saber do defeito. Assim, impende haver interrupção da prescrição a contar da data em que a parte deveria ter alegado o defeito.

4) O aproveitamento máximo dos atos processuais praticados deve ser um dever do juiz e das partes. A pronúncia de nulidade deve exigir fundamentação específica e concreta.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

A doutrina praticamente unânime já afirma que a invalidação deve ser medida excepcional, e que todos os atos processuais devem ser, de regra, aproveitados. Haverá casos, contudo, em que um defeito formal pode gerar um prejuízo irreparável, não sanável, ao exercício do direito de defesa (como afirma a lei) e, acrescentamos, também ao contraditório, quando então pode ser justificada a invalidação. Essa alegação e demonstração deve ser feita em concreto pelo requerente, exigindo-se, também, do juízo fundamentação específica para que se invalide o ato considerado viciado.

5) Impossibilidade de presunção de prejuízo, exigindo-se que as partes demonstrem especificamente, à luz de circunstâncias concretas, o impacto que o defeito dos atos processuais tenha gerado ao exercício dos seus direitos constitucionais.

É muito comum ver nas fundamentações de invalidação afirmações de que, naquele caso, o “prejuízo se presume”. A lógica do processo contemporâneo é de aproveitamento dos atos e que as nulidades sejam sempre excepcionais. Portanto, a invalidação não pode ser tendencial ou presumida. Para invalidar um ato deve-se exigir alegação e demonstração concreta.

Observe-se, aí, que o antigo rol de atos que ensejariam nulidade, do art. 564, foi suprimido.

O formato do Código de Processo Penal, de fato, previa uma lista de vícios de atos processuais que poderiam levar à sua invalidação. Ora, essa opção metodológica, além de medieval, porque guarda raízes no processo romano formular, é desastrosa, porque o legislador não pode prever todos os defeitos que a riqueza das circunstâncias fáticas pode apresentar em juízo. Melhor adotar a opção do Código de Processo Civil e da maior parte das legislações no mundo, de adotar uma cláusula geral sobre as formas e aproveitamento dos atos processuais.

A proposta do art. 573 está em consonância com a moderna orientação de uma das principais fontes, se não a principal, de nossa teoria moderna de nulidades.

Além disso, a alteração ora proposta coloca em perspectiva a decretação da nulidade, frisando que ela não pode ser um fim que serve a si próprio,



CÂMARA DOS DEPUTADOS

mas um meio para atingir uma finalidade maior. Mais ainda, essa finalidade atingida pela nulidade deve ser mais importante do que a finalidade atingida pelo aproveitamento da prova.

A contínua evolução da legislação brasileira relativa ao combate à corrupção administrativa, como dá exemplo a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, demonstra a necessidade de trazer, também para o ambiente eleitoral, inovações. É um ambiente no qual, diante da relação de proximidade – em si mesma, neutra – entre partidos políticos e a administração pública e dos altos custos das campanhas eleitorais, situações de ilicitude podem ser propiciadas. O objetivo da proposição é estender às agremiações partidárias exigências feitas hodiernamente para quaisquer pessoas jurídicas. Secundariamente, pretende evitar que, por lacuna legal, ilícitos praticados noutras áreas e com finalidades diversas sejam, como estratégia de exclusão ou minoração das sanções, atribuídas às disputas eletivas. Assim, se a referida lei trouxe a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos contra a administração pública, é conveniente que também os partidos políticos, que manejam recursos públicos e privados, se insiram no campo da responsabilização. Dessa forma, os arts. 49-A, 49-B e 49-C, propostos para a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei nº 9.096/1995, trazem o cerne da Lei 12.846/2013. Normas relativas a procedimentos, bem como a sanções, tiveram previsão autônoma, considerada a natureza peculiar dos partidos políticos. É por esta razão que não se propõe a pura e simples aplicação daquela lei aos partidos e se afastam medidas como os acordos de leniência ou regras sobre processo que não dizem respeito às realidades da Justiça Eleitoral e do Ministério Público Eleitoral.

O art. 49-A proposto prevê a responsabilidade dos partidos políticos pelos atos ilícitos descritos no art. 5º da Lei 12.846/2013 e, também, por condutas de “Caixa 2”, “lavagem de capitais” e utilização de doações de fontes vedadas. Ele traz um roteiro para a aplicação das sanções, limitadas, a princípio, à esfera partidária responsável pela prática dos atos irregulares. O art. 49-B descreve a extensão e o modo de cálculo das sanções propostas, e o art. 49-C, a legitimação e o rito processual das ações a serem levadas à Justiça Eleitoral.

Propõe-se, também, a alteração da Lei das Eleições, Lei nº 9.504/1997, para tipificar, como crime, a conduta do “Caixa 2” – art. 32-A – e a variante eleitoral da Lavagem de Dinheiro, art. 32-B. São situações que apresentam



CÂMARA DOS DEPUTADOS

“dignidade penal”, em razão de sua grande repercussão nas disputas eleitorais, que podem ser por essa prática desequilibradas. Além disso, há insuficiência das sanções extrapenais, como a rejeição das contas de candidatos ou partidos e mesmo a cassação do diploma que, por definição, só alcança candidatos eleitos. A quantidade de pena prevista para a conduta eleitoral de “lavagem” corresponde às penas da Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, especialmente para evitar que ilícitos de idêntica gravosidade recebam sanção distinta.

Por fim, faz-se a proposição de inclusão de um parágrafo único no artigo 105-A da lei referida, para regulamentar o procedimento preparatório de alçada do Ministério Público Eleitoral, hoje previsto apenas em normativa infralegal.

A proposta visa incluir a possibilidade de decretação da prisão preventiva para permitir a identificação e a localização do produto do crime ou seu equivalente e assegurar sua devolução. Prestigiam-se e até mesmo ampliam-se, assim, os ideais da Justiça Restaurativa, que tem como um dos objetivos a reparação dos danos causados pelo crime.

A medida busca, ainda, dificultar ao investigado ou acusado a ocultação do produto do crime. Também impede que o produto do crime seja utilizado para buscar a impunidade do infrator, seja dando-lhe meios de fuga, seja custeando sua defesa criminal. Como bônus, a medida permite ainda estrangular a capacidade financeira de origem ilícita do criminoso (ou seu equivalente) e impedir que usufrua os lucros do crime.

A medida preventiva não será cabível, evidentemente, se restar evidenciado que o acusado já dissipou integralmente os ativos ilícitos e seu equivalente.

Não se trata de impor algum tipo de prisão por dívida, ainda que por meios transversos. A ocultação de dinheiro desviado é, em geral, um ato de lavagem de dinheiro praticado de modo permanente. A prisão acautela a sociedade contra a continuidade e reiteração na prática de crimes que, segundo as circunstâncias evidenciam, estão se repetindo e protraindo no tempo. Trata-se de uma proteção da ordem pública contra novos ilícitos.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Ressalte-se que a prisão preventiva, na hipótese ora aventada, continua a ser medida excepcional, como deve ser, cabível apenas quando as medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas. Com isso, evita-se a sua banalização e preserva-se seu caráter de recurso excepcional, um remédio amargo, aqui, para evitar a sangria dos recursos ilícitos em proveito do criminoso e prejuízo da sociedade.

As alterações feitas no *caput* são nada mais do que hermenêutica autêntica da lei, a qual objetiva explicitar a interpretação que já vem recebendo. As disposições previstas nos parágrafos são essenciais para conferir maior efetividade às quebras de sigilo bancário e rastreamento de recursos, em razão de diversos problemas no atendimento de ordens judiciais por instituições financeiras.

Muito embora já se tenha avançado significativamente com o desenvolvimento de um canal eletrônico de comunicação com Instituições Financeiras, para recebimento de dados bancários padronizados, o Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias (SIMBA), já instalado em diversas instituições, verifica-se que vários bancos, na maior parte dos casos, são recalcitrantes na prestação de informações completas.

O caso Lava Jato é expressão desse problema. Empresas utilizadas para fins criminosos, como a Empreiteira Rigidez, a MO Consultoria, a GFD Investimentos, a RCI e outras pessoas físicas e jurídicas, tiveram seu sigilo bancário afastado nos autos do Processo 5027775-48.2013.404.7000. A decisão foi encaminhada ao Banco Central, e posteriormente encaminhada aos bancos, em 30 de junho de 2014, com prazo de 30 dias para cumprimento da ordem judicial.

A título de exemplo, em 20 de agosto de 2014, daquelas quebras determinadas em 30 de junho, ainda estavam pendentes 135 contas, sendo 19 da CEF, 93 do Bradesco, 6 do HSBC, 5 do Banco Sofisa, 4 do Pine e 8 do Santander. Após novo requerimento do Ministério Público Federal, a Justiça Federal reiterou a ordem aos bancos em 10 de setembro de 2014. Somente no final de outubro foram recebidas pelo MPF as informações das últimas contas pendentes, aproximadamente quatro meses após as quebras, em caso de repercussão envolvendo réus presos e crimes extremamente graves. Mesmo assim, em muitas das operações bancárias informadas, os bancos não identificaram o beneficiário ou a



CÂMARA DOS DEPUTADOS

origem dos recursos. A falta de identificação de origem e destino impede o rastreamento dos recursos, isto é, mesmo 4 meses depois da ordem judicial, informações bancárias indispensáveis não foram prestadas pelas instituições financeiras.

Não é possível esperar quatro meses para poder rastrear recursos quando criminosos os movem com a rapidez de um “clique” de computador. O problema atual é sério que se busca solucionar é o fato de que, sem um rastreamento célere, não é possível alcançar e apreender recursos desviados, nem investigar adequadamente crimes graves. A medida proposta objetiva criar um mecanismo de efetivo incentivo para que as instituições financeiras cumpram seu papel de contribuir com o funcionamento de mecanismos de combate à lavagem de dinheiro.

Em outra quebra de sigilo bancário da Operação Lava Jato, os bancos foram comunicados da ordem judicial em 28 de agosto de 2014, com prazo de 30 dias, para cumprimento da decisão judicial, mas até 15 de novembro de 2014 não tinham cumprido integralmente a ordem.

Além disso tudo, muitas vezes é difícil conseguir contato, ainda mais pessoal, com as pessoas dos bancos que são responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, a fim de garantir um resultado efetivo e em prazo adequado.

O dispositivo introduz o confisco alargado na legislação brasileira, cumprindo diretrizes de tratados dos quais o Brasil é signatário e adequando o sistema jurídico pátrio a recomendações de fóruns internacionais voltados a coibir o crime organizado.

O dispositivo proposto também harmoniza a legislação brasileira com sistemas jurídicos de outros países que já preveem medidas similares e com os quais o Brasil mantém relações e acordos de cooperação, permitindo a reciprocidade e o combate a crimes graves de efeitos transnacionais.

O confisco alargado visa a instituir de maneira mais efetiva a ideia clássica de que “o crime não compensa”, ou, mais precisamente, não deve compensar. Em crimes graves que geram benefícios econômicos ilícitos, incumbe ao Estado, tanto quanto a punição dos responsáveis, evitar o proveito econômico da



CÂMARA DOS DEPUTADOS

infração e a utilização do patrimônio decorrente da atividade criminosa em outros delitos. Mas a persecução criminal do Estado não é, não pode e até mesmo não deve ser exaustiva. Nem todas as infrações podem ser investigadas e punidas, inclusive por força das garantias constitucionais e legais dos cidadãos.

O confisco clássico e o confisco por equivalente, previstos hoje na legislação penal brasileira (art. 91 do Código Penal), alcançam, além dos instrumentos do crime que sejam em si ilícitos (art. 91, “a”, do Código Penal), apenas os bens ou valores correspondentes que sejam produto ou proveito da específica infração objeto da condenação criminal. Mas, conforme já se anotou, há situações em que não é possível identificar ou comprovar, nos termos exigidos para uma condenação criminal, a prática de crimes graves que geram benefícios econômicos, embora as circunstâncias demonstrem a origem ilícita do patrimônio controlado por determinadas pessoas.

Nesses casos, sem a possibilidade de se promover a responsabilidade criminal, o confisco clássico e o confisco por equivalente não são capazes de evitar o proveito ilícito e a utilização desse patrimônio de origem injustificada em novas atividades criminosas. O instituto ora proposto visa, assim, a criar meio de retirar o patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa que não possa ser completamente apurada.

O confisco alargado ora proposto, na esteira da legislação de outros países, tem como pressuposto uma prévia condenação por crimes graves, listados no dispositivo, que geram presunção razoável do recebimento anterior de benefícios econômicos por meios ilícitos.

Estabelece, nesses casos, um ônus probatório para a acusação acerca da diferença entre o patrimônio que esteja em nome do condenado, ou que seja por ele controlado de fato, e os seus rendimentos lícitos, ressaltando também a possibilidade de JUSTIFICATIVA por outras fontes legítimas que não decorram diretamente desses rendimentos. É garantida ao condenado oportunidade de demonstrar a legalidade do seu patrimônio, bem como aos terceiros indevidamente afetados pela decretação da perda ou pela constrição cautelar de bens.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Como se trata de medida que atinge apenas o patrimônio de origem injustificada, sem imputar ao afetado nenhum dos efeitos inerentes a uma condenação criminal pelos fatos que ensejaram a posse desses bens, o confisco alargado se harmoniza com o princípio da presunção de inocência, conforme tem sido reconhecido em outros países e em organismos e fóruns internacionais.

Compatibilizando o instituto proposto com a legislação processual penal atual, e na esteira do que estabelece o Código Penal a respeito do confisco por equivalente recentemente instituído (§ 2º do art. 91, incluído pela Lei nº 12.684/2012), a proposta ressalta a aplicação das medidas cautelares reais penais para a garantia do confisco alargado. Também prevê expressamente a possibilidade de alienação antecipada de coisas sujeitas a deterioração ou depreciação, evitando que o tempo necessário para a decisão acerca do confisco resulte em perdas econômicas ou em prejuízos para o acusado ou terceiro de boa-fé.

Considerando tratar-se de um dos efeitos da condenação criminal, o projeto prevê que o cumprimento da sentença que decretar o confisco alargado, após o trânsito em julgado, será processado, no prazo de até dois anos, no juízo criminal que proferiu a decisão. Nessa fase, o Ministério Público, com base no título jurídico judicial, deverá alegar e comprovar o patrimônio do condenado que não é compatível com os seus rendimentos lícitos e que também não tem outra origem lícita conhecida, segundo as informações públicas disponíveis. Remete-se o procedimento à legislação processual civil – permitindo a aplicação das normas de liquidação por artigos e de cumprimento de sentença do Código de Processo Civil.

A proposta, portanto, visa a atualizar e compatibilizar a legislação brasileira com o que vige no cenário internacional, conferindo ao Estado um instrumento de combate aos ganhos ilícitos decorrentes do crime em harmonia com os primados do Estado Democrático de Direito, fazendo valer a máxima de que o crime não deve compensar.

O projeto de lei disciplina a perda civil de bens adquiridos com a prática de ilícito (ação de extinção de domínio) foi exaustivamente estudada e discutida durante metas e ações da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Ativos (ENCCLA) em 2005, 2010 e 2011. O fruto do debate foi a



CÂMARA DOS DEPUTADOS

unanimidade dos diversos órgãos que compõem aquele foro em torno do projeto acima, o qual é o resultado final da ação 16 da ENCCLA, referente ao ano de 2011.

A única diferença entre o projeto da ENCCLA e o ora apresentado consiste em correção de erro material na menção, pelo artigo 32 do projeto, ao artigo do Código Penal que corresponde ao crime de inserção de dados falsos em sistemas de informações, bem como na inserção do crime de enriquecimento ilícito, cuja tipificação é proposta em projeto de lei oferecido em apartado.

São reproduzidas abaixo as justificativas apresentadas como produto das discussões desenvolvidas durante os trabalhos da ação 16 da ENCCLA:

A extinção civil do domínio, ou perda civil de bens, no direito estrangeiro, é conceituada como a privação do direito de propriedade sem qualquer compensação a seu titular, em razão de aquela ter sido usada de maneira contrária às determinações legais do ente soberano. Num contexto mundial de busca ao intensivo combate à prática de lavagem de dinheiro, os organismos internacionais recomendam a implementação, por parte das nações, de legislação que autorize a extinção civil de domínio *in rem* ou perda civil de bens.

No Brasil, o fundamento constitucional que autoriza a expropriação sem indenização da propriedade ou posse, em razão do descumprimento de sua função social, encontra lastro no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, que reza: “a propriedade atenderá a sua função social”.

A natureza jurídica do instituto conforma-se com uma compensação, uma reparação devida pelo proprietário ao Estado, em razão de ter aquele usado ou permitido que se usasse o bem objeto de perdimento contrariamente ao que estabelece o ordenamento jurídico que, em última instância, autoriza, legitima e protege o próprio exercício do direito à propriedade.

A perda civil da propriedade apresenta dupla finalidade: diminuir a capacidade de ação das organizações criminosas pela retirada de seus meios materiais de atuação e ampliar a capacidade material de combate aos males gerados por essa mesma atuação por via de transferência dos produtos da ação civil de perdimento *in rem* à pessoa jurídica de direito público afetada pelas práticas ilícitas.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Uma vez explicitada a natureza jurídica do instituto, passa o texto do projeto de lei a tratar das hipóteses em que a perda civil pode ser declarada, as quais correspondem às teorias reconhecidas pela doutrina internacional a embasar o perdimento. O substrato dos casos que autorizam a perda civil consiste na vinculação, de qualquer forma, do bem, direito ou valor com atividades ilícitas.

Entretanto, tais atividades se restringem àquelas enumeradas no § 1º do artigo 27, por serem consideradas de alta gravidade e reprovabilidade no meio social, estando intrinsecamente relacionadas às práticas de organizações criminosas.

Quando as atividades ilícitas tenham sido praticadas no estrangeiro, caberá a perda civil dos bens, direitos ou valores situados no Brasil, nos termos do artigo 28.

Ainda com escopo de reduzir a margem de ação de tais organizações criminosas, no § 2º do artigo 27, abre-se a possibilidade de perda civil de bens transmitidos a terceiros por meio de herança, legado ou doação, tudo de forma a não permitir aos perpetradores do ilícito escamotear seus proveitos via transmissão de seu direito.

De outro lado, preocupa-se o texto do projeto de lei em garantir os direitos do lesado e do terceiro de boa-fé, em consonância com as disposições do Código Civil que guindou a boa-fé ao *status* de regra de interpretação (artigo 113) e princípio geral com relação aos contratos (artigo 422).

O projeto prevê que os legitimados – Ministério Público, União, Estados e Distrito Federal – poderão instaurar procedimento preparatório ao ajuizamento da ação de declaração da perda civil da propriedade ou posse em razão do descumprimento da sua função social.

O contraditório e a ampla defesa estão e permanecem garantidos no projeto de lei, o qual adota para a ação de perda civil de bens o rito da ação civil pública, instituída pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e, subsidiariamente, a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

O trâmite da ação de perda civil de bens independe de eventuais processos civis ou penais que incidem sobre os mesmos fatos, eis que tais processos buscam a responsabilização pessoal por atos ilícitos. Por óbvio, a independência de instâncias não se aplica quando houver sentença penal absolutória que taxativamente reconheça a inexistência do fato ou não ter sido o agente, quando proprietário do bem, o seu autor.

A perda civil da propriedade ou posse abrange também situações em que a persecução penal ou civil não se faz possível, por ausência ou desconhecimento do responsável, ou ainda por falta de definição precisa da responsabilidade civil ou penal, o que não impede, contudo, que provas suficientes existam da origem ilícita dos bens e direitos.

A proposição fixa como legitimados passivos para a ação de perda civil de propriedade ou posse os titulares ou possuidores dos bens adquiridos, originários ou envolvidos com atividades ilícitas. Trata-se, portanto, de ação *propter rem*.

Está estabelecido ainda que a ação poderá ser intentada contra réu incerto, se desconhecido proprietário ou possuidor, caso em que serão citados por edital os interessados, com descrição dos bens, e nomeado pelo juiz curador para defender e proteger os interesses dos réus não conhecidos.

A qualquer tempo em que surja o titular ou possuidor, poderá ingressar no feito, recebendo-o na fase e estado em que se encontra, de forma também coerente com a legislação civilista.

Se define como competente, primariamente, o foro do local do fato ilícito ou dano, porquanto recomendável que o processo tramite no juízo que detenha jurisdição no território em que ocorrido o originário ilícito ou dano, mais próximo que está da prova a ser analisada e dos fatos.

Não sendo conhecido, eventualmente, o local do ilícito, poderão ser eleitos, alternativamente, o foro de situação dos bens ou aquele de domicílio do réu, ambas as alternativas igualmente justificáveis e coerentes com a legislação civil.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Em nosso projeto o poder de cautela do juiz pode ser utilizado, a qualquer tempo, para concessão de quaisquer medidas de urgência que se mostrem necessárias para garantir a eficácia do provimento final.

Se fixa o prazo de 60 (sessenta) dias – prorrogável por igual período, desde que fundamentadamente justificado ao juiz da causa – para vigência de medidas preparatórias. Este rigor garante os direitos individuais, ao tempo em que exigirá do Estado cautela e disciplina extremadas na iniciativa e no próprio pedido de medidas cautelares quaisquer.

Realizada a apreensão do bem, o processo judicial passará a ter prioridade na tramitação, devendo o juiz deliberar, de imediato, sobre sua alienação antecipada ou sobre nomeação de administrador.

Tais linhas de conduta visam garantir a tramitação célere, a eficácia da medida final e a garantia dos réus, pois proporcionam a manutenção do valor real do bem, desde sua constrição.

O projeto de lei prevê que a alienação antecipada será realizada por meio de leilão, não sendo admitido preço vil, ficando o depósito dos valores em contas remuneradas vinculadas ao juízo.

Julgado procedente o processo, determinará o juiz as medidas necessárias para transferência definitiva dos bens, direitos e valores discutidos.

Ao mesmo tempo, dispõe que a sentença pela improcedência por eventual insuficiência de provas não faz coisa julgada material, podendo qualquer dos legitimados propor nova ação com o mesmo objetivo, desde que lastreada em nova prova.

O projeto, nesse ponto, denota o interesse público subjacente à perda civil da propriedade ou posse, de modo que se optou por dispensar os legitimados do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais, honorários sucumbenciais e demais despesas, salvo comprovada má-fé do autor.

Também no mesmo espírito se determinou a preferência de realizar perícias por meio de peritos integrantes do quadro da Administração Pública.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Excepcionalmente, as perícias serão realizadas por profissionais estranhos à Administração Pública, caso em que as despesas periciais serão adiantadas pelos entes públicos, já que serão estes, em caso de procedência do pedido, os beneficiários ao final do processo. Tais despesas serão pagas pelo réu sucumbente.

O projeto introduz salutar regra de recompensa ao terceiro desvinculado de qualquer delito correlato que contribua de modo eficaz, preste informações que levem a obtenção de provas que possam instruir a ação declaratória de perda civil ou a localização de bens. Com isso, fará jus a até cinco por cento do produto da liquidação dos bens objeto da perda civil.

Por fim, o projeto de lei vai ao encontro da postura institucional da República Federativa do Brasil, que sempre se posicionou, na arena internacional, pela repressão aos crimes praticados por organizações criminosas e pela adoção do consenso fruto das negociações multilaterais.

A presente iniciativa legislativa possui a finalidade primordial de agilizar a tramitação das ações de improbidade administrativa e das ações criminais, com o estabelecimento de rotinas de *accountability* e eficiência em relação aos processos judiciais respectivos.

Busca-se, com isso, estimular a racionalidade do sistema judicial, permitindo que caminhe em direção ao cumprimento de seu escopo, bem como se almeja reforçar a responsabilidade proativa daqueles que melhor conhecem o sistema e seus percalços – os julgadores e membros do Ministério Público –, na busca das soluções mais adequadas. Cria-se, assim, um mecanismo automático de busca de soluções a partir do diagnóstico da situação.

O fato é que a morosidade na tramitação das ações de improbidade administrativa e das ações criminais é tão nefasta a ponto de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle externo do Poder Judiciário, estabelecer meta para as Justiças Estadual, Federal e Militar, e para o Superior Tribunal de Justiça, a fim de “identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública distribuídas até 31/12/2011” (Meta 18, de 2013).



CÂMARA DOS DEPUTADOS

No entanto, as metas estabelecidas pelo CNJ ficaram longe de alcançar o efeito desejado.

Mesmo com os esforços concentrados realizados por juízes país afora, o Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2009-2013 revelou que *nenhum Tribunal do país logrou alcançar a meta*.

De acordo com as informações prestadas pelos Tribunais, até 31 de dezembro de 2011 havia no Poder Judiciário um estoque de 43.773 ações de improbidade distribuídas e não julgadas.

Mesmo com os esforços impostos pela Meta 18, de tais ações somente 10.643 foram julgadas no ano de 2012, e apenas outras 9.864 no ano de 2013.

Vê-se, portanto, que o problema da morosidade na tramitação dessas ações não será resolvido apenas com esforços concentrados e priorização de julgamentos. Para tanto, é necessário identificar os fatores que realmente influenciam na dificuldade de tramitação desses processos, e criar meios para destravá-los.

Nesse sentido, uma das possíveis soluções é a detecção dos problemas e das particularidades que envolvem julgamentos relativos à Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, à Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e aos crimes, por meio do estabelecimento de normas de *accountability*.

O que se pretende, portanto, é o estabelecimento de uma opção legislativa para, ao final, priorizar as ações que dizem respeito a atos de corrupção, por meio do efetivo conhecimento a respeito de como elas se desenvolvem.

É certo que as causas da morosidade na tramitação das ações de improbidade administrativa e das ações criminais, seguramente, não se resumem a esse aspecto procedimental.

Não se ignora que uma série de fatores políticos e sociológicos também possuem relevante papel na lentidão dessas ações, uma vez que comumente essas causas interferem em poderosos interesses econômicos e políticos e dizem respeito a réus que detêm influência social e meios financeiros para dificultar o andamento do processo judicial.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

No entanto, a existência de outros fatores não é justificativa para que não se resolvam os problemas decorrentes de incongruências procedimentais e estruturais; pelo contrário, deve-se implementar, ao máximo, os meios necessários para que o processo assegure a viabilização do interesse social na responsabilização dos autores de atos ímprobos, bem como o direito constitucional da sociedade de se valer de procedimento judicial célere para tanto.

Trata-se de iniciativa legislativa que almeja criar novo mecanismo voltado à defesa da moralidade pública.

Assim é que se pretende inovar o ordenamento jurídico para instituir o teste de integridade aos agentes públicos, de modo que sejam prevenidos atos de corrupção e comportamentos inadequados no serviço público e, particularmente, nos corpos policiais, tal como já realizado em grande extensão em outros países, a exemplo dos Estados Unidos da América, da Austrália, do Reino Unido, além da região administrativa especial de Hong Kong.

O objetivo central do teste de integridade é criar, preventivamente, a percepção de que todo o trabalho do agente público está sujeito a escrutínio e, a qualquer momento, a atividade pode estar sendo objeto de análise, inclusive sob o ponto de vista de honestidade. A realização do teste não parte da premissa da desconfiança sobre os servidores em geral, mas sim da noção de que todo agente público tem um dever de transparência e *accountability*, sendo natural o exame de sua atividade.

Prestigia-se, sob outra vertente, o Princípio Republicano, a partir do qual todos os agentes públicos devem prestar contas de sua atuação, e a Administração Pública deve velar pela correta e proba condução da coisa pública.

O teste de integridade dirigido é aplicado, então, no agente público em relação ao qual já houve algum tipo de notícia desairosa ou suspeita de prática ímproba, ao passo que os testes de integridade aleatórios refletem o princípio de que a atividade de qualquer agente público está sujeita, a qualquer tempo, a escrutínio.

O teste de integridade objetiva desencadear medidas proativas da Administração Pública para combater e prevenir a corrupção em situações



CÂMARA DOS DEPUTADOS

enfrentadas corriqueiramente pelo agente público. Exemplo disso é o oferecimento de um valor módico, a título de propina, por um agente de corregedoria que, fingindo ser um cidadão comum, comete uma infração de trânsito e é parado por policial para ser multado. Há registro de resultados positivos em diversos locais nos quais esse tipo de teste foi e é utilizado, sendo recomendado até mesmo pela ONU e pela Transparência Internacional em relação às polícias. Além disso, esses dois organismos internacionais apontam que o conceito dos testes de integridade *não precisa ser confinado às atividades policiais*, daí que é possível aplicá-los em outros setores da Administração Pública.

Já na década de 70 do século XX, ao simular situações reais na cidade norte-americana de Miami, a *ABC News* providenciou a entrega de 31 carteiras contendo dinheiro e identidade para 31 policiais, 9 dos quais subtraíram o dinheiro e foram penalizados.

Trinta anos depois, em Los Angeles e em Nova York, cidades nas quais as polícias aplicam, sistematicamente, testes de integridade nos policiais, a mesma rede de televisão distribuiu 20 carteiras para os policiais de cada cidade. Todas as carteiras foram devolvidas aos proprietários “sem nenhum centavo faltando”, a demonstrar que a criação de um ambiente de transparência e escrutínio, no qual o agente público pode ser testado a qualquer momento, tende a modificar o comportamento e a cultura de corrupção. Destaque-se também, no exemplo, que, se a própria imprensa pode aplicar, de modo lícito, testes de integridade, tanto mais pode fazê-lo a Administração Pública.

No caso do teste de integridade, embora pudesse haver alguma discussão jurídica quanto à viabilidade de processamento criminal (e não cível ou administrativo) da situação, em razão da tese do flagrante preparado, há posições doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis à legitimidade da persecução criminal de condutas apuradas por meio de tais testes, desde que sua aplicação seja cercada de alguns cuidados.

De todo modo, independentemente de tal discussão na seara criminal, há precedente do Supremo Tribunal Federal rejeitando a tese do flagrante preparado no tocante à aplicação de sanção administrativa. Para proteger o servidor



CÂMARA DOS DEPUTADOS

público, ressalte-se, é vedada pelo projeto a realização de testes que representem uma tentação desmedida, a qual poderia levar uma pessoa honesta a se corromper.

Com o mesmo objetivo, deverá ocorrer a comunicação prévia ao Ministério Público, informando-se a abrangência e os critérios de seleção usados, para aquela Instituição efetuar recomendações em 15 dias, se assim entender cabíveis. Além disso, para garantia do examinado, o teste deve ser sujeito à gravação audiovisual sempre que for possível.

Essa iniciativa legislativa também almeja criar novo mecanismo voltado à defesa da moralidade pública e da probidade administrativa, qual seja, regular o sigilo da fonte da informação que deu causa à investigação relacionada à prática de atos de corrupção.

De fato, pretende-se introduzir a figura do informante confidencial, distinguindo-o do informante *anônimo*, cuja identidade se desconhece.

É que a identidade do informante confidencial será conhecida, mas não revelada por importante razão de interesse público. O objetivo central da regra é criar um ambiente no qual os cidadãos que têm conhecimento de atos corruptos noticiem a prática ilícita, mesmo quando temem algum risco à sua integridade física ou à de alguém próximo, o que é bastante comum.

Cuida-se de significativo avanço para que se ultrapasse a primeira barreira que impede a descoberta (e consequente punição) de atos corruptos: a dificuldade dos órgãos de persecução de receberem notícias sobre a existência dos fatos corruptos.

Na experiência da região administrativa especial de Hong Kong, a propósito, o *slogan* central da primeira fase do processo de mudança de cultura, desde os anos relativos à década de 1970, foi “reporte a corrupção”.

Diz-se expressamente, embora seja evidente, que ninguém poderá ser condenado com base exclusivamente no depoimento de um informante confidencial, já que não terá sido possível à defesa avaliar criticamente a credibilidade do depoente. O comum, contudo, é que se obtenham provas materiais do ato corrupto



CÂMARA DOS DEPUTADOS

após uma notícia de corrupção. A preservação da identidade do informante só existe na medida em que ele não incrimine falsamente alguém.

Além disso, caso o juiz entenda imprescindível a revelação da identidade do informante, o Ministério Público poderá escolher entre revelar a identidade e perder o valor probatório exclusivamente do depoimento prestado pelo informante. Tal opção tem por base o art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal.

Com frequência, testemunhas comparecem voluntariamente ao Ministério Público e condicionam seu depoimento sobre certo fato, até então desconhecido das autoridades públicas, à preservação da confidencialidade de sua identidade, diante dos riscos à sua integridade física. A preservação da fonte nesses casos é essencial ao trabalho do Ministério Público, na defesa dos direitos fundamentais sociais e daqueles direitos fundamentais tutelados pelas normas penais.

Esse tipo de conduta não é novidade, sendo há muito tempo reconhecido no direito norte-americano e é extraível, mediante interpretação, do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal. A previsão expressa, contudo, objetiva conferir segurança jurídica à testemunha que colabora sobre fato inédito, sob condição de confidencialidade, cujo depoimento não poderia ser obtido sem garantia de sigilo.

Dita norma incentivará as pessoas não só a informar crimes já cometidos, contribuindo com a investigação, mas também crimes em vias de serem cometidos, constituindo importante medida para prevenir a prática ou a continuidade de esquemas criminosos.

Ainda dentro deste corpo legislativo, almeja-se criar novos mecanismos voltados à defesa da moralidade pública e da probidade administrativa, quais sejam, a aplicação de percentuais mínimos de publicidade para ações e programas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e dos Municípios, bem como o estabelecimento de procedimentos e rotinas voltados à prevenção de atos de corrupção.

Assim é que a lei introduz a obrigação de um gasto mínimo de publicidade para incentivar o desenvolvimento de uma cultura contra a corrupção, a



CÂMARA DOS DEPUTADOS

qual, infelizmente, apresenta-se como um fenômeno endêmico, cuja mudança não depende apenas de acabar ou diminuir a sensação de impunidade, como também de ações de conscientização da população e de treinamento de agentes públicos para enfrentar situações de risco sem a flexibilização de regras éticas.

Um dos mais famosos exemplos bem-sucedidos de combate à corrupção é a experiência de Hong Kong. De uma situação de corrupção endêmica nos anos 1960, Hong Kong migrou para a 17ª posição no ranking global de honestidade da Transparência Internacional, feito com base em índice de percepção de corrupção. A estratégia de Hong Kong alicerçou-se sobre três pilares.

Um deles é a investigação e punição dos culpados, afastando-se a sensação de impunidade. Os outros dois são a prevenção e a educação, que são o foco da presente medida. Em Hong Kong, houve forte campanha, feita em mídias de massa, para engajar a opinião pública na luta contra a corrupção pública e privada, não só incentivando a denúncia de atos corruptos, mas também conscientizando a população dos danos sociais e individuais decorrentes dessa prática.

A aceitação da corrupção na cultura social ocasiona sua assimilação em subculturas organizacionais. Evidência reveladora dessa conclusão é a pesquisa que mostra um índice de tolerância à corrupção política de 75%, ou seja, 75% dos brasileiros admitem que seriam capazes de cometer irregularidades em cargos públicos.

Diante desse número, não surpreende que parte relevante dos atos corruptos – como a corrupção de policiais no trânsito ou as fraudes em licitações – comece por atos de particulares. Um exemplo claro, grave e recente da corrupção privada foi exposto pelo noticiário “Fantástico” do dia 4 de janeiro de 2015, ao divulgar a existência de uma máfia de próteses, por meio da qual médicos receberiam uma “comissão” de 20% a 30% dos valores das próteses em troca da escolha de determinadas marcas.

Por outro lado, de nada adiantaria instituir, simplesmente, auditorias e sistemas de controle se não houver uma preocupação com a mudança da cultura de corrupção social e individual, pois o homem continuará buscando e encontrando brechas para manter o velho jogo oculto sob as novas regras.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Por isso é que também são propostas medidas mais amplas e com repercussão social. Assim, paralelamente à efetividade da punição do comportamento corrupto, deve-se realizar trabalho consistente de conscientização da população acerca dos malefícios coletivos e individuais que a corrupção acarreta, bem como para que reportem comportamentos corruptos. Há várias campanhas anticorrupção no mundo que utilizaram, intensivamente, propagandas veiculadas em meios de comunicação de massa a fim de contribuir com a mudança da cultura da corrupção pública e privada.

A análise do detalhamento dos dispêndios governamentais com publicidade revela uma tendência a ampliar os gastos com a publicidade institucional (que tem por objetivo divulgar atos, obras e programas do governo), em detrimento da publicidade de utilidade pública (que visa informar e orientar a população para adotar comportamentos que lhe tragam benefícios reais).

Com efeito, comparando-se as Leis Orçamentárias Anuais de 2013 e 2014, verifica-se que a previsão de gastos com a primeira modalidade cresceu 33,8%, passando de R\$ 202,8 milhões em 2013 para R\$ 270,1 milhões em 2014. Já a publicidade voltada à utilidade pública teve seu orçamento reduzido de R\$ 728,7 milhões em 2013 para R\$ 592,2 milhões em 2014. De qualquer sorte, o gasto do Governo Federal com publicidade, apenas para a Administração Pública Direta (excluindo-se as empresas públicas), alcançaria R\$ 863,4 milhões em 2014.

Assim, é factível especificar que uma parcela desses recursos seja direcionada a campanhas de prevenção à corrupção.

A proposta de alocação de um percentual dos recursos gastos em propaganda tem, ainda, o condão de melhor especificar o destino do orçamento de publicidade, o qual, muitas vezes, já é, por si só, fonte de corrupção – consoante visto a partir do julgamento da Ação Penal 470 (“Mensalão”) em relação ao desvio de recursos promovido por meio de verbas publicitárias pagas à empresa SMP&B, do condenado Marcos Valério de Souza.

Evitando-se possíveis questionamentos acerca da legitimidade e da licitude do uso de imagens e de sons de casos concretos de corrupção, a lei expressamente dispõe que é desnecessária a identificação de criminosos na



CÂMARA DOS DEPUTADOS

propaganda institucional contra a corrupção, de modo que aconteça uma ponderação com o princípio constitucional da intimidade.

A inspiração da norma é que o impacto das ações de marketing é maior quando se correlaciona a mensagem a casos concretos de conhecimento público. De fato, o impacto da publicidade será maior se o cidadão entender que atos de corrupção do dia a dia podem ser tão nefastos quanto aqueles vistos nos grandes escândalos de corrupção.

Busca-se, também, dar solução para uma das maiores dificuldades no combate à corrupção policial, que é a relutância do cidadão em noticiar a corrupção da polícia à própria polícia, dando publicidade ao órgão externo para o qual o cidadão pode comunicá-la. A realização da comunicação ao Ministério Público justifica-se porque foi ele consagrado na Constituição Federal como a Instituição responsável pelo controle externo da atividade policial. Ao mesmo tempo, o destaque no texto para esse assunto, assim como a obrigatoriedade de placas contendo a informação em rodovias, justificam-se porque a corrupção de trânsito em rodovias é uma das mais notórias tipologias de corrupção brasileiras, daí que, enquanto não for eficazmente combatida, será difícil mudar o índice de percepção da corrupção no Brasil.

A norma, por sua vez, exige a realização de treinamentos e o estabelecimento de regras específicas contra a corrupção, realizados por órgãos internos e externos de prevenção e combate à corrupção, o que tem por escopo modificar subculturas organizacionais voltadas a essa prática ilícita. Nesse sentido, o dispositivo prevê a realização de cursos periódicos a agentes públicos, para que se conscientizem sobre as atitudes a tomar diante da oferta direta de vantagens por particulares ou em face de situações que potencialmente possam caracterizar atos de corrupção. Os cursos objetivam, também, neutralizar as racionalizações, isto é, os processos psicológicos nos quais o agente busca justificativas para a aceitação de comportamentos ilegais. Paralelamente, o artigo prevê a edição e a publicidade de códigos de conduta para regular o comportamento dos agentes públicos.

O estabelecimento de regras claras sobre corrupção e o treinamento dos agentes públicos constituem a base para qualquer programa efetivo de compliance, o que vem sendo objeto de atenção mundial. Nessa linha, em países



CÂMARA DOS DEPUTADOS

onde o estudo das regras de integridade é mais avançado, a comunicação e o treinamento adequados figuram, inclusive, como balizadores do efetivo comprometimento das organizações com a prevenção à corrupção.

Na mesma direção, estimula-se o ensino e o debate da ética em escolas e universidades, contribuindo com a formação de uma cultura contra a corrupção.

Por fim, atende-se a uma recomendação internacional no combate à corrupção, qual seja, dar visibilidade à existência de valores a serem pagos por serviços em repartições públicas. A disseminação da informação sobre a gratuidade ou a necessidade de pagar algum valor cria um ambiente de transparência e evita que o cidadão entenda que está sendo cobrado indevidamente quando o valor é devido, ou que o agente público possa cobrar o cidadão por um serviço gratuito.

Esse conjunto de modificações legislativas se impõe como medida de urgência para que nossa sociedade e nosso sistema democrático possam receber reforços na luta contra todos os tipos de corrupção e na preservação do bem comum.

Por todo o exposto, e honrando as assinaturas de dois milhões de cidadãos que acompanham o presente Projeto, conclamamos os Nobres Pares a aprovarem esta proposição.

Sala das Sessões, em 29 de março de 2016.

Deputado Antonio Carlos Mendes Thame

Deputado Fernando Francischini

Deputado Diego Garcia



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Deputado João Campos

2016-3895.docx