

MEDIDA 7

AJUSTES NAS NULIDADES PENAIS CONTRA A IMPUNIDADE E A CORRUPÇÃO

15. Ajustes nas nulidades

ANTEPROJETO DE LEI

Altera os arts. 157, 563, 564, 567 e 570 a 573 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para redefinir o conceito de provas ilícitas e revisar as hipóteses de nulidade.

A PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Os arts. 157, 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 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.” (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 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 fim de que sejam repetidos ou retificados.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília, X de XXXX de 201X.

JUSTIFICATIVA

1) Conceituação do que seja prova ilícita.

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 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.

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

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:

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.

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, 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.