

Prova ilícita validada por boa-fé: lá se vai o bebê com a água suja

08/08/2016

Pindorama na escuta. Ouvimos e lemos que o juiz Sergio Moro defendeu, no parlamento — sim, no parlamento — medidas para combater a corrupção, dentre elas, a maioria que está no famoso pacote “eugênico” proposto pelo Ministério Público Federal.

Por incrível ou crível que pareça, Moro insistiu naquilo que já estava no pacote proposto pelo MPF: a de que é possível usar provas ilícitas no processo penal, desde que elas tenham sido obtidas com “boa-fé”. Ele também defendeu aquele dispositivo tipo *Minory Report* (escrevi sobre [isso](#)) pelo qual se faz um teste para saber se a pessoa tem propensão a delinquir. Claro que esse teste só é aplicado a alguns setores do funcionalismo. Para juízes, membros do MP e ministros... não. Claro. Claríssimo.

Para Moro, embora a Constituição seja taxativa no sentido de que são vedadas provas ilícitas, se estas — as provas ilícitas — forem obtidas com boa-fé, tudo bem. Ou seja, pode ser ilícita, mas ficará esquentada “quando os benefícios decorrentes do aproveitamento forem maiores do que o potencial efeito preventivo” (sic).

Bingo. O processo penal passou a ser utilitarista. Os fins justificam os meios. A questão é saber: como coadunar a obtenção de uma prova ilícita, proibida, que a civilização contemporânea abomina, com uma pretensa boa-fé? Vou fazer uma escuta clandestina, mas... é de boa-fé. Ah, bom. Então está bem. Vou dar um “aperto” no acusado, mas, sem problemas, porque, se for de boa-fé, tudo fica bem.

Quero ler em “voz alta” o que diz a CF — e que a comunidade jurídica ouça: Artigo 5º, LVI — *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. O que se pode ler disso? O que é inadmissível? Aquilo que não pode ser admitido, não pode ser aceito; o que é prova? Como diria um famoso manual, prova é aquilo que serve para demonstrar algo; e o que é “obtidas”? Como diria outro manual, é aquilo que se obtém, se capta, pega, captura; e o que são “meios ilícitos”? São meios que a lei não permite. Bingo. Atenção: a própria CF diz no mesmo artigo 5º, X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, da honra, a imagem, o domicílio, e as comunicações, salvo nos casos permitidos no inciso XII, do mesmo artigo, a das comunicações telefônicas. Bingo. Obtenção de prova ilícita viola, sempre, de algum modo, aquilo que a própria CF estabelece como inviolável e/ou protegido.*

Daí a pergunta: De onde se poderia tirar qualquer ilação no sentido de que a CF poderia ser driblada por intermédio da boa-fé? A boa-fé é incompatível com a ilegalidade. Onde está escrito na CF que “se for de boa-fé a violação da vida privada, da honra, etc”, então poderá ser validada? Ora, não brinquemos com coisa séria. Só falta alguém dizer que a obtenção criminosa/ilícita de uma prova pode ser convalidada, na hipótese de o crime (de obtenção ilícita — por exemplo, tortura, invasão de domicílio, etc) ser culposos. Quem sabe “uma tortura culposa” ou “uma escuta clandestina culposa”?

Triste é o país que, sob pretexto de combater o crime, assume que pode violar garantias. A proposta atira fora o bebê junto com a água suja. Pior: o que é isto, a “boa fé” ligada a uma ilicitude? Não estaríamos diante de uma contradição performativa ou de um paradoxo? Como assim? Ilicitude mais boa-fé igual a licitude? Genial, não?

Para mim, o Direito, por conquista civilizatória, não pode aceitar comportamento antijurídicos e nem consentir que dessa ilegalidade o Estado tire proveito em prejuízo do cidadão. Ilegal será o órgão Judiciário que venha a admitir o uso de prova colhida de forma antijurídica. E não se negocia isso. Não preciso discutir, aqui, a questão das provas obtidas por fonte autônoma, sem nexos causal. Se são autônomas e não tem nexos causal com as ilícitas, nem precisamos discutir essa questão.

Se a tese proposta pelo MPF e por Moro vingar, faço logo uma sugestão. Façamos o seguinte: um juiz é suspeito de corrupção (ou um membro do MP ou outro agente estatal). Temos a certeza “moral” de que o sujeito está envolvido. Mas temos poucas provas. De acordo com o CPP e a legislação, ainda não há elementos concretos para o afastamento. Mas... a gente-sabe-que-ele-está-comendo-bola ou facilitando-coisas-mediante-propina. Aí vem a minha proposta (o estagiário levanta a placa e avisa: ele está sendo sarcástico): desde que haja boas razões e haja boa fé no pedido de afastamento, ele pode ser deferido. O Estado (leia-se, a instituição à qual está ligado o tal agente) alega boa-fé no pedido e, pronto. Afaste-se o. Afinal, a boa-fé se transformou em um princípio jurídico processual penal. Vale para esquentar prova ilícita e vale para afastar agente público do cargo, “quando os benefícios decorrentes do afastamento forem maiores do que o potencial efeito deletério da permanência do agente na função”.

É ruim assim? Também acho. Mas pau que bate em Chico... Além do mais, o perigo é de a moda do “novo princípio” (da boa-fé) pegar e ser estendida para a prisão cautelar. Se o MP pedir a prisão movido por boa-fé, o juiz pode decretá-la, sempre que os benefícios de correntes do encarceramento forem maiores do que o potencial lesivo da permanência do acusado em liberdade. Duvidam?

A comunidade jurídica já não está cansando dessa relativização de garantias? O que dizem os processualistas penais? E os penalistas? O problema é que fomos deixando a coisa acontecer. Em nome de finalidades maiores, entregamos a alma. Porque quando a prova ilícita é usada contra nossos inimigos ou adversários, ela é bem empregada. Só é ruim se for contra nós. Assim fomos deixando as coisas acontecerem. O parlamento aprovou o artigo 212 do CPP implementando o sistema acusatório, para retirar do juiz parcela de seu poder inquisitório. O que fez a expressiva maioria dos processualistas penais? Não se importou quando os juizes não cumpriram o que está expresso claramente no dispositivo. “Juiz só faz perguntas complementares...”. Até o STF (HC 103.525) passou a mão por cima do descumprimento, ao dizer que a não obediência dessa formalidade processual era apenas uma nulidade relativa. E a doutrina deixou assim. Escrevi duramente contra isso. Mas, a dogmática tinha coisas mais importantes a fazer. Depois um juiz federal divulga ilicitamente — e nisso é confesso — conversas telefônicas gravadas entre um ex-presidente e a presidente da República e... nada acontece. E parcela da comunidade jurídica achou bonito. Agora vem o pacote do MPF com a relativização da prova ilícita. E assim vai.

Dizer mais alguma coisa? Apenas repito: assim vai...



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-ago-08/prova-ilicita-validada-boa-fe-la-bebe-agua-suja/>