

A Reforma penal e as principais propostas sobre o tema

Quanto ao tema “provas” as principais propostas são: (a) um só perito oficial é suficiente para a realização das perícias; (b) possibilidade de assistente técnico e formulação de quesitos pelas partes; (c) sistema da *cross examination* para a prova testemunhal; (d) disciplina das provas ilícitas (que são as que contrariam texto constitucional); (e) disciplina das provas ilícitas derivadas etc.

Hoje as provas periciais, com algumas exceções (laudo toxicológico de constatação, por exemplo), exigem dois peritos, mesmo que oficiais. Perícia que não atende esse requisito é nula (Súmula 361 do STF). Com a nova disciplina, um só perito, desde que oficial, basta. Em caso de inexistência, aí sim, serão necessárias duas pessoas idôneas (com habilitação técnica). A boa novidade consiste na possibilidade de a acusação e a defesa, assim como a vítima, indicarem assistente técnico e formularem quesitos. Inclusive na fase policial, desde que possível.

No que concerne à prova testemunhal sugere-se a possibilidade de gravação do testemunho por meios técnicos (audiovisuais). Isso possibilitará, quando necessário, um melhor julgamento do caso em segunda instância. De outro lado, todos poderão formular suas perguntas às testemunhas diretamente (*cross examination*). Acaba-se com o sistema presidencialista, em que tudo passa pelo juiz (e, no final, o que se registra às vezes nada tem a ver com o que foi perguntado). Cabe ao juiz agora fazer suas indagações e depois fiscalizar as partes, cortando eventuais abusos ou excessos e não permitindo a indução de respostas.

Em relação às provas ilícitas temos o seguinte: a CF (art. 5º, inc. LVI) adotou o sistema da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Isso significa que essa prova (confissão mediante tortura, por exemplo) nem sequer pode ingressar nos autos. E se ingressar deve ser excluída (*exclusionary rules*). Mas não existe no atual ordenamento jurídico nenhuma disciplina jurídica do que se entende por prova ilícita.

O projeto tem a virtude não só de definir o que é prova ilícita (prova obtida com violação de regra ou princípio constitucional), senão também de impor sua exclusão do processo (quando indevidamente entranhada), com arquivamento em cartório. O juiz que delas tomar conhecimento não pode presidir o processo, porque restou contaminado.

De outro lado, também se procura disciplinar o complicado tema das provas ilícitas por derivação, acolhendo-se (em princípio) a famosa teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree teory*). Dissemos em princípio pelo seguinte: é que a inadmissibilidade da prova derivada requer patente nexo de causalidade entre a prova original (ilícita) e a derivada. De outro lado, é preciso que as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

Exemplificando: um policial faz uma interceptação telefônica por sua conta, sem autorização judicial. Essa prova é ilícita. Por meio dela descobre que vai haver entrega de um kilo de cocaína. Vai ao local e faz a prisão do traficante assim como a apreensão da droga. A prova primeira é ilícita. Dela derivaram outras provas (prisão, apreensão etc.). Essas, as derivadas, são também ilícitas?

Nada disso está disciplinado entre nós hoje. Pelo projeto, serão ilícitas as provas derivadas se se comprovar: (a) nexos diretos entre a ilícita e as derivadas; (b) que de outro modo não pudessem (as derivadas) ser produzidas. Apesar de serem duas exigências valorativas (o que traz insegurança), não há como negar o avanço da legislação projetada.

Questão complexa que o projeto deixou por conta dos doutrinadores e da jurisprudência diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas. Há razoável consenso no sentido de se admitir a prova ilícita em favor do réu (leia-se: para comprovar sua inocência).

De outro lado, nenhuma convergência existe no que concerne a utilizar as provas ilícitas em favor da sociedade (*pro societate*), para fundamentar uma condenação. A doutrina e as Cortes européias, assim como a americana, refutam o emprego do princípio da proporcionalidade para prejudicar o acusado. Por esse caminho devemos seguir, em minha opinião.

Date Created

20/08/2002